



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fernanda Torres Volpon

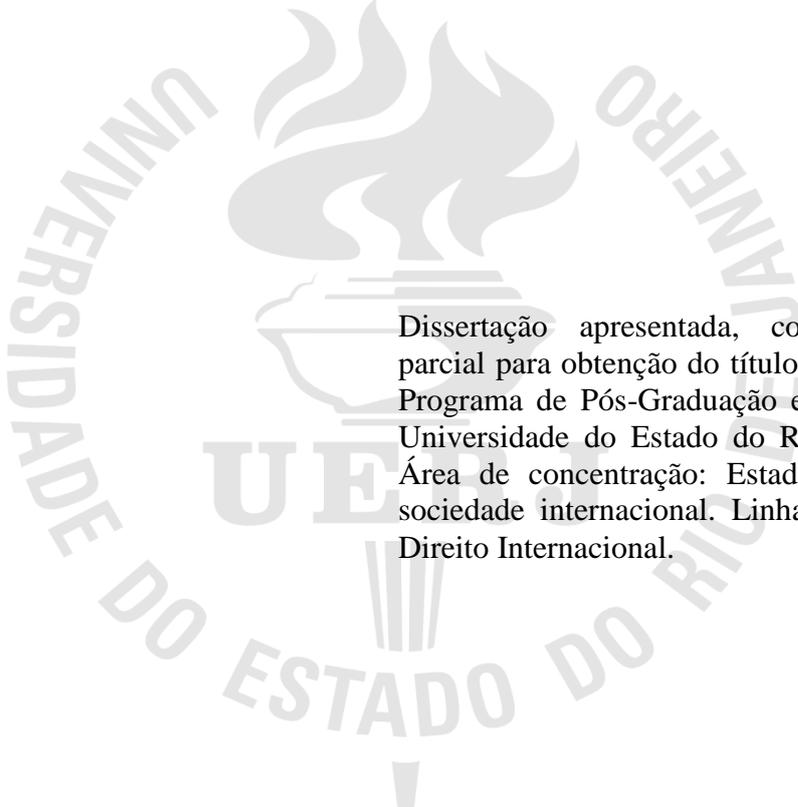
**Os investimentos estrangeiros e comércio internacional: uma análise
comparativa e sua complementaridade**

Rio de Janeiro

2014

Fernanda Torres Volpon

Os investimentos estrangeiros e comércio internacional: uma análise comparativa e sua complementaridade



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, processo e sociedade internacional. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V933 Volpon, Fernanda Torres.

Os investimentos estrangeiros e comércio internacional : uma análise comparativa e sua complementaridade / Fernanda Torres Volpon. – 2014. 235 f.

Orientadora: Prof^a. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Comércio internacional – Teses. 2. Investimentos estrangeiros – Teses. 3. Direito internacional público – Teses. 4. Organização Mundial do Comércio – Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 339.5

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Fernanda Torres Volpon

Os investimentos estrangeiros e comércio internacional: uma análise comparativa e sua complementaridade

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, processo e sociedade internacional. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Aprovada em 21 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eduardo Manuel Val

Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Aos meus pais Ismar e Antonia,

À minha irmã Claudia

Ao meu eterno amigo e companheiro Patrick

Pelo apoio incondicional em todos os momentos de dificuldade e incerteza

Sem vocês esta conquista não valeria a pena

AGRADECIMENTOS

Incerta de que cada passo dado culminaria no sucesso de um todo, fui me guiando ao longo desses quase três anos em busca da concretização de um sonho. A cada noite mal dormida, cada final de semana sem sair de casa, sextas-feiras cansativas, desistir parecia mais simples do que alcançar o meu objetivo.

A decisão de continuar trabalhando para realizar o sonho acadêmico foi dura e sacrificou trinta meses de convívio com a família, amigos e namorado. Meses sem descanso que exigiram perseverança sem saber até onde aguentaria. Semanas sem dormir para cumprir os prazos e a leitura exigida. Dias sem almoço para que o estágio docente, as aulas obrigatórias e eletivas fossem cumpridas.

A mudança para São Paulo tornou a tarefa mais árdua a ser alcançada. Longas horas de trabalho em que a madrugada parecia curta. Noites de ponte aérea em que o cansaço nunca parecia chegar ao fim. Incontáveis renúncias acreditando que, no fim, valeria muito a pena.

Quanto à dedicação, força e apoio incondicional dos meus pais Ismar e Antonia e minha irmã Cláudia, que sempre acreditaram que o impossível era possível, meu agradecimento é infinito. A cada noite que, mesmo morando muito longe, me buscaram e, a cada manhã, que me levaram à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A cada momento em que souberam ouvir e aconselhar, contribuir com sua sabedoria e orientar para a melhor decisão, muito obrigada!

Ao meu querido amigo, companheiro e namorado, Patrick Vasconcelos da Silva que soube compreender cada momento de angústia, dúvida e sofrimento. Ele que aceitou todos os fins de semana em casa ao longo desses trinta meses para que eu pudesse me debruçar por cada texto e trabalho do Mestrado. Ele que ouviu todas minhas incansáveis reclamações, que foi leal a cada ausência e companheiro em cada momento dessa longa jornada, minha imensa gratidão.

À minha querida professora orientadora, Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro, agradeço muito pela confiança, inspiração, lições em cada disciplina e em cada momento de vida. O tema deste trabalho foi inspirado em um artigo apresentado por ela que abriu caminhos e apresentou novos horizontes, acreditou em mim e me permitiu saborear essa vitória.

Um agradecimento inestimável aos meus queridos anjos e amigos Ely Caetano Xavier Junior e Emília Lana de Freitas Castro, que me acompanharam em cada passo desta caminhada. Dois grandes amigos que me ajudaram do início ao fim, me guiaram para ultrapassar todos os obstáculos e foram imprescindíveis para o sucesso do final desta etapa!

Registro meu agradecimento à querida e paciente Sônia Leitão que nunca falhou, sempre presente, sabia ouvir, dar explicações e orientar para os passos certos através do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Não poderia deixar de agradecer aos meus colegas e chefes do Banco BTG Pactual S.A., que souberam ser compreensivos, pacientes e permitiram que meu sonho pudesse ser realizado.

Por fim, à todas minhas amigas, amigos e família que me apoiaram, souberam das minhas dificuldades e ajudaram em cada passo. Hoje é possível dizer que a concretização desse sonho que valeu muito a pena!

Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.

Álvaro de Campos
(Heterônimo de Fernando Pessoa)

RESUMO

VOLPON, Fernanda Torres. **Os investimentos estrangeiros e comércio internacional:** uma análise comparativa e sua complementaridade. 2014. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O comércio internacional vem desempenhando um papel cada vez mais vital no cenário da economia mundial. O fluxo de investimentos estrangeiros vem crescendo exponencialmente com potencial de gerar desenvolvimento econômico e oportunidades de lucro para os investidores. O crescimento da importância dessas duas disciplinas desafia as regras do Direito Internacional. Por um lado, o Direito Internacional dos Investimentos objeto de críticas em virtude da fragmentação normativa gerada pelo bilateralismo. Por outro lado, o Direito do Comércio Internacional consagrado através do multilateralismo da Organização Mundial do Comércio considerado, por muitos, como ultrapassado. As tentativas de regular em nível multilateral os investimentos estrangeiros restaram fracassadas e o existente sistema multilateral no comércio internacional rechaçado. Nessa dualidade entre investimentos estrangeiros e comércio internacional resta duvidoso o seu caráter de complementaridade. No entanto, a crescente e inegável interconexão entre investimentos estrangeiros e comércio internacional não somente representa um desenvolvimento para o panorama normativo de ambos, como também, contribui para o crescimento do padrão de tratamento, desenvolvimento econômico e trocas comerciais. Deixa de se tratar de uma relação entre duas disciplinas isoladas que, na verdade, são elementos complementares que devem ser desenvolvidos em conjunto para um crescimento econômico mais avançado e um desenvolvimento contributivo.

Palavras-chave: Investimentos estrangeiros. Comércio Internacional. Direito Internacional dos Investimentos. OMC. Multilateralismo.

ABSTRACT

VOLPON, Fernanda Torres. **Foreign investments and international trade: a comparative analysis and its complementarity.** 2014. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

International trade has developed an increasingly important role in the world's economy. The growing flow of foreign investment contributes for a potential of economic development and opportunities of income for foreign investors. An ongoing relevance of these two disciplines challenges the rules of international law. On one side the international investments law has been criticized due to its fragmented regime caused by the bilateralism. On the other side, international trade law implemented through World Trade Organization multilateral system was being considered overcome by many criticizers. Every proposal to regulate foreign investment in a multilateral level was unsuccessful and the existing international trade system was constantly condemned. In this context of duality between foreign investments and international trade remains doubtful their complementarity feature. Nevertheless, the increasing and undoubtful interconnection between foreign investments and international trade not only represents a development of a rule of law for both but also contributes for a development of the minimum standards of treatment of investors, economic development and commercial trade. The decision of leaving behind the treatment of both disciplines separately when they have real complementary elements was taken in order to treat them altogether aiming a profounder economic growth and thoroughly development.

Keywords: Foreign investment. International Trade. International Investments Law. WTO. Multilateralism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
ASCM	Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias
ASEAN	Associação das Nações do Leste Asiático
BACEN	Banco Central do Brasil
BIRD	Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento
BITs	Acordos bilaterais de investimento
CAMEX	Câmara de Comércio Exterior
CMN	Conselho Monetário Nacional
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
CRTA	Acordos Regionais sobre Comércio
ECOSOC	Conselho Econômico e Social das Nações Unidas
EUA	Estados Unidos da América
FCN	Tratados de Amizade, Comércio e Navegação
FET	<i>Fair and equitable treatment</i> tratamento justo e equitativo
FIRA	<i>Canada's Foreign Investment Review Act</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
FTAs	<i>Free Trade Agreement</i> Acordos de Livre Comércio
GATS	Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
GPA	Acordo sobre Compras Governamentais
ICC	Câmara de Comércio Internacional de Paris
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
IED	Investimento Estrangeiro Direto
IAs	<i>International Investment Agreements</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MAI	<i>Multilateral Agreement on Investment</i>
MIGA	<i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i>
MRE	Ministério das Relações Exteriores
MST	<i>Minimum Standards of Treatment</i>
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
NOEI	Nova Ordem Econômica Internacional

OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONGs	Organizações Não-Governamentais
ONU	Organização das Nações Unidas
PNB	Produto Nacional Bruto
PTA	Acordos Preferenciais de Comércio
TNCs	Empresas Transnacionais
TRIMS	Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionados ao Comércio
TRIPS	Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento
UNCTC	Comissão das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS	19
1.1 Aspectos históricos do desenvolvimento da proteção e regulação internacional investimentos estrangeiros	19
1.2 Investimentos estrangeiros: breve síntese sobre conteúdo e definição	37
1.3 Atores internacionais no âmbito dos investimentos estrangeiros	52
1.4 Os investimentos estrangeiros no âmbito do direito internacional, nacional e contratual?	64
1.4.1 <u>Os mecanismos de regulação internacional dos investimentos estrangeiros</u>	65
1.4.2 <u>Regulação dos investimentos estrangeiros na ótica jurídica brasileira</u>	73
1.4.3. <u>Panorama contratual dos investimentos estrangeiros</u>	80
1.5 Conclusão parcial	85
2 COMÉRCIO INTERNACIONAL	87
2.1 Da Evolução do Direito do Comércio Internacional: visão histórica da liberalização do comércio internacional e o alcance do multilateralismo	88
2.1.1 <u>A nova geração do comércio internacional - o período pós-Segunda Guerra Mundial</u> ... 94	
2.1.2 <u>O universo do multilateralismo do comércio internacional que se exprime na Organização Mundial do Comércio</u>	99
2.1.3 <u>Novos desafios do Sistema Multilateral do Comércio - A Rodada de Doha</u>	105
2.2 Empresas Transnacionais	107
2.2.1 <u>Globalização e panorama internacional das empresas transnacionais</u>	107
2.2.2 <u>Normas internacionais reguladoras das atividades das empresas transnacionais</u>	117
2.3 A interseção entre Direito Internacional Econômico, Comércio Internacional e Investimentos Estrangeiros	123
2.4 Conclusão parcial	129
3 DA RELAÇÃO ENTRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E COMÉRCIO INTERNACIONAL	132
3.1 O fenômeno da bilateralização dos investimentos estrangeiros versus multilateralismo no comércio internacional	137

3.2 O Multilateralismo no Direito Internacional dos Investimentos: fracasso (in)esperado?	147
3.3 Acordos Regionais: alternativa no comércio internacional e nos investimentos estrangeiros	157
3.4 O regime dos investimentos estrangeiros no comércio internacional	164
3.4.1 <u>Visão geral dos investimentos estrangeiros a partir da Carta de Havana e GATT</u>	167
3.4.2 <u>Regras sobre investimento na Organização Mundial do Comércio: visão geral dos investimentos no TRIMS, GATS, TRIPS</u>	171
3.4.3 <u>Regras sobre investimento no NAFTA</u>	182
3.5 A não-discriminação no comércio internacional e no Direito Internacional dos Investimentos: princípios alternativos ou relacionados?	186
3.6 As decisões da OMC e os potenciais impactos para a regulação internacional dos investimentos estrangeiros relacionados ao comércio internacional	194
3.6.1 <u>Os principais painéis e decisões sobre investimentos no âmbito da OMC</u>	197
3.7 As empresas transnacionais: presença, força e potencial no comércio internacional e investimentos estrangeiros	203
3.8 Financiamento internacional como forma de investimento - o comércio complementando os investimentos	208
3.9 Conclusão parcial	213
CONCLUSÃO	216
REFERÊNCIAS	220

INTRODUÇÃO

O comércio internacional tem desempenhado um papel cada vez mais vital no cenário da economia mundial. Diante das suas cifras, vem movimentando a economia e gerando um crescimento econômico para os países presentes no mundo inteiro.

Os investimentos estrangeiros, por sua vez, apresentam um fluxo de capital impactante, gerando desenvolvimento econômico, principalmente, para os países importadores de capital e, oportunidades de lucro, para os investidores. A expansão dos investimentos estrangeiros pelo mundo, com a emergência de fluxos de capital massivos em nível internacional, demonstra que os investimentos é uma força que conduz a globalização econômica internacional.

Como exemplo desse fenômeno, em 2012, pela primeira vez, os países em desenvolvimento absorveram mais investimentos estrangeiros do que os países desenvolvidos, com quatro países liderando o ranking dos maiores receptores de capital estrangeiro: China, Hong Kong, Brasil, Ilhas Virgens¹. O fluxo de investimento estrangeiro direto para os países desenvolvidos decresceu em 32% para US\$ 561 bilhões².

Nesse mesmo ano, a produção das empresas transnacionais continuou em expansão contínua, mesmo com o baixo fluxo de investimentos estrangeiros, alcançado um total de vendas de US\$ 26 trilhões que representa um crescimento de 7,4% em relação a 2011³. Os empregos gerados pelas empresas transnacionais alcançaram 72 milhões em 2012, com crescimento de 5,7% em relação ao ano anterior. Diante dos números apresentados, resta evidente que o cenário econômico internacional se encontra marcado por uma rede interativa de comércio internacional e investimentos estrangeiros.

Assim, em um mundo de relações comerciais cada vez mais complexas e crescimento da importância dos investimentos, destaca-se a interação entre o comércio e investimentos de forma internacional: “elemento importante do comércio internacional os

¹ World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication, 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xiv.

² World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication, 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xiii.

³ World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication, 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xv.

investimentos estrangeiros diretos afetam de maneira positiva ou negativa a vida de todos os países⁷⁴.

A consequência desse cenário gera a necessidade de coordenar em diversos níveis as regras de conduta dos atores internacionais no âmbito dos investimentos estrangeiros e comércio internacional. Esse intercâmbio, influenciado pelo paradigma do multilateralismo *versus* bilateralismo foi impulsionador para a realização deste trabalho.

Enquanto os investimentos se beneficiavam da flexibilidade e simplicidade do bilateralismo, o comércio internacional era marcado pelo tradicional multilateralismo solidificado. Os investimentos estrangeiros sofreram os males da regulamentação fragmentada e, por vezes, inconsistente e controversa, de um sistema de solução de controvérsias *ad hoc*. O comércio internacional, por sua vez, estava adstrito às trocas de bens, ampla redução de tarifas e ausência de consenso em temas mais abrangentes, mas com um tribunal arbitral mais forte e reconhecido pelos seus membros.

Considerados como fenômenos econômicos distintos, com diferentes características e efeitos, sujeitos a regulamentações governamentais diversas, a interação entre as duas disciplinas começou se manifestar e gerar interesse por aquilo que cada uma poderia influenciar de positivo e negativo à outra. Muitas vezes separados por posicionamentos opostos, parecia que o comércio internacional e investimentos estrangeiros nunca poderiam ser considerados disciplinas interconectadas ou sobrepostas.

Todavia, com a evolução de cada uma de maneira isolada, elementos de interconexão são identificados e a interação e complementaridade⁵ restam evidentes⁶. “Atualmente, no entanto, comércio e investimentos passaram a ser considerados como

⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. Prefácio. In: DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 11.

⁵ “*Complementaridade*. 1. Qualidade de complementar. 2. Fís. Aspecto ou manifestação diferente de um mesmo fenômeno, que pode ser investigado ou medido separadamente, mas não simultaneamente”. FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Ed. Positivo, 2004, p. 508.

⁶ “*Pourtant les séries macro économiques IDE et de commerce laissent augurer de la complémentarité entre ces deux modalités de globalisation de économie mondiale (...) Cette apparente complémentarité des deux modes de globalisation peut toutefois constituer un pur artefact IDE et commerce étant déterminés conjointement par de mêmes causes taille ou proximité des marchés par exemple*” FONTAGNÉ, Lionel. PAJOT, Michaël. Investissement direct à l'étranger et commerce international: le cas français. Revue économique. v. 49, n°3, 1998, p. 593.

estritamente relacionados, cada um possuindo um papel essencial no processo de integração internacional e de globalização”⁷.

No intuito de traçar a interrelação entre investimentos estrangeiros e comércio internacional, procurou-se desenvolver um estudo mais detalhado de cada disciplina, destacando-se cada um dos pontos caracterizadores, controversos ou não, mas ressaltando a sua singularidade.

Os investimentos estrangeiros foi o primeiro tópico a ser trabalhado, diante da sua complexidade e, muitas vezes, falta de transparência. Em primeiro lugar, os elementos principais caracterizadores dos investimentos estrangeiros foram desenvolvidos de forma a destacar a sua particularidade: (i) desenvolvimento histórico; (ii) definição de investimentos estrangeiros; (iii) principais atores internacionais na cinemática jurídica internacional e; (iv) normas internacionais, nacionais e contratuais aplicáveis sobre o tema.

O desenvolvimento histórico da disciplina tem por função demonstrar que o desenvolvimento dos investimentos estrangeiros não é um fenômeno tão recente quanto se apresenta, uma vez que se trata de um mecanismo de acesso a mercados internacionais. O caráter controverso do conceito de investimentos, entretanto, resalta a dificuldade que essa disciplina tem encontrado para determinar o seu avanço. A dificuldade de consenso para (i) definir o conceito de investimentos, (ii) identificar elementos caracterizadores dos investimentos através das decisões arbitrais internacionais e (iii) definir o mecanismo regulatório internacional dos investimentos em que se contrapõe o bilateralismo ao multilateralismo, são algumas das dificuldades enfrentadas no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos.

O Direito Internacional dos Investimentos se encontra inserido num contexto de globalização das relações econômicas. Esse fenômeno multidimensional tem por objetivo a emergência de uma economia integrada no plano mundial, criando mercados internacionais. Nessa forma atual, trata-se de um panorama traduzido em um fenômeno que possui conceitos e regras sob uma ótica financeira, assim como estratégia e organização de empresas transnacionais.

Diante do desenvolvimento dos investimentos estrangeiros, o número de acordos bilaterais cresceu de forma exponencial, o que impulsionou a necessidade de um acordo internacional com obrigações multilaterais sobre investimentos, mas também

⁷ THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. Revista Brasileira de Política Internacional. v. 41, n° 2, Jul/dez 1998, p. 62.

impulsionando sua liberalização. Um acordo que tivesse por função inibir a guerra dos governos a incentivos para atrair novos investimentos, de modo a diminuir a fragmentação jurídica existente.

A importância e necessidade de regulação multilateral sobre investimentos não é um fenômeno tão recente. Desde a Carta de Havana de 1948, elaborada com o intuito de se criar a Organização Internacional do Comércio, regras internacionais sobre investimentos já foram previstas. Todavia, o multilateralismo não venceu no campo do investimento internacional e o bilateralismo foi visto como solução factível.

A regulação dos investimentos estrangeiros traduz uma vontade de estabilizar as relações contratuais entre os Estados soberanos e as empresas transnacionais caracterizados por interesses opostos e permeado por conflitos. Ao criar um quadro normativo que venha estabilizar essas relações a economia do país hospedeiro pode vir a se beneficiar do desenvolvimento econômico e crescimento estruturado.

Em termos regulatórios, as relações comerciais internacionais contemporâneas não são mais representadas na forma bilateralizada. Historicamente, os acordos bilaterais sobre comércio foram amplamente utilizados com objetivo de fomentar as trocas comerciais através da liberalização e flexibilização de regras. O multilateralismo no comércio internacional começou a ser desenvolvido com o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio e se consagrou com a instituição da Organização Mundial do Comércio.

Nesse contexto, o desenvolvimento histórico e a liberalização do comércio passam a ser de fundamental importância para o entendimento do fundamento deste trabalho. As primeiras negociações para redução de barreiras tarifárias contribuiriam mais frequentemente para o crescimento do volume de trocas de bens e mercadorias entre os países que faziam parte desse sistema do comércio mundial. A confiança de que essas negociações geravam um progresso econômico impulsionou a necessidade de se inserir novos temas para negociações entre os Estados-membros. Os investimentos foi um dos temas eleito a ser debatido e impulsionado no âmbito da Organização Mundial do Comércio. A ideia inicial era regular os investimentos estrangeiros no seio da Organização Mundial do Comércio ao invés de se criar um acordo multilateral separado para regular o tema.

Com relação às empresas transnacionais, essas cresceram consideravelmente nas últimas décadas e ganharam força estratégica em relação ao território em que atuam e

realizam investimentos⁸. Atualmente, são atores internacionais que asseguram a dinâmica da economia mundial, distribuem capital pelo mundo, seguem estratégias econômicas universais e criam redes de produção integradas por diferentes países. A atuação dessas empresas é alimentada pela concorrência e competitividade, quando necessitam buscar novas formas de rentabilidade e territórios para alocar seus investimentos estrangeiros. Sob essa ótica, a relação entre os investimentos estrangeiros e comércio internacional se encontra evidente, quando a realização de investimentos estrangeiros por empresas transnacionais desafia a regulação internacional dos investimentos e comércio internacional para gerar lucros.

Com isso, as empresas transnacionais passaram a se beneficiar da contribuição do resultado da relação dessas duas disciplinas para acessar mercados internacionais e desenvolver produção global com mais eficiência. As organizações internacionais começaram a estudar e desenvolver formas de regular a atuação dos atores no cenário internacional respeitando a interação dessas duas disciplinas.

Nessa dualidade entre investimentos estrangeiros resta duvidoso o seu caráter de complementaridade. No entanto, a crescente interconexão entre investimentos estrangeiros e comércio internacional não somente representa um desenvolvimento para o panorama normativo de ambos, como também, contribui para o crescimento do padrão de tratamento, desenvolvimento econômico e trocas comerciais. Deixa de se tratar de uma relação entre duas disciplinas isoladas que, na verdade, possuem elementos complementares que devem ser desenvolvidos em conjunto para um crescimento econômico mais avançado e um desenvolvimento contributivo.

Diante da inegável relação complementar ao se trazer aspectos individuais das duas disciplinas, no Capítulo 3 foram desenvolvidos tópicos comparativos a fim de identificar elementos individuais e comuns entre investimentos estrangeiros quanto (i) à forma de regulação; (ii) os princípios inerentes e protetores de cada uma das disciplinas; (iii) aos precedentes arbitrais sobre investimentos no seio da Organização Mundial do Comércio; e (iv) atores e contratos internacionais relacionados a investimentos estrangeiros e comércio internacional.

O bilateralismo no âmbito dos investimentos estrangeiros e multilateralismo no comércio internacional inicia esse processo comparativo já que a primeira crítica a cada

⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1070.

uma das disciplinas é sua forma de regulação. Um primeiro olhar poderia criticar a inclusão deste capítulo na relação comparativa dos temas, entretanto, bilateralismo *versus* multilateralismo é exatamente o arquétipo da dualidade que se quer criticar.

A necessidade de um panorama uniforme de regras para reger o fluxo de investimentos estrangeiros resultou na análise das falhas tentativas de viabilizar o multilateralismo. Compreender as razões pelas quais os projetos de um acordo multilateral não foram bem-sucedidos é fundamentalmente importante para registrar as justificativas de um regionalismo desenvolvido como forma alternativa ao número de acordos bilaterais sobre investimentos e multilateralismo do comércio internacional.

As regras sobre investimentos no âmbito da Organização Mundial do Comércio, os Acordo sobre Medidas de Investimento, Acordo Geral sobre Comércio e Serviços e Acordo sobre os Direitos da Propriedade Intelectual foram delineados com objetivo de tratar especificamente sobre a forma que os investimentos são tratados no sistema multilateral do comércio.

Os princípios da não-discriminação no comércio internacional e no Direito Internacional dos Investimentos também são de fundamental importância e foram desenvolvidos de forma detalhada neste trabalho. Tanto a cláusula da nação mais favorecida como o tratamento nacional estão presentes e desempenham um papel vital para a proteção dos atores internacionais nos investimentos estrangeiros e comércio internacional.

Com isso, as decisões dos painéis arbitrais que versam sobre os investimentos estrangeiros no seio da Organização Mundial do Comércio foram analisados com fulcro de demonstrar as dificuldades do tratamento dos investimentos estrangeiros dentro dessa organização internacional. No contexto multilateral do comércio, qual seria a valorização do tema dos investimentos e como as controvérsias sobre esse tema eram tratadas pelos painéis?

Por fim, em um contexto notadamente econômico, o tema dos contratos internacionais e atuação das empresas transnacionais contribuem para unir mais uma ponta. Enquanto os financiamentos internacionais são formas de investimento consagradas por muitos acordos bilaterais sobre investimentos, fazem parte das práticas contratuais internacionais, compondo o mundo do comércio internacional. A importância e presença das empresas transnacionais dispensam maiores elucidações, quando a atuação delas produz reflexos relevantes na construção normativa internacional e nacional.

Ao final, o objetivo deste estudo consiste em trazer à tona uma análise crítica aos mecanismos de regulação internacional dos investimentos estrangeiros e comércio internacional, além de traçar as especificidades da relação entre investimentos estrangeiros e comércio internacional e, de qual forma, o comércio internacional pode vir a trazer uma evolução ao tema dos investimentos estrangeiros. Por fim, a finalidade última deste trabalho vem por concluir sobre as formas que ambas as disciplinas se relacionam e como a sua complementaridade pode ser contributiva para o futuro e desenvolvimento possível de um único mecanismo regular de ambos os temas.

1 INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

1.1 Aspectos históricos do desenvolvimento da proteção e regulação internacional investimentos estrangeiros

Não obstante a regulação dos investimentos estrangeiros tenha sido desenvolvida precipuamente na primeira metade do século XX, demonstrando sua força após a Segunda Guerra Mundial⁹, é possível destacar momentos históricos dos investimentos realizados além-fronteiras desde tempos históricos remotos em que existia apenas na Ásia, África e Oriente Médio, assim como desde o período colonial na Europa¹⁰.

A análise dos períodos históricos em que o tema dos investimentos estrangeiros se desenvolveu e como a sua proteção se fez necessária tem importância reconhecidamente vital para entender a evolução da sua regulação internacional. Em primeiro lugar, deve-se estudar a importância dos princípios de proteção do investidor e como tais princípios se desenvolveram a fim tornar o investimento estrangeiro mais frequente, forte e amplo. Em segundo lugar, a discussão sobre a necessidade de se elaborar um instrumento multilateral no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos ganha relevância diante do crescimento exponencial dos acordos bilaterais sobre investimentos e a importância de uma regulação ampla e internacional sobre esse tema no que toca o acesso a mercados.

Diante desse panorama, questiona-se: um acordo internacional é necessário para que os direitos do investidor e do Estado hospedeiro sejam amplamente respeitados e sua

⁹ “Ele surgiu na primeira metade do século XX, em resposta às necessidades do pioneiro investidor industrial, contemplando-o também como sujeito de Direito Internacional.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 11. Nesse mesmo sentido, destaca Patrick Juillard: a organização econômica pós-guerra motivou a liberalização econômica que, por sua vez, deu evidência à noção de investimento, a qual teve sua aparição no direito internacional “*L’organisation économique d’après-guerre s’est voulue systémique, faisant de larges emprunts au libéralisme. C’est alors que la notion d’investissement, notion dynamique, a fait son apparition dans la langue du droit international, et s’est substituée à la notion de bien, notion statique*”) JUILLARD, Patrick. L’évolution des sources du droit des investissements. Recueil des Cours, v. 250. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 24. Tradução livre. “*The idea that rules are needed to govern global capital flows when capital is used to establish a physical presence in a foreign nation, usually for profit, is an idea of relatively recent vintage. when the pharaohs of egypt mined tin for forging bronze far from their shores or when the Phoenicians invested in ancient Israel there was no recognizable global law to govern these cross-border investments*” ALVAREZ, Jose E.. The Public International Law Regime Governing International Investment. Recueil des Cours, v. 344. Haia: Martinus Nijhoff, 2010, p. 203.

¹⁰ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.19.

força promovida? Como as normas de proteção do investidor se desenvolveram até o momento e qual seria o seu ideal desenvolvimento e necessidade de proteção que se entende para o futuro? Tais questionamentos serão tratados ao longo deste trabalho neste e nos próximos capítulos.

Na recapitulação histórica, escolheu-se tratar primeiramente da doutrina espanhola que, no século XVI, enfrentava a guerra contra os índios e, até, o próprio papa, que já havia declarado a transferência do domínio das terras descobertas por Colombo e as que viesse a ser descobertas¹¹: Francisco de Vitória¹².

A colonização dos índios pelos espanhóis é reconhecida como uma das origens do direito internacional. Francisco de Vitória, jurista e teólogo, tido como autor primitivo desta disciplina¹³, endereçava o problema das conquistas da Espanha nas Américas utilizando fontes de doutrina e jurisprudência no século XVI¹⁴. Colonialismo era o tema central de Vitória, que se preocupava diretamente com a relação colonial, o status legal dos indígenas na luta da conquista Espanhola, assim como, questionava o poder do Papa em

¹¹ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. A genealogia da noção de direito internacional. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1349>>. Acesso em: 09 mar. 2014. p. 19.

¹² Francisco de Vitória e Domingo de Soto foram os originadores da Escola de Salamanca, mas outros juristas também ajudaram a formar essa escola, como Francisco Suárez que tinham como objetivo lidar com os acontecimentos relevantes da sua época ligados à conquista espanhola da América: “*the remarkable group of theologians and jurists concentrated around Castile’s oldest university from which their teaching spread to the Iberian peninsula and into the Americas in the course of the sixteenth and early seventeenth centuries. Inspired by a humanist interest in matters of social relevance, these men aimed to accommodate orthodox Thomism to aspects of the via moderna its originators had learned in Paris so as to deal with the tremendous political, economic, cultural, and religious changes they witnessed taking place around them. The life of the school is conventionally divided into three periods - that of the ‘founders’, Vitoria and Soto; that of ‘expansion’, whose representative figures would be the two Dominican professor, Pedro de Sotomayor (1500-64) and Bartolomé de Medina (1527-81) (the former also Professor at Valladolid), authors of large Works on the Indies and on the theory of law and justice; and finally, that of the ‘synthesis’ carried out by men such as the Dominican Domingo de Bañez (1528-1604) and, of course, the Jesuit Francisco Suárez (1548-1617).* KOSKENNIEMI, Martii. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. University of Toronto Law Journal. v. 61, issue 1, winter 2011. p. 7.

¹³ “*The doctrines of sovereign equality or human rights, say, are applied on behalf of colonised peoples in order to promote self-determination or national liberation or development. Historically, then, the traditions of naturalismo, then humanism, then liberalism, in which many international lawyers were situated meant that some international legal writing and legal diplomatic innovation as concerned to, if not oppose, then certainly soften the effects of, colonial exploitation. At the very least, progressive international lawyers pointed to passages in Vitoria (1532[1991]), Suárez (1613[1944]) and, though with less confidence, Grotius (1605[2006]), to show that the field’s founders had been uncomfortable with the wholesale absorption of non-European lands by the great European powers*”. SIMPSON, Gerry. The contexts of international law. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martii. The Cambridge Companion to International Law. Cambridge University Press, 2012, p. 33.

¹⁴ ANGHIE, ANTONY. The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities. v. 27, n° 5, Routledge: Third World Quarterly, 2006, p. 742-743.

relação ao mundo civil. O autor defendia que o mesmo senso de soberania entre Estados e equidade deveria ser aplicado na relação entre Estado Europeu e Américas.

Vitória aplicava a doutrina da soberania ao endereçar as diferenças culturais e sociais entre os espanhóis e indígenas e, com isso, defendia os direitos e deveres destes últimos, através dos seus rituais, costumes e modo de vida¹⁵. A Espanha e a América não eram ligadas por uma ordem universal, elas pertenciam a duas jurisdições diferentes e, apesar dos autores na sua época considerarem os indígenas como escravos, bárbaros, lunáticos ou animais, Vitória repudiava essas teorias e tinham uma visão humanizada, descrevendo que eles tinham seu próprio sistema, política, negócios, magistrados, leis, seu próprio sistema organizacional político e social¹⁶. Com isso, Vitória sugeria que o comerciante estrangeiro deveria receber tratamento equitativo ao nacional¹⁷.

No período do colonialismo, durante os séculos XVIII e XIX, o investimento era realizado no contexto da expansão colonial e possuía, nesta época, proteção integral da metrópole. Desse modo, o investimento metropolitano não precisava se preocupar com um

¹⁵ “Segundo Vitória, visto que a autoridade decorre não da religião, mas da natureza, todos os povos, mesmo os infieis, possuem títulos válidos de domínio. Os índios, portanto, também exercem soberania e se encontram em ‘domínio pacífico de suas coisas públicas e privadas. Logo (salvo outro óbice em contrário), devem ser considerados verdadeiros senhores e, nessas circunstâncias, não se pode despojá-los de suas posses’. Dessa forma, o direito de guerra da Escolástica Espanhola obstrui os títulos de propriedade dos espanhóis na América e retira dos monarcas católicos o monopólio da justiça.” MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. O Direito da Guerra em Francisco Suárez: o projeto civilizador da escolástica espanhola. v.2, n° 22, jul./dez.2012, RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4280/3164>>. Acesso em: 09 mar. 2014. p. 12

¹⁶ “Contudo, ele precisaria sobrepujar interesses quase invencíveis. A teoria rival da doação aparece no Requerimento redigido pela Junta de Burgos de 1512, obra de López Palacios Rubios. Após remontar à Criação do universo, o documento afirma que Deus confiou a São Pedro todos os homens, onde quer que vivam e sobre qualquer lei, seita ou crença que observem, para lhes servir de cabeça e senhor, e concedeu o mundo inteiro por seu reino e jurisdição. A seguir, refere-se, de forma expressa, ao ato de Alexandre VI como “doação”. Nessas linhas, aparecem todos os principais elementos de uma concepção variante do monismo imperial medieval que estabelece o Sumo Pontífice, em vez do imperador, como o senhor de todo o mundo. Esta teoria havia sido advogada por diversos canonistas, como o Cardeal Hostiensis e Inocêncio III, na decretal *Novit Ille*, e também por alguns teólogos, em especial, os espanhóis Álvaro Pelayo e Rodrigo Sánchez Arévalo. A defesa da tese oposta não iria só contrariar a política oficial da Espanha, mas poria o seu expositor em rota de colisão com o próprio papa.” MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. A genealogia da noção de direito internacional. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1349>>. Acesso em: 09 mar. 2014. p. 19.

¹⁷ Sobre Francisco de Vitória, a história da relação entre imperialismo e direito internacional na evolução do direito internacional no século XVI à presente era ver Antonie Anghie. ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press, 2004, p. 19-20

sistema normativo internacional próprio, já que o sistema de império já assegurava dita proteção¹⁸.

Durante o período das grandes navegações, a doutrina dominante determinava que o investidor estrangeiro deveria buscar a proteção dos seus direitos e a compensação por quaisquer perdas diretamente no seu Estado de origem, acessando, portanto, as cortes locais do país de onde veio o investidor¹⁹.

Assim, a doutrina colonial era fundamentada única e estritamente na preocupação dos países exportadores de capital que realizavam investimentos através dos grandes impérios coloniais europeus em busca de explorar cada vez mais suas colônias²⁰. Os Estados europeus criaram um direito internacional fundamentado em uma missão civilizatória, em que buscavam, com uma violência peculiar, adequar territórios não-europeus a um sistema internacional europeu, em que aqueles Estados eram soberanos e considerados em pé de igualdade, enquanto os não-europeus não possuíam soberania real. Essa missão civilizatória era baseada na diferença cultural. No contexto do colonialismo, a lei que regulava a nacionalização da propriedade estrangeira é citada como um tipo de direito internacional colonialista²¹. As aspirações, interesses políticos e comerciais dos países europeus tiveram, por consequência, um efeito profundo no direito dos investimentos internacionais²².

Importante dizer que o desenvolvimento das regras internacionais de proteção do investimento estrangeiro estava ligado diretamente à expansão do comércio internacional,

¹⁸ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.19.

¹⁹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.19.

²⁰ “*Foreigners coming from European countries sought special and superior treatment from the local population in much of Asia, Africa and Latin America. The implication of this idea was that their assets could not be expropriated or nationalised through legislation enacted by the local population*”. SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 7. Importante salientar a opinião de José Alvarez que nos ensina que no período da expansão colonialista nos séculos XVIII e XIX, a necessidade de regras gerais para governar e proteger investidores estrangeiros nos territórios coloniais não era evidente, especialmente durante o período em que o poder colonial podia se proteger através do tratado imperial que permitiam aos comerciantes e investidores recorrer às Cortes da metrópole. ALVAREZ, Jose E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. *Recueil des Cours*, v. 344. Haia: Martinus Nijhoff, 2010, p. 203.

²¹ ANGHIE, ANTONY. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press, 2004, p. 5-8.

²² MILES, KATE. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. United Kingdom: Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press, 2013, p. 20

que se tratava de um posicionamento adotado pelos países da Europa e da América do Norte durante os séculos XVIII e XIX²³. O processo de expansão comercial e política dos países ocidentais foi facilitada pelo direito internacional daquela época²⁴.

Durante esse período nasceu a relação entre os Estados europeus em que o poder de barganha entre Estados era relativamente equivalente e tinha por objetivo comum a proteção do investimento realizado por seus nacionais. Nesse contexto, a necessidade de um direito internacional protetivo do investimento era mínima, já que não existia grande ameaça ao investimento estrangeiro por si só. A partir da mudança do eixo da relação entre apenas Estados europeus para a relação entre Estados europeus e não europeus que a proteção internacional do investimento mudou da reciprocidade para a imposição²⁵.

Nos primórdios do investimento estrangeiro, os Estados assinavam entre si Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (em inglês, FCN), designados para facilitar o comércio e criar um ambiente estável de diplomacia e relação econômica²⁶. A preocupação primordial era destinada ao comércio e os direitos de navegação, já se inserindo neste contexto os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida²⁷.

²³ Nesse sentido, ver também: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p.14.

²⁴ Na posição da autora expansão comercial compreende concessões, pressão diplomática, tratados internacionais, intervenções militares. MILES, KATE. The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital. United Kingdom: Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press, 2013, p. 21-22.

²⁵ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.19-20.

²⁶ Os Estados- Unidos celebraram seu primeiro tratado de Amizade, Comércio e Navegação em 1778 com a França, celebrando diversos outros tratados na década seguinte. Em relação à história, conteúdo. COYLE, John F. The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era Columbia Journal of Transnational Law. v. 51, 2013, UNC Legal Studies Research Paper n°. 2150260. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2150260>>. Acesso em 09 mar. 2014. p. 307.

²⁷ “*These treaties included provisions guaranteeing ‘special protection’ or ‘full and perfect protection’ to the property of nationals of one party in the territory of another party. They also required payment of compensation for expropriation and guaranteed to nationals of one party most favored nation (MFN) and national treatment with respect to the right to engage in certain business activities in the territory of the other party. Occasionally, they even provided limited protection for currency transfers. The focus was on protecting property, as opposed to investment*” VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. Journal of International Law & Policy. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 158-159.

Não havia, entretanto, interesse em regular e proteger os direitos do investidor estrangeiro em outra nação²⁸, o foco destinava-se à proteção da propriedade ao invés do investimento estrangeiro.

Os FCNs foram instrumentos prévios que contribuíram para a criação de instrumentos como os acordos bilaterais sobre investimentos (BITs)²⁹ e eram tratados que se fundamentavam na reciprocidade entre as partes, concedendo privilégios comerciais entre os Estados contratantes. No período em que os FCNs eram elaborados, não havia interesse ou necessidade de criar um sistema de direito separadamente para a proteção do investimento estrangeiro³⁰. O comércio internacional e o investimento estrangeiro andavam juntos e a lei aplicável era aquela do país de origem do investidor.

Com o crescimento e expansão do investimento estrangeiro, a busca por proteção dos cidadãos que realizavam investimento internacional começou a ganhar espaço. Essa proteção era, muitas vezes, alcançada através da via diplomática³¹. O Estado nacional do investidor intervia em sua defesa exigindo proteção e compensação pelo investimento realizado, alegando a violação dos direitos daquele indivíduo. Em 1924, a Corte Permanente de Justiça Internacional declarou o direito dos Estados de alegarem

²⁸ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. 2. ed., 2012, p.6.

²⁹ “*In retrospect, scholars have identified three factors that led to the termination of the FCN treaty program. First, many newly independent states were wary of entering into any treaty of ‘friendship’ with the United States amid the diplomatic pressures of the Cold War. Second, an upsurge in foreign nationalizations in the late 1960s and early 1970s led U.S. officials to set aside the wideranging FCN treaty and to develop instead a more highly specialized agreement—the bilateral investment treaty—that dealt exclusively with the issue of investment protection*”. COYLE, John F. *The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era* *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 51, 2013, UNC Legal Studies Research Paper No. 2150260. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2150260>>. Acesso em 09 mar. 2014. p. 307. Wayne Sachs argumenta que os tratados de Amizade, Comércio e Navegação pós-guerra eram, essencialmente, acordos bilaterais sobre investimentos, instrumentalizando a proteção dos investimentos estrangeiros. A título exemplificativo, incluíam-se as empresas transnacionais como investidores que mereciam proteção em relação a tratamento discriminatório. SACHS, Wayne. *The New U.S. Bilateral Investment Treaties*. *International Tax & Business Lawyer*. *Berkeley Journal of International Law*. v. 2, issue 1, 1984. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol2/iss1/9>>. Acesso em 09 mar. 2014. p. 196.

³⁰ Interessante observar a recapitulação histórica dos acordos internacionais sobre investimentos feita por VANDEVELDE no que tange o Período Colonial. O autor ressalta que, a principal fonte de normas para proteção do investimento durante o referido momento histórico era o costume internacional que, por sua vez, não oferecia a proteção adequada. VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. *Journal of International Law & Policy*. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 159.

³¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 14.

intervenção diplomática no caso *Mavrommatis Palestine Concessions*³², com fundamento no direito daquele Estado de proteger o seu cidadão contra atos contrários ao direito internacional promovidos por outro Estado. Importante ressaltar que o direito do investidor estrangeiro de promover uma arbitragem contra um Estado com objetivo de reparar a violação dos seus direitos advém diretamente da proteção diplomática³³.

Em resposta ao argumento da proteção diplomática, Carlos Calvo foi o primeiro a apresentar uma teoria contra a intervenção estatal do Estado de origem do investidor em 1868³⁴. O doutrinador criou novo paradigma e uma doutrina latino-americana³⁵ baseada no fundamento de que o estrangeiro deveria requerer a compensação por seus direitos no Estado hospedeiro do investimento, não no seu Estado de origem³⁶. Assim, demandas,

³² O governo grego iniciou um procedimento contra a Grã-Bretanha em maio de 1924, alegando o não-reconhecimento, por parte da Grã-Bretanha, de contratos negociados e concluídos entre Mavrommatis, nacional grego, e autoridades da Turquia em 1914, que consagravam concessões com objetivo de realizar construções na Palestina. A Grécia como reclamante alegou que a Grã-Bretanha tinha obrigação de reconhecer e manter tais concessões, adaptando-as às condições econômicas vigentes, ou pagar a adequada compensação ao nacional grego. Recordar-se que, naquela época, a Grã-Bretanha havia recebido da Liga das Nações, em caráter de mandato, a administração dessa região. A Corte Permanente de Justiça Internacional, em sentença de 30 de agosto de 1924, declarou a Grã-Bretanha responsável por desrespeitar direitos previamente adquiridos pelo concessionário, o senhor Mavrommatis, entendendo que a concessão era válida. No entanto, em relação à indenização, este tema permaneceu em aberto, uma vez que, nos termos da sentença, o governo grego não conseguiu provar os prejuízos arcados pelo beneficiário das concessões. Ao investidor caberia o direito de exigir a adaptação dos atos da concessão às novas condições econômicas do período compreendido após a Primeira Guerra Mundial. BORCHARD, Edwin M. *The Mavrommatis Palestine Concessions Cases*. *The American Journal of International Law*, v. 19, issue 4, 1925, p. 728; 735-737. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions*. A11. Decisão disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf>. Acesso em 09 mar. 2014.

³³ SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 12.

³⁴ LEAVY, James. *The Calvo doctrine in Latin American loans*. *International Financial Law Review*. v. 4. issue 10. October, 1985, p. 31. “Ela surgiu para defender o Paraguai em relação a Inglaterra, vez que a proteção diplomática só era exercida pelos países poderosos. Essa cláusula declara que qualquer reclamação do estrangeiro deverá ser resolvida pelos tribunais do estado. Nela o particular renuncia a proteção diplomática do seu estado nacional (...) a finalidade da cláusula é evitar as reclamações de estados estrangeiros em nome de seus nacionais.” MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 115.

³⁵ “*Timid attempts were made to restrain the domination of the Great Powers by international or national legislation. The first and probably the most important instance was the clause that, from the middle of the nineteenth century, many Latin American States began to insert into concession contracts with nationals of foreign countries, chiefly for the exploitation of national resources It was the Argentine jurist C. Calvo (1824-1906) who had argued for this clause. It stipulated that in cases of dispute arising out of contracts, foreigners relinquished the right to request the diplomatic and judicial protection of their national State and agreed to have the dispute settled by local tribunals*”. CASSESSE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2005, p.32.

³⁶ “*Calvo argued that there was inequality in economic, military and political power between Europe and North America on the one hand, and the countries of Latin America on the other. This had led many Latin American governments to accord special privileges to foreigners, placing Latin Americans in a position of legal inferiority in their own countries*” LEAVY, James. *The Calvo doctrine in Latin American loans*.

reclamações e queixas à jurisdição dos tribunais locais deveriam ser direcionadas ao tribunal do Estado onde o investimento foi realizado, evitando-se recorrer às pressões diplomáticas ou intervenções armadas pelo seu próprio Estado ou governo de origem.

A doutrina Calvo propõe a proibição da intervenção diplomática até que sejam utilizados todos os recursos pacíficos ou jurídicos para a solução de controvérsias. Os estrangeiros não deveriam se beneficiar de um tratamento mais benéfico do que os próprios nacionais daquele país onde o investimento tivera sido realizado³⁷.

Vale ressaltar o fundamento por trás da visão de Calvo, que defendia que os investidores estrangeiros deveriam receber o mesmo tratamento concedido aos nacionais do Estado no qual o investimento teria sido realizado, como havia ocorrido com os investidores norte-americanos na Argentina. Desse modo, antes de iniciar uma arbitragem internacional, as empresas estrangeiras deveriam esgotar todos os remédios locais para compensar a violação dos seus direitos³⁸.

A doutrina Calvo apresentava três elementos (i) o investidor estrangeiro não deveria ter tratamento mais benéfico do que o nacional, isto é, investidores estrangeiros e nacionais deveriam ser tratados de forma absolutamente igualitária; (ii) os direitos e a propriedade do investidor estrangeiro deveriam ser regulados pela lei local do país hospedeiro; e (iii) as cortes locais deveriam ter competência exclusiva sobre as disputas envolvendo o investidor estrangeiro. O princípio fundamental desta doutrina consistia no tratamento igualitário entre investidores estrangeiros e os nacionais do Estado hospedeiro. Significa dizer que, o princípio da não intervenção deveria vigorar e, com isso, o princípio da proteção diplomática e do padrão de tratamento mínimo perderiam sua aplicabilidade³⁹.

Ocorre que, a doutrina Calvo não encontrou receptividade e aplicabilidade por parte dos países naquela época⁴⁰. A mudança de perspectiva em relação a tal doutrina só

International Financial Law Review, v. 4, issue 10, october, 1985, p. 31.

³⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 15.

³⁸ SUBEDI, SURYA P. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 13-14.

³⁹ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 13.

⁴⁰ “The majority of the world's states did not recognize the validity of the Calvo Doctrine.” MANNING-CABROL, Denise. The Imminent Death of the Calvo Clause and The Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors. Law & Policy in International Business. v. 26, 1994-1995, p. 1172.

começou a ocorrer após a Convenção Drago-Porter, que instituiu a doutrina Drago em 1902 pelo chanceler argentino Luis María Drago (1859-1921), em resposta ao descumprimento da doutrina Monroe dos Estados Unidos.

A doutrina Drago foi mais uma tentativa de enfrentar a hegemonia das grandes potências naquele período histórico⁴¹. Nenhuma potência estrangeira poderia usar a força militar contra uma nação americana com a finalidade de cobrar uma dívida de uma nação pobre. Isto porque, ao realizar um empréstimo para um Estado estrangeiro, torna-se sempre necessário levar em consideração os recursos que aquele país detém e a probabilidade que aquele país cumprirá com as suas obrigações contratuais.⁴² A doutrina Drago foi uma resposta às ações da Grã-Bretanha, Alemanha e Itália, que impuseram um bloqueio naval à Venezuela no final de 1902⁴³, como resposta à enorme dívida que o presidente da Venezuela, Cipriano Castro, havia se recusado a pagar⁴⁴. Com a doutrina Drago, a doutrina Calvo perdeu um pouco do seu sentido, mas permaneceu presente à margem da concepção de que o direito internacional deveria reger as relações sobre investimento internacional, separado do direito nacional⁴⁵.

Mesmo com a tentativa de reviver a doutrina Calvo durante o período da Revolução Russa, através da expropriação de investimentos estrangeiros sem compensação ou indenização, o caso arbitral Lena Goldfields foi um grande marco histórico. Em fevereiro de 1930, uma companhia inglesa iniciou um procedimento arbitral contra a União

⁴¹ “Another important attempt to place restraints on the Great Power’s hegemony was made, in the early twentieth century, by the Foreign Minister of Argentina, Luis María Drago (1859-1921). He argued that the Great Powers must not use military force to seek payment of debts from poor countries”. CASSESSE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2005, p.33.

⁴² BORDWELL, Percy. Calvo and the “Calvo Doctrine”. *The Green Bag*. V. XVIII. Boston. July, 1906, p.377.

⁴³ “Under the Drago-Porter Convention, states agreed not to use armed force for the recovery of state debts unless there was a refusal to submit the claim to arbitration. Thus, even under the Drago-Porter Convention, and despite the general obligations in the Hague Conventions regarding pacific settlement of disputes, force remained a legal means of exercising diplomatic protection should a state fail to accept an offer of arbitration or accept any resulting award” NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Netherlands. Kluwer Law International, 2009, p. 10.

⁴⁴ “A doutrina Drago, por sua vez, nasce no início do século XX para limitar o uso da força nas cobranças de dívidas contratuais ou de empréstimos obtidos pelos Estados, quando este se recusasse a submeter à arbitragem ou a cumprir laudo arbitral.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 15.

⁴⁵ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.2.

Soviética em razão da desapropriação cometida pelo governo russo em 1918 dos investimentos realizados na operação de uma mina de ouro pelas subsidiárias desta empresa inglesa. Em maio de 1930, a União Soviética abruptamente abandonou o procedimento arbitral, recusando-se participar do mesmo. Após quatro meses de instaurado o tribunal arbitral, dois árbitros emitiram o laudo arbitral condenando o Estado soviético à compensação dos prejuízos causados. No entanto, a União Soviética nunca reconheceu o laudo arbitral e pagou uma modesta indenização à empresa inglesa. É reconhecidamente um dos primeiros casos arbitrais decidido por um tribunal totalmente privado que aplica o princípio internacional geral da compensação por enriquecimento ilícito⁴⁶.

Em 1917 o México promulgou uma Constituição, em que se determinava a expropriação de todas as terras de propriedade de estrangeiros, inclusive cidadãos norte-americanos. Diferentemente da Rússia, o México não negava que a expropriação daqueles ativos de investidores estrangeiros no território mexicano gerava a obrigação de compensação por parte do Estado. No entanto, a natureza da compensação não era necessariamente adequada e efetiva. Após anos de negociação com o governo norte-americano, instaurou-se uma Comissão entre Estados- Unidos e México para considerar as demandas dos investidores norte-americanos em relação aos seus ativos e terras expropriadas no território mexicano. Em 1938 as discussões diplomáticas entre os Estados- Unidos e o México se intensificaram, dado que os investidores norte-americanos não tinham sido compensados pelos prejuízos sofridos⁴⁷.

Nesse ambiente de discussão sobre expropriações realizadas tanto na Revolução Russa, quanto na reforma feita pelo México, se sustentou a necessidade de criação de um princípio de proteção mínima aos investidores estrangeiros⁴⁸, momento em que nasceu a fórmula de Hull.

⁴⁶ Citado pelo professor Dupuy no laudo preliminar de *Texaco vs. Libyan Arab Republic* em 1979. Além disso, o caso arbitral *Lena Goldfield* também foi citado com um dos primeiros casos que reconhecem a compensação por expropriação e nacionalização de ativos. VEEDER, V.V. *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three ideas*. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, n. 4, 1998, p. 747-752.

⁴⁷ SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 13-14

⁴⁸ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.2-3.

A teoria de Cordell Hull, Secretário do Estado norte-americano tratou diretamente da expropriação e natureza da sua compensação⁴⁹. Nesse sentido, Hull defendia que tomar a propriedade de outrem sem a devida compensação deveria ser uma medida tratada como ato de confisco⁵⁰, não de expropriação⁵¹. Importante dizer que, no entendimento de Hull, o direito do investidor se refere à compensação justa, equitativa e imediata⁵². Se o governo expropriador tomasse medidas alegando que compensaria no futuro aquele que foi lesado descaracterizaria, portanto, a expropriação e caracterizaria o confisco. Isto porque, o governo não deveria seguir expropriando a propriedade privada sem imediata compensação. Caso contrário, o governo estaria se beneficiando demasiadamente do poder de confiscar travestido de mera expropriação⁵³.

⁴⁹ “*The disagreement between capital exporting and import- ing states over the minimum standard of treatment came to a head in an exchange of correspondence between Mexico and the US in 1938 regarding the standard of compensation for expropriation. The US insisted on the Hull Rule, named after US Secretary of State Cordell Hull, who, in response to the expropriation of American-held oil interests by Mexico in 1938*”. NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 18.

⁵⁰ No direito brasileiro, as hipóteses legais de desapropriação são taxativas, isto é, previstas especificamente na Constituição Federal de 1988 e nos casos previstos por leis especiais, conforme disposto pelo artigo 5º do Decreto-lei 3.365. No caso de desapropriação, os requisitos e condições autorizativos estão previstos no artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, que são “necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro, no caso da desapropriação comum” e, no caso da desapropriação para política urbana ou para reforma agrária, o pagamento será em títulos especiais da dívida pública, nos termos dos artigos 182 e 184 e ss da Constituição Federal. O confisco, no direito brasileiro, é permitido unicamente na hipótese de “bens utilizados para a prática de crime” em que “glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas”, as quais poderão ser confiscadas sem pagamento de indenização ao proprietário. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até Emenda Constitucional 71 de 29.11.2012. Ed. Malheiros Editores. 2013. p. 889.

⁵¹ “‘Fórmula de Hull’ (fórmula de Hull foi aplicada pela primeira vez no caso de nacionalização de empresas de petróleo norte-americanas no México, em 1936. O nome Hull era do secretário de Estado norte-americano Cordell Hull), muitas vezes invocada, estabelece que a indenização deve ser imediata, adequada e efetiva.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI*. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, 2008, p. 5.

⁵² José Augusto Fontoura Costa afirma que o critério abrangente de Cordell Hull exigia que para os bens expropriados dos cidadãos norte-americanos, a compensação deveria ser: pronta, adequada e efetiva. “Nesse contexto, ‘pronta’ significa que esta deve ser paga por ocasião da expropriação, sem atrasos indevidos. ‘Adequada’ se refere ao ressarcimento integral do valor dos ativos expropriados, considerado o valor do mercado do investimento no momento em que foi expropriado e incluindo direitos intelectuais e lucros presumidos. Por fim, ‘efetiva’ significa que esta deve ser realizada em moeda livremente conversível” COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 66. Sobre expropriação, ver extensivo trabalho da autora Marilda Rosado. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros*. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, p. 127-158.

⁵³ SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 15-16.

Até 1940, portanto, as condições básicas dos ativos de empresas que investiam no território de outros Estados eram frágeis e, certamente, poderiam os investidores ter sua propriedade privada expropriada. Algumas doutrinas se formaram ao longo desse período e, enquanto a teoria de Hull era defendida pelos países desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos, a doutrina Calvo permanecia como a doutrina favorita entre os países em desenvolvimento. De todo modo, importante salientar que se estabeleceu entre os países e, especialmente, aqueles países em desenvolvimento que o direito de expropriação estaria sujeito à devida compensação, que deveria ser proporcional e imediata⁵⁴.

Foi apenas no período pós-colonial que surgiu a necessidade, de fato, de um sistema que protegesse o investimento, já que as metrópoles passaram a se caracterizar como países exportadores de capital para suas antigas colônias⁵⁵.

O período pós-colonial pode ser dividido em quatro fases, conforme nos ensina Sornarajah: (i) nacionalização: o sentimento nacionalista era muito forte logo após a descolonização, o que gerou uma onda de expropriações de propriedades de investidores estrangeiros. Enquanto os países exportadores de capital defendiam a necessidade de criação de um sistema protetivo dos investimentos estrangeiros, os países recém independentes arguíam pela expropriação e fim dos investimento estrangeiros; (ii) racionalização: permanecia o sentimento de expropriação por parte dos países importadores de capital, mas com necessidade de reforma dos seus próprios sistemas legais. Isto é, tão necessário quanto manter o controle dos investimentos estrangeiros, passou a se considerar a necessidade de um ambiente atraente para empresas transnacionais; (iii) neoliberalismo⁵⁶: com a mudança na perspectiva econômica mundial, o

⁵⁴ SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 17-18.

⁵⁵ “*The Post-Colonial Era in the history of international investment agreements began with the end of the Second World War and continued until the collapse of the Soviet Union. Three events in particular shaped the structure and content of international investment agreements during that period.*”. O autor trata de três eventos que demonstrava as características da estrutura e conteúdo dos acordos sobre investimentos estrangeiros no período pós-colonial, quais sejam: (i) como reação à depressão econômica, na década de 1920, houve um consenso em relação à liberalização do comércio através do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês, GATT); (ii) o segundo evento foi o processo de descolonização, que criou novos Estados independentes, mas pouco desenvolvidos economicamente; e (iii) O terceiro evento foi a emergência do bloco socialista liderado pela União Soviética. Imediatamente após a guerra, os países socialistas iniciaram um processo de massivas expropriações no setor privado, momento em que a propriedade de investidores estrangeiros também sofreram expropriações. VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. *Journal of International Law & Policy*. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 161-175.

⁵⁶ “O neoliberalismo foi a ideologia hegemônica desde o início dos anos 1980 até o começo dos anos 2000. Foi a ideologia adotada e promovida pelos governos americanos a partir de Ronald Reagan” que previam a desregulação dos mercados, em que “o Estado deveria se tornar ‘mínimo’, e isso significava pelo menos

fracasso do socialismo, as normas que se consideravam hostis à propriedade estrangeira perderam forças. Os países em desenvolvimento começaram a instituir normas mais favoráveis aos investimentos estrangeiros. A distinção antiga entre países exportadores e importadores de capital começa a desaparecer. Os países exportadores de capital começaram a receber grande volume de investimento e, desse modo, passaram a sentir as próprias medidas que suas regras afetavam os países em desenvolvimento; e (iv) crise do neoliberalismo: a crise econômica de países como Rússia, México, Ásia, Argentina, fizeram com que o liberalismo econômico fosse repensado. A oposição ao Acordo Multilateral sobre Investimento (em inglês, MAI) demonstrou as divergências entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento no âmbito dos investimentos⁵⁷.

Assim, conforme descrito nos períodos: pós-coloniais e pós-Segunda Guerra Mundial até a década de 1990, houve muito confronto entre o crescente número de países em desenvolvimento de um lado, importadores de capital e, países exportadores de capital, do outro, principalmente, quanto à direção do Direito Internacional dos Investimentos.

Isto porque, no momento imediatamente posterior ao período pós-guerra, investidores estrangeiros que buscassem proteção no Direito Internacional dos Investimentos encontravam uma estrutura efêmera e deficiente em pelo menos quatro aspectos⁵⁸.

quatro coisas: primeiro, que deixasse de se encarregar da produção de determinados bens básicos relacionados com a infraestrutura econômica; segundo, que desmontasse o Estado social, ou seja, todo o sistema de proteção social por meio do qual as sociedades modernas buscam corrigir a cegueira do mercado em relação à justiça social; terceiro, que deixasse de induzir o investimento produtivo e o desenvolvimento tecnológico e científico, ou seja, de liderar uma estratégia nacional de desenvolvimento; e, quarto, que deixasse de regular os mercados e principalmente os mercados financeiros porque seriam autorregulados.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Assalto ao Estado e ao mercado, neoliberalismo e teoria econômica. Estudos Avançados, v. 23, n. 66, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 set. 2014.

⁵⁷ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.22-27.

⁵⁸ “For investors, this international legal structure was seriously deficient in at least four respects. First, it was incomplete, for it failed to take account of contemporary investment practices and to address important issues of investor concern, such as their rights to make monetary transfers from the host country. Second, the principles that did exist were often vague and subject to varying interpretations. Third, the content of international investment law was contested, particularly between industrialized countries and newly decolonized developing nations that in the 1970s began to demand a new international economic order to take account of their particular needs. Finally, existing international law offered foreign investors no effective enforcement mechanism to pursue their claims against host countries that had injured or seized their investments or refused to respect their contractual obligations.” SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law. Studies in International Financial, Economic, and Technology Law, v. 8, 2007, p. 241-242.

Na década de 1950, o costume e prática internacional no direito dos investimentos foram confrontados pelos países menos desenvolvidos. As políticas regulatórias desses países revelaram sua força e relutância às regras tradicionais em eventos como a nacionalização dos ativos petrolíferos britânicos no Irã, bem como expropriações e nacionalizações na Líbia e Egito⁵⁹.

Nesse sentido, as décadas de 1970 e 1980 representaram a confrontação entre dois polos. Os países desenvolvidos, de um lado, exportadores de capital, preocupados em proteger e assegurar os investimentos realizados por seus nacionais. Do outro lado, estavam os países em desenvolvimento, importadores de capital, que tratavam a questão da soberania como determinante⁶⁰.

A década de 1980 foi considerada a década perdida para a América Latina e África, principalmente, no tocante à economia. Este período desencadeou mais pobreza, estagnando a economia, caracterizando-se por políticas econômicas não competitivas e poucas reformas domésticas. Com isso, no final dessa década, o consenso comum era de que, o liberalismo econômico prometia crescimento econômico e inovação no lugar do protecionismo que criou barreiras às trocas comerciais. O liberalismo econômico, assim, gerou políticas de reforma da regulação local e privatizações, demonstrando flexibilização no âmbito jurídico dos países em desenvolvimento, com objetivo precípuo de atração do investimento estrangeiro⁶¹. A partir de meados da década de 1980, iniciou-se uma revolução nas relações econômicas envolvendo empresas transnacionais e investimento estrangeiro direto com profundo impacto na economia mundial⁶².

Com objetivo de solidificar o entendimento do processo histórico das décadas de 1970 e 1980, Marilda Rosado aponta como um momento de “refinamento maior nas legislações quanto aos investimentos estrangeiros. A regulação do ingresso e da saída de

⁵⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER, Ely Caetano. Introdução. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, p. 1.

⁶⁰ JUILLARD, Patrick. *L'évolution des sources du droit des investissements*. Recueil des Cours, v. 250. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 26-27.

⁶¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 16.

⁶² GILPIN, Robert. *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order*. Princeton University Press, 2001, p.4.

capitais estrangeiros e sua implementação obedecem aos objetivos de longo e médio prazos, fixados pelo Estado por via legislativa”⁶³.

Como reflexo dessa evolução, aponta-se o Consenso de Washington, que nasceu de um trabalho acadêmico elaborado por J. Williamson, onde listou as condições para que um país tivesse desenvolvimento econômico de sucesso. O Consenso de Washington, formulado em novembro de 1989, se tornou um conjunto de medidas composto por dez regras básicas que deveriam ser seguidas por economistas de instituições financeiras situadas em Washington D.C.⁶⁴, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e o departamento do Tesouro dos Estados Unidos. O Consenso de Washington passou a ser adotado como política oficial do FMI em 1990, quando passou a ser recomendado com objetivo de promover o ajuste da situação macroeconômica dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Na década de 1990, muitos países em desenvolvimento iniciaram um procedimento de mudança em relação à perspectiva dos investimentos estrangeiros. Com o fim da União Soviética, a visão socialista da propriedade entrou em colapso e uma crise econômica se iniciou. Neste período, a teoria neoliberal exigia uma abordagem voltada para os problemas globais, exigindo a liberalização de movimentação de capital⁶⁵.

Essa mudança de posição diminuiu as barreiras aos investimentos estrangeiros, eliminando regras sobre repatriação dos lucros e limites da participação de estrangeiros no controle das empresas. Os países latino-americanos iniciaram um processo de conclusão de acordos bilaterais, que não necessariamente continham regras muito distantes das regras presentes naqueles acordos entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento⁶⁶. Do

⁶³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 4

⁶⁴ “*In order to try and ensure that the background papers for that conference dealt with a common set of issues, I made a list of ten policies that I thought more or less everyone in Washington would agree were needed more or less everywhere in Latin America, and labeled this the ‘Washington Consensus.’*” Algumas das dez regras básicas que vinham a compor o Consenso de Washington: disciplina fiscal, foco nos gastos públicos, reforma tributária, liberalização financeira. WILLIAMSON, John. A Short History of the Washington Consensus. Law and Business review of the Americas, v. 15, 2009, p. 7- 9.

⁶⁵ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.25.

⁶⁶ “*The end of the 1980s and the 1990s witnessed an exponential growth in the conclusion of international investment and trade treaties (...)* By the end of the 1990s, 1857 BITs had been concluded.” NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. The Netherlands. Kluwer Law International, 2009, p.47-48.

mesmo modo, a regra Hull começou a ser aplicada e se tornou um elemento presente nos BITs e acordos regionais como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (em inglês, NAFTA)⁶⁷. Em 1995, a Organização Mundial do Comércio (OMC) foi formalmente criada, comprometida com o fundamento do livre comércio, adotando instrumentos específicos sobre investimentos⁶⁸.

Em 1998, a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) fracassou na tentativa de elaborar um instrumento internacional multilateral sobre investimentos. Com o número exponencial de BITs, o número de arbitragens começou a crescer exponencialmente. Com o sucesso das arbitragens internacionais, críticas começaram a surgir, dado que alguns Estados se encontraram na posição de réus mais frequentemente do que desejavam. Com isso, os países começaram a defender que o direito dos investimentos e a arbitragem sobre investimentos restringiam o direito e liberdade dos Estados de adotarem medidas nacionais regulatórias⁶⁹.

A oposição ao MAI, assim como, a crise econômica asiática contribuíram para a reflexão sobre os fundamentos dos investimentos estrangeiros. Além disso, muitas críticas surgiram em relação às regras sobre investimentos no âmbito da OMC. Em setembro de 2003, durante a Conferência de Cancun, grande número de países em desenvolvimento se posicionaram contra a inclusão do tema dos investimentos na agenda de Doha⁷⁰, já que não existia um acordo sobre a responsabilização das empresas transnacionais.

Os países que apresentavam oposição ao MAI defendiam que a concentração da proteção dos investimentos estrangeiros favorecia demasiadamente as empresas transnacionais, sem preocupação com a proteção do meio-ambiente, desenvolvimento econômico e direitos humanos. A preocupação desses países consistia em defender o livre movimento de capital no mundo globalizado associado à atuação responsável dessas

⁶⁷ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.5.

⁶⁸ Além da criação da Organização Mundial do Comércio na década de 1990, o Acordo sobre Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio (em inglês, TRIMS) foi resultado da Rodada do Uruguai. THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*. v. 41, n° 2, jul/dez 1998, p. 68.

⁶⁹ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.11.

⁷⁰ KHOR, Martin. *An Analysis of the WTO's Fifth Ministerial Conference (Cancun, 10-14 September 2003)*. Disponível em: <<http://www.g24.org/TGM/khorgva.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

empresas. Isto é, defendia-se o respeito aos direitos humanos, desenvolvimento econômico e atenção aos direitos dos povos indígenas dos países importadores de capital⁷¹.

Apesar de todas as mudanças ao longo das décadas e discussões acerca do desenvolvimento da regulação internacional sobre investimentos, o volume do investimento estrangeiro direto (IED) no cenário internacional cresceu de maneira exponencial⁷².

Marilda Rosado ressalta o volume de investimentos estrangeiros na sociedade atual é crescente, se desenvolvendo de forma complexa, mas amplamente presente nas sociedades transnacionais. Com isso, “novos desafios se apresentam à visão jurídica da regulação desses investimentos por parte dos países hospedeiros.”⁷³.

Em 2010, pelo menos 74 países introduziram mais de 149 medidas sobre investimentos estrangeiros, das quais 101 medidas tiveram por objetivo promover a liberalização e facilitar os investimentos estrangeiros. Do total de 149 medidas sobre investimentos estrangeiros, 48 medidas consistiam em novas regras e restrições ao IED, o que representa uma tendência à restrição dos investimentos⁷⁴. Em 2011, o IED cresceu 16% ultrapassando os níveis pré-crise econômica de 2008-2009⁷⁵. Esse crescimento surgiu em função de um aumento no lucro das empresas transnacionais e de um certo crescimento no desenvolvimento dos países menos desenvolvidos.

⁷¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.27.

⁷² “*Foreign direct investment (FDI) is a key driver of international economic integration. With the right policy framework, FDI can provide financial stability, promote economic development and enhance the well being of societies.*” ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. 4a ed, 2008, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/fdibenchmarkdefinition.htm>>. Acesso em 03 mar. 2014.

⁷³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI*. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, 2008, p. 1.

⁷⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2011. Non-Equity Modes of International Production and Development*. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/wir2011_embargoed_en.pdf>. Acesso em: 20 fev.2014. p. 94.

⁷⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2012. Towards a New Generation of Investment Policies*. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014. p. xiii.

Em 2012, por sua vez, o volume de investimento estrangeiro direto decresceu em 18% para 1,35 trilhões dólares⁷⁶. A razão principal para a diminuição do fluxo de investimentos consiste na fragilidade macroeconômica e insegurança jurídica e regulatória no ambiente do investidor estrangeiro. Além disso, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (em inglês, UNCTAD) prevê um crescimento de investimento moderado nos próximos dois anos.

O UNCTAD identifica que, nas últimas duas décadas, houve uma mudança no comportamento dos investidores e no fluxo de investimentos estrangeiros. Em 2012, pela primeira vez, os países em desenvolvimento absorveram mais investimento estrangeiro do que os países desenvolvidos. Quatro países em desenvolvimento receberam maior fluxo dos investimentos estrangeiros em 2012: China, Hong Kong, Brasil, Ilhas Virgens⁷⁷. Além disso, os países em desenvolvimento também geraram um terço do fluxo de investimento direto no mundo⁷⁸. O fluxo de investimentos saindo dos países desenvolvidos caiu a um nível próximo ao verificado em 2009.

O fundamento para o cenário atual do fluxo de investimentos estrangeiros reside na incerteza do cenário econômico mundial. Diante desse cenário, as empresas transnacionais passaram a realizar desinvestimentos ao invés de expansões. Apesar disso, o cenário internacional atual dos investimentos estrangeiros está sendo impulsionado por uma iniciativa global para acelerar o cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio em 2015 e por uma iniciativa da Organização das Nações Unidas (ONU) em elaborar uma Agenda pós Objetivos do Desenvolvimento do Milênio em 2015. Com isso, o UNCTAD estima um volume de investimentos estrangeiros com crescimento em 2014 na faixa de 1,6 trilhões de dólares e, em 2015 na faixa de 1,8 trilhões de dólares⁷⁹.

⁷⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development.. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 20 fev. 2014. p. xii.

⁷⁷ World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xiv.

⁷⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. <Disponível em: <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 20 fev. 2014. p.iii.

⁷⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 20 fev. 2014. p. iii.

1.2 Investimentos estrangeiros: breve síntese sobre conteúdo e definição

O papel dos investimentos estrangeiros na cinemática internacional é de indiscutível relevância. Conforme demonstrado no capítulo anterior, o desenvolvimento histórico dos investimentos estrangeiros se caracteriza por controvérsias ao longo dos séculos, falta de consenso e concentração do bilateralismo.

Esse panorama demonstra a importância de se analisar o conteúdo e definição dos investimentos estrangeiros. Não há consenso entre os países sobre o que deve compreender o conceito dos investimentos estrangeiros. Os BITs apresentam elementos variados sobre o seu conteúdo, o que gera dificuldade em alcançar uniformidade no conceito dos investimentos estrangeiros. O prejuízo causado pela perda do investimento realizado no território estrangeiro se demonstrou fatal para o próprio investidor. Diante desse risco, começou a se preocupar em desenvolver o conceito dos investimentos, determinar quais ativos fariam parte desse conceito para, assim, determinar a sua proteção.

Karla Fonseca afirma que o IED é uma das principais fontes de financiamento externo dos países em desenvolvimento⁸⁰. A necessidade de investimento se consagrou e a sua proteção tornou-se inequívoca, dado que a perda dos investimentos realizados no território estrangeiro se demonstraria fatal para o próprio investidor. Assim, na busca de proteção e compensação por eventuais prejuízos, deparou-se com a necessidade de se caracterizar o conteúdo do conceito que se estava protegendo: os investimentos estrangeiros⁸¹.

A definição do conteúdo dos investimentos estrangeiros torna possível determinar a abrangência do acordo bilateral a ser aplicado e o tribunal competente para a solução de eventuais controvérsias e compensação por danos. A definição do conteúdo do investimento em um acordo sobre investimentos determina os interesses econômicos protegidos por um Estado, assim como, delinea a exposição daquele Estado a eventual arbitragem com um investidor⁸².

⁸⁰ FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008, p.33.

⁸¹ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.10-11.

⁸² “IAs must specify not only their geographical and temporal coverage, but, most importantly, their subject-matter coverage. This is done primarily through the definitions of the terms “investment” and “investor”, which form the main focus of this paper. The definition of “investment” determines economic interests, to which governments extend substantive IIA protections, while the definition of “investor” specifies the range of individuals and legal entities that can benefit from the treaty. To a large extent, the definitions outline the

No intuito de se discorrer sobre a definição dos investimentos estrangeiros percebe-se, entretanto, certa inconsistência e ausência de uniformidade acerca do que consiste o conteúdo desse conceito⁸³. Isto porque, além da divergência identificada no âmbito da doutrina que analisa o tema⁸⁴, os acordos sobre investimentos celebrados entre diferentes Estados também não são uniformes quanto à abrangência do conteúdo do termo, em que alguns procuram incluir ou não determinados tipos de ativos do conceito de investimentos estrangeiros. Por fim, a ausência de um acordo multilateral sobre investimentos também limita a possibilidade de se encontrar um conceito uniforme sobre o que investimentos estrangeiros consistiriam.

A dificuldade de estudar o tema dos investimentos estrangeiros é cristalinamente traduzida pelas palavras de Patrick Juillard, que defende que os investimentos estrangeiros é um tema esquecido no direito internacional e renasceu com a multiplicação das

boundaries of a country's exposure to possible investor-State claims.” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva. 2011. p. xi.

⁸³ Sobre a ausência de uniformidade do conceito jurídico do termo “investimento”, Bernadete de Figueiredo Dias afirma que “o conceito jurídico de ‘investimento’ é dificultado pela diversidade das fontes e pelos conceitos econômicos envolvidos nessa definição. É estabelecido em função do objeto e do objetivo do instrumento legal que os disciplina. Assim, não podemos afirmar a existência de um conceito jurídico padrão de ‘investimento’, porquanto este é estabelecido em cada instrumento legal que trata do tema, conforme os objetivos do Estado (no caso das regras de direito interno) ou das partes contratantes (Estados, no caso dos tratados, ou Estado e investidor, no caso dos contratos com o Estado).” DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26. Nesse mesmo sentido: “Não existe, quer na doutrina jurídica, quer na econômica, uma definição firme e consolidada de investimento estrangeiro. Sua noção varia historicamente em função das necessidades e possibilidades econômicas, bem como da tecnologia jurídica existente (UNCTAD, 2006a). Além disso, a existência de diversas definições, ou em cada um dos ordenamentos nacionais ou nos diversos instrumentos internacionais que tratam dos investimentos estrangeiros, implica importantes dificuldades para a construção de uma noção unitária (CARREAU; JUILLARD, 2005).” COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29. Ainda, defende Dolzer e Schreuer: “*The divergence in the conceptual premises has so far been resolved neither by arbitral jurisprudence nor by academic commentary*” DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 61. Pierre-Emmanuel Dupont ressalta que o tema sobre a definição acerca do conteúdo dos investimentos foi um dos maiores problemas enfrentados pela arbitragem sobre investimentos: “*The absence of definition of the concept of 'investment' in the ICSID Convention and the uncertainties resulting therefrom on the extent and the 'outer limits' of the jurisdiction ratione materiae of tribunals constituted under the Convention has been for years - and remains to date - one of the major problems facing arbitration under investment treaties.*” DUPONT, Pierre-Emmanuel. The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?. The Journal of World Investment & Trade, n. 12, 2011, p.245.

⁸⁴ Alguns autores defendem que o conteúdo dos investimentos estrangeiros deve tanto abranger os investimentos estrangeiros diretos quanto indiretos. Outros autores, entretanto, entendem que os investimentos de portfólio não devem fazer parte do investimento estrangeiro. Nesse sentido, Sornarajah: “*Several reasons are given for this difference in treatment. The foreign investor takes out of his home state resources which could otherwise have been used to advance the economy of the home state. The home state is said to be justified in ensuring that these resources are protected. Portfolio investments, on the other hand, can be made on the stock exchanges virtually anywhere in the world*” SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 9.

expropriações e nacionalizações geradoras de diversas controvérsias. O direito dos investimentos tem duas camadas: de um lado, um número de regras que visa permitir a livre circulação dos investimentos; do outro, conjunto de princípios e regras destinados a definir o tratamento da proteção ao investimento⁸⁵.

Em termos históricos, a elaboração do conteúdo do termo “investimentos” nasceu no período em que a responsabilidade do Estado por proteção do investidor estrangeiro passou também a ser relacionada à sua propriedade física, ou seja, ativos tangíveis que o investidor detinha localmente⁸⁶. A presença física do investidor no Estado estrangeiro e os prejuízos sofridos em função das ações do governo local foram o motor propulsor para o desenvolvimento da proteção, assim como, do próprio conceito de investimento⁸⁷.

Em primeiro lugar, quanto ao conceito dos investimentos estrangeiros, é importante ressaltar que existem duas vertentes para se definir o termo: econômica e jurídica. A terminologia econômica do termo se verificava principalmente nas primeiras disputas sobre o conteúdo dos investimentos⁸⁸. A vertente jurídica, por sua vez, se encontra nas legislações nacionais, acordos internacionais sobre investimentos estrangeiros, como também, nas arbitragens internacionais⁸⁹.

⁸⁵ “*Le droit des investissements comprend, en effet, deux strates: d’un côté, un certain nombre de règles destinées à permettre la libre circulation des investissements; de l’autre côté, un certain nombre de principes et de règles destinés à définir le traitement et la protection de l’investissement.*” JUILLARD, Patrick. *L’évolution des sources du droit des investissements*. Recueil des Cours, v. 250. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 24-25.

⁸⁶ “Se opera ou plea tomada (ou assunção) do controle, ou pela vontade de participar, ainda que minoritariamente, no capital da empresa, de modo permanente, e exercendo um grau de controle ou influência preponderante em sua gestão”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto: Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.

⁸⁷ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.11. Direito dos acionistas serem protegidos. Acordos bilaterais que incluem as ações em empresas como forma de investimento estrangeiro. Isto em casos que as empresas são veículos de investimento, não investimentos de portfólio. “*In the Barcelona Traction case the International Court of Justice did not consider itself to be entitled to make fiction conform to reality. The Court did not feel compelled to lift the corporate veil, so as to grant the home State of the shareholders a right to diplomatic protection.*” SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. *International Economic Law. General Course on Public International Law*. Recueil des Cours, v. 198. Haia: Martinus Nijhoff, 1986, p. 87.

⁸⁸ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 65.

⁸⁹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.11. No mesmo sentido: DOLZER; SCHREUER que diz: “*In practice, two conceptual approaches have been developed to give legal meaning to the term. Bilateral and multilateral treaties have included specific elaborate definitions, usually at the beginning of the operative parts of the agreement. The second approach is based on the usage of the term in regular economic parlance and leaves the interpretation and application to the practice of states and tribunals.*” DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 61.

O primeiro tipo de definição da vertente jurídica se encontra nas legislações nacionais e convenções internacionais. O segundo consiste no conceito uniformizado formulada pela jurisprudência das arbitragens internacionais, em especial, nas decisões no âmbito do Centro Internacional de Resolução de Disputas Sobre Investimentos (em inglês, ICSID). A importância da arbitragem vem aumentando, uma vez que muitos investidores tem recorrido às sentenças e decisões arbitrais devido a boa publicidade e qualidade técnica dessas decisões⁹⁰.

Quando se fala em investimento estrangeiro, é preciso definir o conteúdo dos dois termos que o compõem. Assim, define-se “investimentos” e “estrangeiros”, conforme ensina o professor José Augusto Fontoura Costa⁹¹. Por essa razão, deve-se discorrer sobre o que se compreende investimentos, bem como tratar do caráter estrangeiro do investimento⁹².

Com relação ao elemento de estraneidade do investimento, é preciso verificar a nacionalidade do investidor para, assim, determinar se um investimento é estrangeiro ou não⁹³. A origem do capital não é determinante para definir o caráter estrangeiro do investimento. A nacionalidade do investidor que determina se o investimento é estrangeiro ou não, o arcabouço jurídico que lhe é aplicável e o tribunal internacional competente, se houver.

No que toca o conteúdo dos investimentos estrangeiros, o estudo do UNCTAD esclarece que o desenvolvimento dos tipos de ativos que comporiam o seu conteúdo começou a se desenvolver nos meados do século XIX. Até então, o investimento estrangeiro compreendia os fluxos de capital como forma de empréstimos de investidores de um país europeu para outro país europeu. O IED consistia, particularmente, na propriedade tangível e interesses financeiros em investimentos. A partir de meados do

⁹⁰ GILLES, Anne. La définition de l'investissement international. Belgique: Ed. Larcier, 2012, p. 23.

⁹¹ COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.

⁹² “Assim, uma das características do investimento internacional é o seu trânsito de uma economia nacional para outra, atravessando fronteiras” e, sobre o caráter estrangeiro, define o autor que “para determinar se um investimento é ou não internacional, não se pode recorrer unicamente à nacionalidade das partes. O critério é fraco e insuficiente. É o critério da residência ou domicílio do investidor que impera (com as necessárias reservas e limites) pois é o mais adequado. Foi ele o escolhido pelo legislador brasileiro.” BAPTISTA, Luiz Olavo. Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Porto: Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 35-36.

⁹³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.46.

século XIX, a proteção do investimento estrangeiro na forma de investimento de capital em empresas começou a ser uma preocupação por parte do direito internacional. No século XX, iniciou um processo de proteção da propriedade intelectual, através de marcas e patentes de empresas transacionais que se expandiam internacionalmente⁹⁴.

Sornarajah entende que os investimentos estrangeiros podem ser definidos como a transferência de ativos tangíveis ou intangíveis de um país para outro com o objetivo de gerar riqueza naquele país sob o controle parcial ou total do proprietário daqueles ativos⁹⁵.

Com o desenvolvimento da doutrina, o termo investimento estrangeiro passou a compreender ativos intangíveis também, como empréstimos internacionais, garantias, hipotecas, direitos dos acionistas⁹⁶. Os acordos sobre investimentos deixaram, portanto, de fazer uso do termo “propriedade, direitos e interesses” típicos dos FCNs e passaram a utilizar um termo mais moderno, chamado de “investimento”, que não tinha por objetivo abranger todos os tipos de propriedade, direitos e interesses⁹⁷.

O gênero investimentos estrangeiros se subdivide em duas espécies: investimento estrangeiro direto e investimentos de portfólio ou, também conhecido, investimentos de carteira⁹⁸. A controvérsia atual quanto ao conteúdo do investimento estrangeiro reside na inclusão ou não dos investimentos de portfólio dentro do gênero ‘investimentos estrangeiros’. Com isso, importante se faz apresentar a distinção entre investimento estrangeiro direto e investimento de portfólio.

⁹⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Genebra: UNCTAD, 2011. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs//diaeia20102_en.pdf>. Acesso em 28 fev. 2014. p. 8.

⁹⁵ “*foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country into another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets*”. SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.7.

⁹⁶ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.11.

⁹⁷ Os autores utilizam o termo “*property, rights, and interests*” típicos dos tradicionais Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (“*friendship, commerce and navigation treaties*”). DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 60.

⁹⁸ Sobre investimento estrangeiro direto e a distinção com investimento de portfólio, ver também DOLZER; SCHREUER: “*Economic science often assumes that a direct investment involves (a) the transfer of funds, (b) a longer term project, (c) the purpose of regular income, (d) the participation of the person transferring the funds, at least to some extent, in the management of the project, and (e) a business risk. These elements distinguish foreign direct investment from a portfolio investment (no element of personal management), from an ordinary transaction for purposes of sale of a good or a service (no management, no continuous flow of income), and from a short-term financial transaction*”. DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 60.

O IED consiste na transferência de equipamentos, maquinário, construção de plantas de produção⁹⁹ ou plantação. Isto é, trata-se de um interesse duradouro, de longo prazo, com o objetivo de influenciar diretamente a gestão de uma empresa, com controle total ou parcial sobre o capital daquele negócio¹⁰⁰. Apesar de o IED ser, em geral, destinado à “implementação ou aquisição de uma empresa – outras modalidades de investimento podem ser admitidas como sendo diretas.”¹⁰¹. Assim, José Augusto Fontoura Costa esclarece que a longa duração e aquisição de controle e capacidade de influência são aspectos principais caracterizadores do IED¹⁰².

O investimento de portfólio, por sua vez, é representado pela movimentação de capital com o objetivo de aquisição de instrumentos financeiros. Inclui-se também nesse conceito a aquisição de ações de uma companhia que é formada ou sua operação está localizada em um território estrangeiro.

Ora, o investimento de portfólio está mais suscetível aos riscos comerciais de mercado e, na maioria das vezes, se encontra desprotegido do direito internacional dos acordos sobre investimentos estrangeiros¹⁰³. Ao adquirir *bonds* emitidos por uma instituição estrangeira, não existem convenções estrangeiras que os regulem ou que determinem o modo de solução de controvérsia. Na verdade, existe uma prática de mercado que determina que o programa de emissão de *bonds*, normalmente, deve ter como lei aplicável a lei inglesa e elege o foro inglês como o competente. Esse mesmo raciocínio é válido para outros instrumentos como notas estruturadas, *commercial papers* e até ações.

⁹⁹ Nesse sentido, Partrick Juillard defende que o investimento é realizado visando um lucro e supõe movimentação: a livre circulação de investimentos é necessária com o objetivo de diminuir custos de produção que, por sua vez, é essencial para aumentar os lucros da exploração. (“*Et l’investissement, parce qu’il est réalisé pour en retirer un profit, suppose le mouvement: la libre circulation des investissements est nécessaire en vue de la diminution des coûts de production, et l’abaissement des coûts de production est nécessaire en vue de l’augmentation des profits d’exploitation.*”). JUILLARD, Patrick. L’évolution des sources du droit des investissements. Recueil des Cours, v. 250. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 24.

¹⁰⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Scope and Definition. UNCTAD World Investment Report – 2005. Transnational corporations and the internationalization of R&D. Genebra: UNCTAD. 2005. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=693>>. Acesso em 02 mar. 2014. p. 329.

¹⁰¹ COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 34-36.

¹⁰² COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 36. Ver também FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 36.

¹⁰³ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 9.

Os elementos de distinção entre IED e investimentos de portfólio são: (i) a liquidez é muito mais reduzida no IED do que nos investimentos de portfólio, sendo o IED caracterizado pelo longo prazo, aplicação direta em uma empresa, regularidade, influência significativa na gestão dos negócios, apresentando menor volatilidade¹⁰⁴; (ii) o risco econômico no IED é maior do que nos investimentos de portfólio. Além disso, o retorno é indeterminado e desconhecido¹⁰⁵, uma vez que os investimentos não são alocados diretamente em empresas e apresentam volatilidade. A possibilidade de se desfazer dos investimentos de portfólio é muito mais simples do que no IED e, por fim; (iii) nos investimentos de portfólio há um divórcio entre gerenciamento e controle da companhia. Tratam-se de investimentos em que não existe orientação para o controle operacional da empresa¹⁰⁶.

Nesse sentido, Sornarajah também faz distinção entre o IED e investimento de portfólio, afirmando que o IED ocorre quando os “residentes de um país adquirem controle sobre uma sociedade em outro país e determinam a sua atividade, seja por meio da compra de ações ou da detenção de ativo da sociedade”¹⁰⁷, já o investimento de portfólio se caracteriza na simples aquisição de ações de uma sociedade estrangeira¹⁰⁸.

Além da distinção entre investimentos estrangeiros direto e de portfólio, no âmbito do conceito dos investimentos estrangeiros, pode-se distinguir dois tipos de investimento estrangeiro direto: aquele que se aplica no Estado hospedeiro através da aquisição de uma empresa já existente (em inglês, “Acquisition FDI”) realizados através de fusões e aquisições (em inglês, M&A) ou, o investimento estrangeiro que se configura através da

¹⁰⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 31.

¹⁰⁵ FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008, p.35-36.

¹⁰⁶ AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento direto externo, comércio internacional e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (org). Comércio Internacional e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006, p. 144.

¹⁰⁷ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 8.

¹⁰⁸ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 8.

criação de uma nova unidade, também conhecida como investimentos em “campo novo” (em inglês, “Greenfield FDI”)¹⁰⁹.

Sobre essa distinção deve-se atentar para as observações de José Augusto Fontoura Costa, que determina que o *acquisition FDI* trata da compra de empresas já existentes no mercado, na há investimento feito do zero. No entanto, no caso do *greenfield FDI* sugere “a construção desde o chão, criando-se uma nova empresa no Estado receptor e, portanto, aporta de maneira mais completa os benefícios”¹¹⁰.

O investimento estrangeiro é necessário e interessante para o produtor sempre que a produção de bens mais complexos gera custo que, muitas vezes, é reduzido através da maximização de lucros e redução de custos. A alocação da produção de forma internacional aumenta a capacidade competitiva de uma empresa transnacional e diminui a necessidade de contratação externa. Por outro lado, muitos projetos de infraestrutura dependem de financiamento externo, uma vez que os recursos para realização de grandes construções não se encontram facilmente no âmbito interno de alguns países¹¹¹.

As empresas transnacionais, um dos atores internacionais no âmbito dos investimentos estrangeiros, representam o resultado desse raciocínio. Isto porque, não é fácil comercializar ativos intangíveis no mercado, negociar contratos internacionais e, além de tudo isso, o custo de produção é reduzido, a facilidade de circular investimento é maior e o sistemas de produção são adequadamente conectados.

No âmbito desta discussão, é importante ter uma visão ampla sobre como o termo ‘investimento’ é tratado no âmbito dos acordos internacionais sobre investimentos¹¹², nos BITs, bem como, no âmbito das decisões arbitrais.

¹⁰⁹ AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento direto externo, comércio internacional e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (org). Comércio Internacional e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006, p. 145.

¹¹⁰ COSTA, José Augusto Fonseca. Direito Internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 33.

¹¹¹ Com relação à necessidade de investimento estrangeiro como forma de financiamento externo para viabilizar grandes projetos de infraestrutura ver subcapítulo 3.8 que trata das formas contratuais de investimentos estrangeiros como financiamentos internacionais em *Project finance*.

¹¹² Com relação à inclusão do investimento de portfólio nos acordos internacionais, José Alvarez explica que “*The investment treaties that are the subject of this monograph as well as underlying treaties such as the ICSID Convention contain definitions of what constitutes a covered “investment”. Some of these treaties contain vague or circular definitions that are ample enough to include portfolio (or passive) investment.*” ALVAREZ, Jose E. The Public International Law Regime Governing International Investment. Recueil des Cours, v. 344. Haia: Martinus Nijhoff, 2010, p. 203, nota de rodapé n.1.

Os acordos internacionais que possuem relação com investimentos apresentam dois posicionamentos: (i) não definem diretamente o termo “investimentos estrangeiros” ou (ii) tratam diretamente do conteúdo do investimento estrangeiro direito.

O artigo 25(1) da Convenção de Washington, por sua vez, apenas delimita a competência do Centro de Arbitragem ICSID, ao invés de especificar o conteúdo dos investimentos estrangeiros, a seguir:

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

Tanto nos relatórios sobre os trabalhos preparatórios para a Convenção, como nas decisões arbitrais no âmbito do ICSID, conclui-se que o artigo 25 da Convenção não tinha a intenção de delimitar o conteúdo do termo investimentos¹¹³.

O Manual do Balanço de Pagamentos e Posição do Investimento Internacional, relatório do FMI define IED como uma categoria de investimento internacional associado com um investidor residente em uma economia com controle ou influência direta sobre o gerenciamento de uma empresa localizada em outra economia. Nesse documento, inclui-se no conceito de IED: dívida, investimento em empresas controladas e investimento reverso¹¹⁴.

A OCDE define investimentos em seu estudo do mesmo modo que o FMI, caracterizando o IED como uma atividade que visa a relação de longo prazo a partir de um interesse emanado pelo investidor que tem influência direta na empresa investida. O interesse é evidenciado através de, no mínimo, dez por cento do poder de voto daquela empresa, em que o investidor possui influência ou controle de gestão¹¹⁵.

¹¹³ Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção: “no attempt was made to define the term ‘investment’ given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanisms through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (in Article 25(4))”, INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. Report of the executive directors on the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states, 1965. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section05.htm>>. Acesso em 03 mar. 2014. para. 27.

¹¹⁴ INTERNATIONAL MONETARY FUND. Balance of Payments and International Investment Position Manual. Washington, D.C. 6th ed. 2009. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 100.

¹¹⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4a ed, 2008. Disponível: <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/fdibenchmarkdefinition.htm>>. Acesso em 03 mar. 2014. p.17.

No âmbito dos acordos bilaterais, a definição de investimento é reproduzida através de “investimento direto” e “investimento indireto”. A maioria dos acordos bilaterais define investimento de forma geral e trazem diversas formas ilustrativas para determinar o conteúdo deste termo¹¹⁶. Assim, apesar das definições abstratas, mais e mais definições baseadas em ativos discriminam uma lista de formas de contribuição de investimento¹¹⁷.

A ausência de uniformidade quanto à delimitação do conceito de investimentos estrangeiros se apresenta, até mesmo, em acordos bilaterais em geral. Os BITs celebrados por um país com outros Estados podem vir a apresentar inconsistência do conteúdo desse termo entre si. Isto porque, o próprio país que negocia o acordo bilateral pode ter interesse em uma cláusula diferente da outra dependendo do Estado-contratante.

No caso dos acordos bilaterais celebrados pelos Estados Unidos, existe uma duplicidade de conceito. Em alguns BITs, define-se investimento como todo tipo de investimento detido ou, direta ou indiretamente, controlado por um nacional ou companhia, incluindo-se os investimentos como empresa, ações e instrumentos de dívida. Em outros acordos, existe um caráter exemplificativo de tipos de investimentos, definindo uma lista ampla de exemplos de investimentos¹¹⁸.

No BIT celebrado entre Estados Unidos e Uruguai, assim como, no BIT entre Estados Unidos e Ruanda, investimento é definido como qualquer ativo que o investidor detenha controle, direta ou indiretamente, e que possua características de investimento,

¹¹⁶ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 63

¹¹⁷ “Nowadays, bilateral investment treaties and international investment agreements define “investment” by detailing its ways of expression rather than using expressions like “direct investment” and “indirect investment”. For example, besides the abstract description, more and more asset-based definitions give a list of the forms of the contributions of investment.” QI, Huan. The Definition of Investment and its Development: for the reference of the Future BIT between China and Canada. *Revue Juridique Thémis*, v. 45, issue 3, 2011, p. 551.

¹¹⁸ “investment’ of a national or company means every kind of investment owned or controlled directly or indirectly by that national or company, and includes investment consisting or taking the form of: (i) a company; (ii) shares, stock, partnership interests, and other forms of equity participation, and bonds, debentures, and other forms of debt interests, in a company; (iii) contractual rights, such as under turnkey, construction or management contracts, production or revenue-sharing contracts, concessions, or other similar contracts; (iv) tangible property, including real property; and intangible property, including rights, such as leases, mortgages, liens and pledges; (v) intellectual property, including: copyrights and related rights, patents, rights in plant varieties, industrial designs, rights in semiconductor layout designs, trade secrets, including know-how and confidential business information, trade and service marks, and trade names; and (vi) rights conferred pursuant to law, such as licenses and permits; Definição de investimento no Artigo 1º do Acordo Bilateral entre Estados Unidos da América e República da Albânia sobre incentivo e proteção recíproca do investimento celebrado em 11 de Janeiro de 1995. Disponível em: <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002622.asp>. Acesso em: 26 fev.2014.

inclusive características de um comprometimento de um capital e outros recursos, com expectativa de ganho ou lucro e assunção de risco, incluindo também derivativos, opções, ações de empresas, propriedade intelectual, debêntures, instrumentos de crédito internacional e outros tipos de direito relativos à propriedade como hipoteca, garantias, penhor, etc.¹¹⁹.

Outros tipos de BITs definem investimentos a partir da sua função econômica. Por exemplo, o BIT entre Ucrânia e Dinamarca de 1992 define como investimentos qualquer ativo conectado com as atividades econômicas realizadas com o objetivo de estabelecer relações econômicas permanentes¹²⁰.

Alguns BITs, por sua vez, definem o termo ‘investimentos’ a partir das características do investimento se referindo ao comprometimento de recursos e expectativa de lucro. Este é o caso do BIT entre Inglaterra e Chile de 08 de janeiro de 1996¹²¹.

Importante notar que, existem decisões arbitrais contrárias à vinculação da definição do termo investimento à legislação nacional do Estado hospedeiro no próprio BIT. Isto é, o texto do acordo bilateral não pode fazer referência cruzada à legislação nacional ao definir o investimento, dizendo, por exemplo, que se entende por investimento o conteúdo previsto na legislação nacional daquele país.

¹¹⁹ “*investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (a) an enterprise; (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans; (d) futures, options, and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts; (f) intellectual property rights; licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.*” Definição de investimento no Artigo 1º do Acordo Bilateral entre Estados Unidos da América e República Oriental do Uruguai sobre incentivo e proteção recíproca do investimento celebrado em 04 de Novembro de 2005. Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file748_9005.pdf>. Acesso em: 26 fev.2014. Do mesmo modo, tem-se a definição de investimento no Artigo 1º do Acordo Bilateral entre Estados Unidos da América e República de Ruanda sobre incentivo e proteção recíproca do investimento celebrado em 19 de Fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file743_14523.pdf>. Acesso em: 26 mar.2014.

¹²⁰ Artigo 1(1) Bilateral Investment Treaty between the Government of Ukraine and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investment of October, 23, 1992. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Investment Instruments Online. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/denmark_ukraine.pdf>. Acesso em: 26 mar.2014. p. 1.

¹²¹ Article 1 of Agreement between the Government of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Chile concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments with Protocol of 8 January 1996. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Investment Instruments Online. Disponível em: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_uk.pdf>. Acesso em: 26 mar.2014. p. 1.

Isto porque, o âmbito de proteção do investidor fica vinculado à verificação da lei local aplicável que determinará o que é investimento. Assim, essa vinculação ficaria restrita tão somente à validade do investimento, uma vez que esse tipo de definição poderia proteger investimentos que não deveriam ser protegidos por se caracterizarem como ilegais¹²².

No tocante ao desenvolvimento do conteúdo dos investimentos estrangeiros nas decisões arbitrais, Dolzer e Schreuer fazem importante recapitulação das decisões envolvendo a definição de “investimento” através da citação de casos célebres que regeram o entendimento arbitral sobre o conteúdo deste termo¹²³.

Em um primeiro momento, as decisões arbitrais traziam cinco critérios para determinar o que consiste ‘investimentos’. Este momento é representado pelo caso *Fedax vs. Venezuela*¹²⁴ que influenciou primordialmente o entendimento sobre o que comporia este termo. Nessa decisão, o tribunal entendeu que o Artigo 25 da Convenção do ICSID tinha um conceito generalista e, assim, determinou um panorama de critérios para identificar o que consiste investimento, quais sejam: (i) período de duração do investimento realizado; (ii) regularidade de lucro e retorno; (iii) assunção de risco; (iv) comprometimento substancial; (v) desenvolvimento do Estado hospedeiro do investimento.

¹²² DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 65. Ver decisões: “*Certainly, if the assets had been touched in some way by illegality, or if their utilisation had been actively prohibited, the position might well have been different: vide the words—“...in accordance with the laws and regulations of the latter...” in Article 1 (1) of the Investment Treaty. But there was nothing of the sort here, and if the assets were in reality investments within the meaning of the Investment Treaty a failure to observe the bureaucratic formalities of the domestic law could not have caused their character to change.*” Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18) Disponível em:

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2232_En&caseId=C220>. Acesso em 04 mar. 2014. *Yaung Chi OO Trading PTE Ltd. V. Government of the Union of Myanmar. ASEAN I.D. Case No. ARB/O111. International Legal Materials 540. 2003.* Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

¹²³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.66-75. No mesmo sentido, Pierre-Emmanuel Dupont faz, em seu artigo, recapitulação das decisões do ICSID entre Setembro de 2008 e Dezembro de 2010 com objetivo de examinar as diversas facetas do termo “investimento” no âmbito da sua interpretação, demonstrando pontos de controvérsia e uniformidade entre os intérpretes. As decisões citadas na primeira fonte, também são citadas no artigo de Dupont. DUPONT, Pierre-Emmanuel. *The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?*. *The Journal of World Investment & Trade*, n. 245, 2011, p.247-260.

¹²⁴ *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*. 11 de julho de 1997. ICSID Case No. ARB/96/3. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/Fedax-July1997-2.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2014. Paragraphs 21-33. CHATTERJEE, C. *Investment-Related Promissory Notes: Are Investments under the ICSID Convention?* *Fedax NV v. The Republic of Venezuela. The Journal of World Investment*, v. 3, issue 1, 2002, p. 148.

Posteriormente, o caso *Salini v. Marrocos*¹²⁵ trouxe apenas quatro dos critérios mencionados no caso *Fedax vs. Venezuela*, determinando que seria os critérios essenciais para se determinar o que seria um investimento. Esses critérios eram: (i) período de duração do investimento realizado; (ii) assunção de risco; (iii) comprometimento substancial; (iv) desenvolvimento do Estado hospedeiro¹²⁶. Desse modo, a necessidade de lucro e retorno foram considerados, nessa decisão, como não necessariamente relevantes para se caracterizar uma atividade como investimento. Esses critérios foram considerados requisitos cumulativos aos previstos na definição do Artigo 25 da Convenção ICSID e foram aplicados por uma série de decisões posteriores¹²⁷.

O primeiro caso que confrontou, de fato, o critério *Salini* foi o *Biwater Gauff v. Tanzania*¹²⁸. A crítica principal ao critério de *Salini* se limitou a dois pontos¹²⁹: (i) O Artigo

¹²⁵ “*The awards at hand only very rarely turned on the notion of investment. Notably, the first decision only came in 1997 (Fedax case, cited above). The criteria for characterization are, therefore, derived from cases in which the transaction giving rise to the dispute was considered to be an investment without there ever being a real discussion of the issue in almost all the cases. The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (cf commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition. In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here.*” *Salini Construtora S.P.A. v. Kingdom of Morocco*. ICSID Case No. ARB/00/4. 23 de Julho de 2001. International Legal Materials 609. 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>. Acesso em 04 mar. 2014. parágrafo 52.

¹²⁶ Decisões que adotaram o critério *Salini*: “*The Tribunal in Salini held that the notion of investment presupposes the following elements: (a) a contribution, (b) a certain duration over which the project is implemented, (c) sharing of the operational risks, and (d) a contribution to the host State’s development, being understood that these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality, and will normally depend on the circumstances of each case*”. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29) Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC523_En&caseId=C27>. Acesso em 04 mar. 2014. (parágrafos 130); “*To determine whether Saipem has made an investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention, the Tribunal will apply the well-known criteria developed by ICSID tribunals in similar cases, which are known as the ‘Salini test’.* According to such test, the notion of investment implies the presence of the following elements: (a) a contribution of money or other assets of economic value, (b) a certain duration, (c) an element of risk, and (d) a contribution to the host State’s development”. *Saipem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7). Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC529_En&caseId=C52>. Acesso em 04 mar. 2014. parágrafo 99.

¹²⁷ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 66-67.

¹²⁸ “*In the Tribunal’s view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention. On the contrary, it is clear from the travaux préparatoires of the Convention that several attempts to incorporate a definition of ‘investment’ were made, but ultimately did not succeed. In the end, the term was left intentionally undefined, with the expectation (inter alia) that a definition could be the subject of agreement as between Contracting States.*” *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of*

25 da Convenção ICSID não continha referência ao critério *Salini*, razão pela qual, não poderia se determinar como essencial o critério estabelecido naquele caso, e (ii) historicamente, demonstra-se que a definição utilizada no Artigo 25 da Convenção ICSID consistia em um critério amplo, cuja conceito foi deixado, intencionalmente, de forma abrangente. Apresentados os fundamentos, o tribunal arbitral entendeu que os tribunais do ICSID não tinham competência para determinar rigidamente o que deveria ser caracterizado como investimento e que o critério *Salini* deixaria alguns tipos de investimento de fora da proteção do ICSID, assim como, desconsiderava os critérios elegidos pelas partes nos BITs. Desse modo, o laudo arbitral de *Biwater Gauff v. Tanzania* decidiu que se poderia utilizar o critério *Salini* desde que verificando, em conjunto, o que foi acordado entre as partes consensualmente.

Outro caso que atacou diretamente o critério *Salini* foi a decisão de anulação do laudo arbitral *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*¹³⁰, que entendeu que aquele critério utilizado foi um erro grosseiro e manifestamente incorreto de exercício de jurisdição.

Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22). 24 de julho de 2008. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1589_En&caseId=C67>. Acesso em: 04 mar. 2014. parágrafo 310.

¹²⁹ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.68.

¹³⁰ “The preparatory work of the Convention as well as the Report of the Executive Directors thus shows that: (a) deliberately no definition of “investment” as that term is found in Article 25(1) was adopted; (b) a floor limit to the value of an investment was rejected; (c) a requirement of indefinite duration of an investment or of a duration of no less than five years was rejected; (d) the critical criterion adopted was the consent of the parties. (...) It should be noted that Professor Schreuer, unlike the Sole Arbitrator in the instant case, does not treat these characteristics (or “hallmarks” in the usage of the Sole Arbitrator) ‘as jurisdictional requirements.’ (...)The Committee fully appreciates that the ground for annulment set forth in Article 52(1)(b) of the ICSID Convention specifies that “the Tribunal has manifestly exceeded its powers.” It is its considered conclusion that the Tribunal exceeded its powers by failing to exercise the jurisdiction with which it was endowed by the terms of the Agreement and the Convention, and that it “manifestly” did so, for these reasons: (a) it altogether failed to take account of and apply the Agreement between Malaysia and the United Kingdom defining “investment” in broad and encompassing terms but rather limited itself to its analysis of criteria which it found to bear upon the interpretation of Article 25(1) of the ICSID Convention; (b) its analysis of these criteria elevated them to jurisdictional conditions, and exigently interpreted the alleged condition of a contribution to the economic development of the host State so as to exclude small contributions, and contributions of a cultural and historical nature; (c) it failed to take account of the preparatory work of the ICSID Convention and, in particular, reached conclusions not consonant with the travaux in key respects, notably the decisions of the drafters of the ICSID Convention to reject a monetary floor in the amount of an investment, to reject specification of its duration, to leave ‘investment’ undefined, and to accord great weight to the definition of investment agreed by the Parties in the instrument providing for recourse to ICSID.” *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10). Decisão para anular em 16 de abril de 2009. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1030_En&caseId=C247>. Acesso em 09 mar. 2014. Paragrafos 71; 77; 80.

Nessa decisão entendeu-se por investimento o comprometimento financeiro ou outros ativos com o propósito de retorno¹³¹.

Desde o pronunciamento da decisão no caso *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, não se identificou um consenso entre as decisões arbitrais que versam sobre o conteúdo de investimentos. Algumas decisões se baseiam, ainda, no critério *Salini*, outras, entretanto, aderem ao conceito da autonomia das partes, conforme descrevem Dolzer e Schreuer¹³².

Com objetivo de resumir a controvérsia a respeito da definição do conteúdo sobre investimentos no âmbito estritamente jurisprudencial no âmbito do ICSID, conclui-se pela seguinte tendência¹³³: (i) algumas decisões adotaram o critério objetivo de três conceitos (a) contribuição; (b) investimento de longo prazo, e; (c) elemento de risco; (ii) outras decisões aplicaram o teste designado pela decisão *Salini* com os quatro critérios: (a) período de duração do investimento realizado; (b) assunção de risco; (c) comprometimento substancial; (d) desenvolvimento do Estado hospedeiro do investimento; (iii) algumas decisões adicionavam um quinto critério ao *Salini* que era a necessidade de obtenção de lucro e retorno; (iv) a decisão *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic* adicionou ao teste *Salini* mais dois critérios (a) os ativos deveriam ser investidos fundamentalmente com boa-fé e (b) observância a legislação local aplicável; (v) por último, tem-se a decisão

¹³¹ “The “ordinary meaning” of the term “investment” the commitment of Money or other assets for the purpose of providing a return” *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10)*. Decisão para anular em 16 de abril de 2009. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1030_En&caseId=C247>. Acesso em 09 mar. 2014. Paragrafo 57.

¹³² DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 69.

¹³³ Na decisão de *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, apresenta-se o seguinte resumo de critérios utilizados em decisões arbitrais para demonstrar a ausência de uniformidade de consenso no âmbito dessas decisões: “A number of ICSID tribunals, such as the *LESI-Dipenta Tribunal*, considered that the term ‘investment’ should be defined through the three objective criteria of (i) a contribution, (ii) a certain duration, and (iii) an element of risk. (...) Several other tribunals ruled that at least four criteria are indispensable to satisfy the investment requirement of the ICSID Convention. These criteria, commonly referred to as the *Salini test*, consist of (i) a contribution, (ii) a certain duration, (iii) an element of risk, and (iv) a contribution to the host State’s economic development (...) Some tribunals have considered that five, and not four, criteria should be fulfilled for an economic transaction to be qualified as an investment, elaborating further on the *Salini* criteria by adding the requirement of a regularity of profit and return. In a recent case, a tribunal supplemented the *Salini test* by two further requirements, namely that assets be invested in good faith and in accordance with the laws of the host State, thus bringing the total number of requirements to six. Yet other tribunals have suggested that the requirements listed by the *Salini Tribunal* should be examined as to the ‘nature and degree of their presence’ in a given case.⁶⁹ For example, a contribution to the host State’s economic development should satisfy ‘the requirement of significance’ in order for an operation to qualify as an investment under the ICSID Convention”. *Saba Fakes v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/07/20)*, 14 de julho de 2010. Disponível em: <http://italaw.com/documents/Fakes_v_Turkey_Award.pdf>. Acesso em 04 mar. 2014. Parágrafos 102-105.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia que sugere eliminar e desconsiderar o teste *Salini* como um todo¹³⁴.

Da análise aqui colocada, quanto à definição do termo “investimentos”, conclui-se que a indefinição e questionamento ainda permanecem¹³⁵. O procedimento para determinar a jurisdição do ICSID exige o cumprimento de três elementos: (i) configurar-se como uma disputa; (ii) a disputa ser de natureza jurídica, e, por fim; (iii) a disputa versar sobre investimentos¹³⁶. Ocorre que, como se verificou, o artigo 25(1) da Convenção de Washington não define diretamente o que é investimento, deixando a cargo dos Acordos Bilaterais respectiva definição que, na maioria das vezes, trata-se de uma definição ampla, com objetivo precípuo de proteção do investidor¹³⁷. Desse modo, restam aos tribunais arbitrais decidir a respeito do que se caracteriza investimento, determinando no caso vertente se a definição do Acordo Bilateral e o artigo 25(1) da Convenção de Washington são aplicáveis¹³⁸.

1.3 Atores internacionais no âmbito dos investimentos estrangeiros

No período colonial, os investimentos estrangeiros eram realizados por indivíduos ou grupos independentes que se aventuravam em territórios desconhecidos com o objetivo de obter lucro¹³⁹. Atualmente, a maior parte dos investimentos estrangeiros consiste no

¹³⁴ DUPONT, Pierre-Emmanuel. The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?. The Journal of World Investment & Trade, n. 12, 2011, p.253.

¹³⁵ Como muito bem assevera a autora, as tentativas de definição do termo investimentos geraram diversas controvérsias entre os Estados e, com isso, a falta de consenso contribuiu para o fracasso das tentativas de elaboração de instrumentos multilaterais sobre investimentos estrangeiros, tema que será tratado mais a frente neste trabalho. “*La définition de l’investissement international suscite, depuis maintenant plus d’une cinquantaine d’années, le questionnement. Elle a conduit à des oppositions particulièrement intenses entre États, causant le naufrage de toutes les tentatives de multilatéralisation du droit de l’investissement.* GILLES, Anne. *La définition de l’investissement international*. Belgique: Ed. Larcier, 2012, p. 347.

¹³⁶ WILLIAMS, David A. R. QC; FOOTE, Simon. Recent Developments in the approach to identifying an ‘investment’ pursuant to Article 25(1) of the ICSID Convention. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. (ed.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 45.

¹³⁷ GILLES, Anne. *La définition de l’investissement international*?. Belgique: Ed. Larcier, 2012, p. 347.

¹³⁸ WILLIAMS, David A. R. QC; FOOTE, Simon. Recent Developments in the approach to identifying an ‘investment’ pursuant to Article 25(1) of the ICSID Convention. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. (ed.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 45.

¹³⁹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 60.

resultado de estratégias consolidadas por grandes empresas transnacionais¹⁴⁰ com interesse em expandir sua operação e gerar lucros.

Fundamental se faz identificar os atores internacionais que atuam na área dos investimentos estrangeiros para, com isso, conhecê-los e compreender melhor os seus pleitos, a necessidade de sua proteção e as discussões no atual desenvolvimento de regras internacionais sobre investimentos estrangeiros e comércio internacional.

Nesse panorama, destacam-se, principalmente, dois tipos de investidores: pessoas físicas e pessoas jurídicas¹⁴¹. Outros atores no cenário internacional dos investimentos estrangeiros possuem um destaque mais tênue como os fundos soberanos, empresas estatais e organizações internacionais, que serão tratados mais brevemente no final deste capítulo.

Ao tratar do indivíduo como investidor, a primeira preocupação a ser desenhada é a determinação da nacionalidade desse indivíduo. Afinal, por qual razão é tão importante identificar a nacionalidade daquele indivíduo?

Conforme já mencionado, o elemento de estraneidade do investimento está consolidado na nacionalidade do investidor¹⁴². Ao determinar a nacionalidade do investidor, identifica-se o Acordo Bilateral ou Regional aplicável, uma vez que o investidor deve ser nacional de um dos Estados contratantes. Desse modo, se o investidor quiser se fazer iniciar uma arbitragem no âmbito do ICSID deverá ele comprovar que é um investidor nacional de um Estado contratante e que o seu Estado de origem e o Estado hospedeiro consentiram em se submeter à jurisdição do ICSID¹⁴³.

¹⁴⁰ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.60.

¹⁴¹ “*Investors are either individuals (natural persons) or companies (juridical persons). In the majority of cases the investor is a company but at times individuals also act as investors*”. DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 44. No mesmo sentido, ver CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. Paris: Dalloz. 3. ed., 2007, p. 420. Nesse sentido, Nadia de Araujo e Lauro Gama: Nos acordos internacionais ora examinados, há dois tipos de investidor: a pessoa física e a pessoa jurídica. No primeiro caso, é ‘investidor’ a pessoa física que possua a nacionalidade da parte contratante de onde se origina o investimento.”. ARAUJO, Nadia de; SOUZA Jr., Lauro Gama. Os acordos bilaterais de investimento com participação do Brasil e o direito interno: análise das questões jurídicas. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Aramita de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a Omc e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, p. 474.

¹⁴² DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.44.

¹⁴³ Article 25 (1) ICSID Convention: “*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their*

Portanto, a nacionalidade do investidor é muito importante para dois fatores: (a) a aplicabilidade das normas e princípios determinados em um BIT ou instrumento internacional; e (b) a determinação do tribunal internacional competente¹⁴⁴.

Nacionalidade é determinada através da lei local do país de origem do investidor¹⁴⁵. Trata-se de um instituto reservado ao Estado no exercício da sua soberania. São as autoridades do Estado que determinam se o indivíduo é nacional ou não e, assim, emitem um certificado de nacionalidade. Desse modo, cada Estado é soberano para determinar a leis sobre nacionalidade e as regras sobre as quais as leis se fundamentam, escolhendo separadamente cada uma delas ou combinando-as: *jus sanguinis* ou *jus soli*¹⁴⁶. Não cabe ao tribunal internacional decidir se um indivíduo é titular ou não da nacionalidade de um país, mas sim verificar o que a lei local determina¹⁴⁷.

consent, no party may withdraw its consent unilaterally.” Disponível em:
<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>. Acesso em 01 fev.2014.

¹⁴⁴ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 45.

¹⁴⁵ “Segundo regra do direito internacional público, determina-se a nacionalidade da pessoa física de acordo com a legislação do Estado cuja nacionalidade se trate. Essa regra respeita a soberania de cada país, único competente na esfera internacional, para determinar quem são seus nacionais. Assim como o Brasil define seus nacionais, no artigo 23 da Constituição, outros países, no âmbito da sua competência legislativa internacional, o fazem em relação ao seus nacionais”. ARAUJO, Nadia de; SOUZA Jr., Lauro Gama. Os acordos bilaterais de investimento com participação do Brasil e o direito interno: análise das questões jurídicas. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Aramita de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a Omc e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, p. 475.

¹⁴⁶ “*Much more likely, the State, in intervening, protects its own residual interest in the investment made by its national. The relationship between a State and its nationals is thus disentangled from any obligation of mutual loyalty. Yet, the International Court of Justice appears to have appealed to this romantic notion in the Nottebohm case . The Court refused to recognize the right of the State of Liechtenstein to grant diplomatic protection to a person having voluntarily acquired Liechtenstein nationality, in the absence of a genuine link between this person and Liechtenstein.*” SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. *International Economic Law. General Course on Public International Law. Recueil des Cours*, v. 198. Haia: Martinus Nijhoff. 1986. p. 86.

¹⁴⁷ “*Nationality is of course within the reserved domain of States, and due respect must be given to nationality laws of States. The international Commission in the Flegenheimer case referred to the unquestionable principle of international law according to which every State is sovereign in establishing the legal conditions which must be fulfilled by an individual in order that he may be considered as vested with its nationality.*’ Every State is sovereign in prescribing its laws on nationality and thus free to adopt rules based on *jus sanguinis* or *jus soli* or any combination thereof, which must be satisfied by an individual in order that he or she may be considered as its national. The consequence is that an international tribunal cannot decide that a nationality granted by a State does not exist in the national legal order in which it has been created.” Hussein Nuaman Soufraki vs. The United Arab Emirates. ICSID Case No. ARB/02/7., 07 de Julho de 2004. Disponível em:
<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1553_En&caseId=C213>. Acesso em 16 fev.2014. p. 28

Importante mencionar que a nacionalidade “é geralmente definida como o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado”¹⁴⁸. Trata-se da “dimensão vertical”, entendida como a relação entre o indivíduo e o Estado que gera obrigações e deveres para ambos. O dever do Estado é a proteção diplomática do indivíduo, quando este se encontra no território estrangeiro. Em contrapartida, a “dimensão horizontal” consiste na sensação de um indivíduo fazer parte de uma sociedade, isto é, a “dimensão sociológica”¹⁴⁹.

Acerca do caráter da nacionalidade do indivíduo, Marilda Rosado e Bruno Almeida frisam que “A juridicidade do vínculo significa que cada Estado é exclusivamente legitimado a legislar sobre os critérios que elencará para conferir o status de nacional, o que implicará no reconhecimento de alguns direitos no ordenamento interno”¹⁵⁰.

Transcorridos os aspectos iniciais acerca da nacionalidade da pessoa física, importante se faz notar as consequências cruciais da perda da nacionalidade no âmbito dos investimentos estrangeiros¹⁵¹. Quando o investidor deixa de ter a nacionalidade daquele Estado-parte da Convenção do ICSID ou do BIT aplicável ao caso vertente, ele não se beneficiará mais da aplicação das normas aplicáveis, tampouco poderá se fazer valer da competência do tribunal do ICSID¹⁵².

¹⁴⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 8a ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 155.

¹⁴⁹ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 8a ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 155. Uma vez reconhecida a personalidade jurídica pelo Estado onde a pessoa jurídica se constituiu, deverão os demais Estados também reconhecê-la. Ver CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed (atual. Osiris Rocha). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 231. Ver também RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 459.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1516>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p. 22.

¹⁵¹ “O direito à nacionalidade é um direito fundamental decorrente da condição humana. (...) Cada Estado estabelece quais os critérios para conferir nacionalidade a um determinado indivíduo ou pessoa jurídica, e também a extensão dos direitos de todos os não-nacionais.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro. v. 1. N. 20. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1516>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p. 22-23.

¹⁵² DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 45.

O ICSID já se pronunciou no sentido de negar seguimento à arbitragem quando o indivíduo deixa de ter a nacionalidade de um Estado contratante, passando a ser nacional de um Estado que não faz parte da Convenção.

No caso *Hussein Nuaman Soufraki vs. Emirados Árabes Unidos*¹⁵³, Sr. Soufraki, se auto declarando italiano, promoveu arbitragem em face dos Emirados Árabes Unidos, visando a aplicação do BIT entre Itália e Emirados Árabes Unidos (em inglês, “Italy-U.A.E. BIT”) que entrou em vigor em 29 de abril de 1997. A demanda do Sr. Soufraki consistia na compensação pelos investimentos realizados em Dubai no montante total entre 580 milhões e 2,5 bilhões de dólares americanos em razão de um contrato de concessão cancelado. No contrato de concessão, descrevia-se o concessionário como nacional canadense, dono do grupo HNS e, com isso, o Estado dos Emirados Árabes Unidos apresentou objeção à aplicação do BIT no caso apresentado. Nesse caso, o demandante não conseguiu comprovar que a nacionalidade italiana ainda permanecia vigente, dado que ao adquirir nova cidadania canadense, ele precisaria ter um ano de residência na Itália para “readquirir” a nacionalidade italiana.

Quanto ao fato do investidor ter dupla nacionalidade, basta apenas que ele seja nacional de um Estado contratante que se considerará suficiente para que ele possa iniciar uma arbitragem contra outro Estado contratante da Convenção ICSID¹⁵⁴.

Assim determinou o tribunal arbitral no caso *Eudoro Armando Olguín vs. República do Paraguai*¹⁵⁵. Eudoro Armando Olguín promoveu arbitragem em face da República do Paraguai em virtude do tratamento recebido pelas autoridades governamentais do Paraguai em relação ao investimento realizado no território desse país através da sua empresa de produção e distribuição de produtos alimentares, aplicando dessa maneira o BIT entre a República do Peru e do Paraguai, em vigor desde 18 de

¹⁵³ Hussein Nuaman Soufraki vs. The United Arab Emirates. ICSID Case No. ARB/02/7. 07 de Julho de 2004. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1553_En&caseId=C213>. Acesso em 16 fev.2014.

¹⁵⁴ Segundo Nadia de Araujo e Lauro Gama Souza Jr. quando o indivíduo possui dupla nacionalidade, “a jurisprudência internacional tem entendido que a nacionalidade é determinada segundo o critério da nacionalidade efetiva”. ARAUJO, Nadia de; SOUZA Jr., Lauro Gama. Os acordos bilaterais de investimento com participação do Brasil e o direito interno: análise das questões jurídicas. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Aramita de Azevedo. Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a Omc e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 475.

¹⁵⁵ Eudoro Armando Olguín vs. Republic of Paraguay. 26 de Julho de 2001. ICSID Case No. ARB/98/5. 26 de Julho de 2001. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC575_En&caseId=C171>. Acesso em 16 fev.2014.

dezembro de 1994. O Paraguai, por sua vez, exigiu que o tribunal arbitral instaurado examinasse a questão da dupla nacionalidade peruana e norte-americana de Eudoro Armando Olguín, afirmando que o demandante não poderia se beneficiar da proteção do BIT entre o Peru e Paraguai. O Tribunal entendeu que, no caso de dupla nacionalidade, basta que aquela nacionalidade relevante seja efetiva. Se assim for, o indivíduo poderá se beneficiar do BIT aplicável de acordo com uma das suas nacionalidades¹⁵⁶.

Deve-se ressaltar, contudo, que a Convenção ICSID veda a proteção internacional no caso de um investidor com dupla nacionalidade, em que uma delas é nacionalidade do próprio Estado-réu onde o investimento realizado¹⁵⁷.

O ICSID já decidiu no sentido de que indivíduos nacionais do Estado hospedeiro do investimento realizado não podem promover uma arbitragem internacional contra aquele Estado. A decisão ocorreu no âmbito do caso entre *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. v República Árabe do Egito*¹⁵⁸. Os demandantes, acionistas da *National Cotton Company* (“NCC”), companhia cuja nacionalidade era egípcia, alegavam que seus investimentos tinham sido prejudicados por medidas governamentais que visavam a liberalização da indústria de “cotton”, visando a aplicação do BIT entre os Estados- Unidos e a República Árabe do Egito em vigor desde 27 de junho de 1992.

Segundo o demandado, os acionistas do NCC possuíam, além da nacionalidade norte-americana, a nacionalidade egípcia, razão pela qual não poderiam promover uma arbitragem em face da República Árabe do Egito com fundamento no Artigo 25(2)(a) da

¹⁵⁶ “*There was no dispute regarding the fact that Mr. Olguín has dual nationality, and that both are effective. What one, or the other, or even both of his mother countries understand regarding, for example, the person’s exercise of political rights, civil rights, the responsibility for his diplomatic protection and the importance of his registered address for determining any such rights has no bearing on the legitimate legal fact that Mr. Olguín effectively has dual nationality. To this Tribunal, the effectiveness of his Peruvian nationality is enough to determine that he cannot be excluded from the provisions for protection under the BIT.*” Eudoro Armando Olguín vs. Republic of Paraguay. 26 de Julho de 2001. ICSID Case No. ARB/98/5. 26 de Julho de 2001. Disponível em:

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC575_En&caseId=C171>. Acesso em 16 fev.2014. p. 184.

¹⁵⁷ Article 25 (2) (a) ICSID Convention: “*any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute;*” Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>. Acesso em 08 fev.2014.

¹⁵⁸ *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc. v Arab Republic of Egypt*. 21 Outubro de 2003. ICSID Case N° ARB/02/9. Disponível em:

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC633_En&caseId=C214>. Acesso em 17 fev.2014.

Convenção ICSID. Considerando que, de acordo com as leis egípcias, os três demandantes seriam egípcios e, por se tratarem de indivíduos estariam excluídos da aplicabilidade da Convenção ICSID. O Tribunal Arbitral entendeu que o Artigo 25(2)(a) da Convenção ICSID exclui especificamente os indivíduos que possuem nacionalidade do Estado demandante, mas não excluiu a legitimidade da empresa, uma vez que os demandantes possuíam apenas 20% do capital da *Champion Trading Company Ameritrade International, Inc.*

Com relação aos investidores pessoas físicas apresentam-se as seguintes conclusões: (i) nacionalidade do investidor se determina pela lei do seu país de origem; (ii) a perda da nacionalidade do Estado-parte gera ausência de competência do tribunal arbitral; (iii) no caso de dupla-nacionalidade, basta que o investidor possua nacionalidade efetiva de um Estado contratante para iniciar uma arbitragem no âmbito do ICSID; e, por fim, (iv) nacional do país hospedeiro não poderá iniciar um procedimento arbitral contra aquele Estado.

Dentre os atores internacionais no âmbito dos investimentos estrangeiros, destaca-se a importância das empresas transnacionais¹⁵⁹. As empresas transnacionais (TNCs) são os atores mais importantes nesta análise, uma vez que tem grande atuação no âmbito dos investimentos estrangeiros e comércio internacional recebem muita proteção dos seus países de origem, em geral, os países exportadores do capital¹⁶⁰.

O desenvolvimento da proteção do investimento estrangeiro muito deve à atuação dessas empresas que operavam nos Estados estrangeiros¹⁶¹, uma vez que, atualmente, a maior parte do investimento realizado é resultado das decisões das TNCs¹⁶².

¹⁵⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 457.

¹⁶⁰ “*Large multinational enterprises (MNE) are traditionally the dominant players in such cross-border FDI transactions.*”. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment. 4a ed, 2008. Disponível: <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/fdibenchmarkdefinition.htm>>. Acesso em 03 mar. 2014. p.14. “*many investments in a host country will be made by a local subsidiary of a multinational enterprise.*”. SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. *International Economic Law. General Course on Public International Law. Recueil des Cours*, v. 198. Haia: Martinus Nijhoff, 1986, p. 180.

¹⁶¹ “A sociedade contemporânea convive com um crescente fluxo de investimentos internacionais, em teias de crescente complexidade, que envolvem a presença global das sociedades transnacionais”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 1.

As TNCs movimentam grande volume de capital especialmente quando se trata de repatriação do lucro. No entanto, a sua atuação no território do Estado hospedeiro também é demasiadamente impactante, uma vez que pode gerar danos ambientais, violação de direitos humanos, aumento da pobreza da população local, entre outros reflexos.

Portanto, imprescindível se faz o estudo das empresas transnacionais como principais agentes do sistema internacional econômico, como será analisado mais adiante neste trabalho¹⁶³. Com objetivo de regular a atuação das TNCs, muito importante definir a nacionalidade¹⁶⁴ da pessoa jurídica¹⁶⁵, para qual determinação existem critérios visando determinar se uma sociedade empresarial pertence ou não a determinado Estado¹⁶⁶.

Existem diversos critérios de determinação da nacionalidade da pessoa jurídica, dentre eles, sobressaltam-se os seguintes: critérios da incorporação, sede social e controle. O critério da incorporação, “a nacionalidade da pessoa jurídica é fixada pelo país onde a mesma se constitui”¹⁶⁷. Já o critério da sede social consiste na definição da nacionalidade da pessoa jurídica a partir do país onde está localizada a sede social da empresa. Por fim, o critério do controle, busca definir a nacionalidade da pessoa jurídica a partir “dos interesses

¹⁶² SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 60.

¹⁶³ “As empresas transnacionais são as principais agentes do sistema internacional econômico, realizando a maioria dos investimentos internacionais e tornando-se sujeito de Direito Internacional, ao lado dos Estados soberanos e das organizações internacionais e objeto de estudo do Direito Internacional Econômico. São o produto direto da liberalização da economia internacional que surgiu após a Segunda Guerra Mundial.” BRANDAO, Clarissa. *Lex Petrolea*. RBDP. 1808-9291, n°2, 2006/09, Rio de Janeiro, p. 241.

¹⁶⁴ Marilda Rosado discorre sobre o critério de determinação da nacionalidade da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, conforme trecho: “De todos os dispositivos referentes à ordem internacional, cabe realçar a questão da nacionalidade da pessoa jurídica, consubstanciada no art. 171 da CF, com a redação revista pela Emenda Constitucional no 6 de 1995. Resta evidenciada a consagração da nacionalidade da pessoa jurídica de acordo com o critério da constituição, associado ao critério da sede.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 31.

¹⁶⁵ “Com o incremento da complexidade das instituições civis, passou-se a reconhecer nacionalidade às pessoas jurídicas”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. *Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v. 1. n. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1516>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p. 22.

¹⁶⁶ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 47.

¹⁶⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 8a ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 482-485.

nacionais que o anima. O critério de controle se caracteriza principalmente pela nacionalidade dos detentores do capital da sociedade”¹⁶⁸.

Dolzer e Schreuer afirmam que, de acordo com prática internacional, os critérios mais utilizados são da incorporação e sede social. Em segundo lugar, utilizam-se os critérios da efetiva administração. Os autores citam alguns BITs como o BIT modelo dos Estados-Unidos de 2012 e o BIT entre Polônia e Inglaterra, em que o critério utilizado é o da incorporação, segundo as leis aplicáveis do país da incorporação. Os autores lembram que existem BITs que combinam o critério da incorporação com a sede social, outros BITs que exigem um relação econômica substancial entre o investidor e o Estado de onde advém a nacionalidade e outros BITs, por fim, que escolhem o critério do controle¹⁶⁹.

Muito embora as empresas transnacionais configurem-se como principais agentes do sistema internacional econômico, as empresas estatais também atuam no mercado dos investimentos estrangeiros, o que representa um fenômeno da atualidade. Consideradas como o segundo tipo de categoria de investidor mais importante, elas são responsáveis por

¹⁶⁸ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 8a ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 482-485.

¹⁶⁹ Nessas hipóteses, ressaltam os autores, que os tribunais arbitrais tem se negado a desconsiderar a personalidade jurídica da companhia para identificar a nacionalidade dos acionistas, citando dois casos como *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16) de 02 de outubro de 2006 Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC648_En&caseId=C231>. Acesso em: 04 mar. 2014 e *Tokios Tokelès v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18) Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2232_En&caseId=C220>. Acesso em 04 mar. 2014. DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 47-49. Por fim, conforme mencionam os autores, a Convenção da Agência Multilateral de Garantia do Investimento (em inglês, MIGA) prevê os critérios da incorporação e sede social ou, alternativamente, controle: “*Article 13. Eligible Investors: (a) Any natural person and any juridical person may be eligible to receive the Agency’s guarantee provided that: (ii) such juridical person is incorporated and has its principal place of business in a member or the majority of its capital is owned by a member or members or nationals thereof, provided that such member is not the host country in any of the above cases; and (iii) such juridical person, whether or not it is privately owned, operates on a commercial basis.*” Disponível em: <http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf>. Acesso em 04 mar. 2014. Interessante estudo sobre a Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado feito pela professora Marilda Rosado em que leciona sobre o critério utilizado pela Convenção para determinar a personalidade jurídica de uma empresa. A autora diz que existe uma “justaposição de dois critérios, o da lei do local da constituição” como fator vinculante “com o da lei do local da realização” dos atos pelos representantes das pessoas jurídicas. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado*. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr. 1998, p. 222-223.

serviços públicos essenciais disponibilizados de forma ampla¹⁷⁰. Quando se fala em investidores estatais, o foco consiste em governos e entidades governamentais, cuja disponibilização do serviço é o que rege a atuação dessas entidades, diferentemente das TNCs, interessadas precipuamente no lucro¹⁷¹.

Apesar de o Direito Internacional dos Investimentos promover e proteger as atividades do investidor estrangeiro privado, não se exclui a necessidade de proteção das entidades controladas pelo governo, desde que essas entidades pratiquem atos de gestão, com interesse privado¹⁷².

Nos países em desenvolvimento, principalmente, naqueles em que vigorava o socialismo, a teoria no pano de fundo das empresas estatais consiste no fato de que essas entidades se concentram em setores da economia que geravam maior lucro. Isto é, setores que eram vitais para a economia daquele país ficavam reservados às empresas estatais, enquanto empresas privadas deveriam operar em setores menos lucrativos¹⁷³, demonstrando o caráter nacionalista do governo daquele país¹⁷⁴.

Com objetivo de evidenciar a importância das empresas estatais no cenário internacional dos investimentos estrangeiros, deve-se atentar para os números do UNCTAD com relação à atuação desses atores. O número de empresas estatais aumentou

¹⁷⁰ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.117-118.

¹⁷¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 63-64.

¹⁷² “*Standing alone, Respondent’s submission that more than 65% of CSOB’s shares are owned in one form or another by the Czech Republic and that some 24% are owned by the Slovak Republic demonstrate that CSOB is a public sector rather than a private sector entity, does not address the here crucial issue. Neither does the submission that the Czech Republic’s 65% stock ownership gives it absolute control over CSOB. For, as has been shown above, such ownership or control alone will not disqualify a company under the here relevant test from filing a claim with the Centre as ‘a national of a another Contracting State.’*” *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4). 24 de Maio de 1999. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC556_En&caseId=C160>. Acesso em 09 mar. 2014. Parágrafos 16-27.

¹⁷³ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 64.

¹⁷⁴ “*For example, countries with a strong socialist orientation may choose to reserve to the state important areas of economic activity, such as the production of electricity, the provision of air and land transportation, and the pursuit of mineral development; consequently, the government may exclude private enterprise from these economic sectors considered vital to preserving a country’s sovereignty, economic independence, or national security.*” SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 125.

de 650 em 2010 para 845 em 2012, com representatividade de 11% do IED mundial. Ressalta-se, contudo, que a maior parte dessas empresas estão localizadas em países em desenvolvimento, e possuem como objetivo a aquisição de ativos em setores estratégicos como tecnologia, propriedade intelectual e propriedade intelectual¹⁷⁵.

Além das empresas estatais, as organizações internacionais também possuem sua representatividade no campo dos investimentos estrangeiros de forma indireta. As organizações internacionais que atuam no âmbito dos investimentos são o Banco Mundial, a Agência Multilateral de Garantia do Investimento (em inglês, MIGA), o FMI e o ICSID.

A OMC também se configura como um ator internacional no seio dos investimentos estrangeiros, em que trata precipuamente da relação entre comércio internacional e investimentos estrangeiros, através do Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio¹⁷⁶.

As organizações não-governamentais (ONGs) são considerados atores internacionais mais recentes no âmbito dos investimentos estrangeiros¹⁷⁷. A sua expressividade foi ressaltada durante o período de negociação do MAI, em que as ONGs representaram um papel fundamental para o fracasso desse acordo multilateral. Além disso, as ONGs tem se manifestado fortemente contra as TNCs exigindo responsabilização por sua atuação, especialmente no âmbito do meio-ambiente e dos direitos humanos.

Fundos soberanos também são considerados como atores internacionais quanto aos investimentos estrangeiros. Os fundos soberanos são entidades controladas por entidades estrangeiras soberanas, em sua maioria, provenientes dos Estados do Golfo e Singapura. Esses fundos cresceram de forma intensa nos últimos anos em função do seu tamanho e das suas estratégias de investimento¹⁷⁸. O número de fundos soberanos cresceu

¹⁷⁵ “The number of State-owned TNCs increased from 650 in 2010 to 845 in 2012. Their FDI flows amounted to \$145 billion, reaching almost 11 per cent of global FDI. The majority of the State-owned enterprises (SOEs) that acquired foreign assets in 2012 were from developing countries; many of those acquisitions were motivated by the pursuit of strategic assets (e.g. technology, intellectual property, brand names) and natural resources.” World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xiv.

¹⁷⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. WTO NEWS: 1996 PRESS RELEASES. “Trade and foreign direct investment”. <Disponível em: http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr057_e.htm>. Acesso em: 03 mar. 2014.

¹⁷⁷ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 67.

¹⁷⁸ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 68.

exponencialmente com o estabelecimento de 20 novos fundos desde 2000 e 12 novos fundos desde 2005¹⁷⁹. O investimento estrangeiro direto realizado por fundos soberanos em 2012 alcançou o total de 20 bilhões de dólares, dobrando o montante de investimento no ano de 2013, que representou o total de 127 bilhões de dólares¹⁸⁰.

Muita preocupação surgiu em relação aos fundos soberanos tanto nos Estados Unidos como na Europa, através de um movimento em que se exige maior regulação e transparência das suas atividades, exigindo que os seus investimentos não sejam baseados em objetivos políticos¹⁸¹. A preocupação não circunda a respeito da existência dos Fundos Soberanos ou de sua capacidade de investimento, mas sim, do seu apetite de alocação de recursos em mercados estrangeiros, particularmente, Europa e América do Norte, destinados a setores da economia mais sensíveis como os setores financeiro e de energia¹⁸².

Portanto, apesar de muitos autores apenas mencionarem os pessoas físicas e jurídicas como atores dos investimentos internacionais¹⁸³, existem outros atores que também estão presentes na cinemática dos investimentos estrangeiros da atualidade¹⁸⁴: empresas estatais, organizações internacionais, organizações não-governamentais e fundos soberanos.

¹⁷⁹ BURGSTALLER, Markus. Sovereign wealth funds and international investment law. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. (ed.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 163-164.

¹⁸⁰ “*FDI by sovereign wealth funds (SWFs) in 2012 was only \$20 billion, though it doubled from the year before. Cumulative FDI by SWFs is estimated at \$127 billion, most of it in finance, real estate, construction and utilities. In terms of geographical distribution, more than 70 per cent of SWFs’ FDI in 2012 was targeted at developed economies. The combined assets of the 73 recognized SWFs around the world were valued at an estimated \$5.3 trillion in 2012 – a huge reservoir to tap for development financing.*” World Investment Report 2013. *Global Value Chains: Investment and Trade for Development*. Switzerland: United Nations Publication. 2013. p.xiv. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

¹⁸¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 68-69.

¹⁸² BURGSTALLER, Markus. Sovereign wealth funds and international investment law. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. (ed.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 166.

¹⁸³ Nesse rol, ressaltam-se os autores: DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 45 e SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, Em posição contrária, autor que também sustenta a figura de outros atores no cenário internacional dos investimentos: Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 123-130

¹⁸⁴ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 60-69.

Esses últimos atores, de fato, não possuem a relevância que os indivíduos e as TNCs detêm no cenário internacional dos investimentos estrangeiros, mas suas figuras devem ser mencionadas, uma vez que a sua atuação resta cada vez mais crescente¹⁸⁵.

1.4 Os investimentos estrangeiros no âmbito do direito internacional, nacional e contratual?

Com o crescimento do impacto dos investimentos estrangeiros na cinemática internacional que gera crescimento econômico e prosperidade no mundo moderno¹⁸⁶, concluiu-se pela necessidade de regular as relações entre investidores e Estados hospedeiros, para que direitos e obrigações se configurassem claras frente ambas as partes¹⁸⁷.

Os BITs foram surgindo ao longo da intensificação do fluxo dos investimentos, mas o multilateralismo sofreu inúmeras tentativas fracassadas¹⁸⁸. Do mesmo modo, governos desenvolveram regras nacionais para tratar do tema dos investimentos e regular a entrada dos investidores estrangeiros em seu território.

As regras aplicáveis ao investimento, portanto, são regras de (i) natureza internacional, que consistem em tratados, costumes, princípios internacionais; (ii) natureza local, através das leis materiais e processuais do país hospedeiro do investimento

¹⁸⁵ BURGSTALLER, Markus. Sovereign wealth funds and international investment law. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. (ed.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 166.

¹⁸⁶ Investimento significa recursos para desenvolvimento econômico, know-how. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Caçado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 457.

¹⁸⁷ “A notável expansão do direito internacional no que afeta às relações entre países hospedeiros e investidores internacionais gerou um corpo denso do que pode ser considerado um novo direito internacional costumeiro, o qual emerge de um rico conjunto de fontes, tratados, estatutos, doutrina e decisões arbitrais.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI*. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, 2008, p. 2.

¹⁸⁸ Sobre o multilateralismo no âmbito dos investimentos estrangeiros, ver capítulo 3.3.

estrangeiro; (iii) natureza contratual, as quais são elaboradas consensualmente entre investidor e governos ou, ainda, entre os próprios investidores¹⁸⁹.

Muitos autores tratam especificamente das regras internacionais consubstanciada no Direito Internacional dos Investimentos. É necessário também entender que a regulação dos investimentos envolve também a lei local onde os recursos estão sendo investidos, assim como, as regras contratuais aplicáveis aos contratos celebrados pelo investidor.

O objetivo desse capítulo é trazer um panorama sobre cada conjunto de regras aplicáveis tanto no campo internacional, nacional ou contratual¹⁹⁰. Isto porque, qualquer investidor internacional precisará mapear e entender a natureza e complexidade da interação desses três planos normativos para seguir com a sua decisão de investimento.

Com relação ao conjunto de regras nacionais, decidiu-se por restringir às regras do ordenamento jurídico brasileiro sobre investimentos estrangeiros.

1.4.1 Os mecanismos de regulação internacional dos investimentos estrangeiros

Ultrapassada a fase de introdutória de apresentação acerca do investimento estrangeiro, é preciso observar a forma de regular os investimentos na cinemática internacional. Muitas críticas surgem a respeito do fato de não existir um acordo multilateral que verse sobre investimentos estrangeiros como ocorre no comércio internacional. Com isso, o arcabouço jurídico que trata deste tema é composto por uma grande variedade de normas, acordos regionais e bilaterais, que possuem forma, eficácia e amplitude distintas.

O Direito Internacional dos Investimentos abrange as regras internacionais que regem os investimentos estrangeiros atualmente como tratados, costumes e princípios internacionais desenvolvidos, especificamente, para proteger os investidores¹⁹¹. Sendo

¹⁸⁹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, Prefácio.

¹⁹⁰ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, Prefácio.

¹⁹¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 457.

assim, tem por objetivo promover e proteger as atividades dos investidores estrangeiros privados, não excluindo as entidades controladas por Estados quando estas atuam de maneira privada, do lado comercial¹⁹².

O conjunto de fontes para constituir o Direito Internacional dos Investimentos é formado pelo próprio direito internacional, padrões específicos do Direito Internacional Econômico e regras específicas do direito dos investimentos. Em arbitragens sobre investimento verifica-se a interação entre regras de direito nacional, como aquelas que determinam a nacionalidade e a jurisdição aplicável e regras de direito internacional. No mesmo sentido, aplicam-se regras de direito público ou privado, normas contratuais¹⁹³.

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça determina o rol de fontes do direito internacional¹⁹⁴, dentre elas estão as convenções internacionais que versam sobre investimentos estrangeiros. Nesse sentido, é importante traçar uma panorama sobre os textos internacionais que regulam exclusivamente os investimentos para, no próximo capítulo, destrinchar com mais detalhes cada aspecto das tentativas de elaboração de uma convenção multilateral sobre investimentos e as características positivas e negativas dos BITs¹⁹⁵.

As questões que circundavam o investimento estrangeiro como expropriação e compensação se destacavam nas discussões sobre soberania permanente sobre os recursos

¹⁹² “O Direito Internacional dos Investimentos, ramo do Direito do Comércio Internacional, contempla as duas modalidades de investimentos: o nacional em território estrangeiro, ainda incipiente no nosso caso, e o estrangeiro no território nacional”. BAPTISTA, Luiz Olavo. Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.36. Sobre o que se trata o Direito Internacional dos Investimentos, leciona Celso D. de Albuquerque Mello: “A caracterização de investimento não é fácil de ser dada e já existem autores que falam em um Direito Internacional dos Investimentos. Ele surge como um ‘Direito das atividades econômicas individuais’. ‘Trata-se de uma política das atividades econômicas do estrangeiro no território nacional’. O que significa liberdade para o estrangeiro adquirir e dispor de bens e ainda um respeito a regulação existente.”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 125.

¹⁹³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.12.

¹⁹⁴ “Artigo 38(a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; (b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; (c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; (d) as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.” DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47

¹⁹⁵ No Direito Internacional dos Investimentos, ressaltam-se os instrumentos multilaterais a seguir (i) Carta de Havana, no âmbito da Organização Internacional do Comércio; (ii) o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (em inglês, GATT); (iii) Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionados ao Comércio (em inglês, TRIMs); (iv) Acordo Multilateral sobre Investimentos (em inglês, MAI), e; (v) Código de Conduta das Empresas Transnacionais da ONU. Em razão de uma questão metodológica, decidiu-se por discorrer sobre esses acordos no capítulo 3, por terem relação com comércio internacional.

naturais¹⁹⁶. Com isso, a Resolução n. 1.803 (XVII) sobre “Soberania Permanente sobre Recursos Naturais” de 1962 visava o respeito à independência e soberania econômica através da soberania permanente sobre recursos naturais do seu país¹⁹⁷. Através da afirmação da soberania dos Estados sobre recursos naturais¹⁹⁸, os Estados poderiam invocar a soberania para renegociar antigos contratos e concessões¹⁹⁹.

Cançado Trindade assevera que, a partir dos anos 50 e 60, quando nasceu o conceito de “soberania permanente” sobre os recursos nacionais, nasceu a ideia dos países em desenvolvimento em “explorar livremente os recursos e riquezas naturais” e tratar de forma cautelosa as empresas “transnacionais” como capital estrangeiro, fluxo de capital²⁰⁰.

Desse modo, a Resolução n. 1.803 (XVII) estabelecia que quando ocorresse uma disputa, o primeiro passo seria exaurir a jurisdição nacional do Estado contratante para, em segundo lugar, levar a disputa à arbitragem ou corte internacional²⁰¹. Segundo Marilda Rosado, tal resolução passou a ser considerada um dos principais princípios do direito internacional, em que outros princípios complementares estavam presentes como direitos humanos e o princípio da autodeterminação dos povos²⁰².

¹⁹⁶ COSTA, José Augusto Fonseca. Direito Internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p.80.

¹⁹⁷ “A Resolução declara que a violação dos direitos dos povos e nações à soberania sobre seus recursos naturais é contrária ao espírito e princípios da Carta das Nações Unidas de 1945 e impede o desenvolvimento da cooperação internacional e manutenção da paz”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 466-467.

¹⁹⁸ Article 1. “*the right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.*”. Article 2. “*The exploration, development and disposition of such resources, as well as the import of the foreign capital required for these purposes, should be in conformity with the rules and conditions which the peoples and nations freely consider to be necessary or desirable with regard to the authorization, restriction or prohibition of such activities*”. ORGANIZATION OF UNITED NATIONS. Permanent Sovereignty over Natural Resources General Assembly resolution 1803 (XVII). Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)&referer=/english/&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)&referer=/english/&Lang=E)>. Acesso em 04 mar. 2014.

¹⁹⁹ SUBEDI, SURYA P. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 21-22.

²⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito das Organizações Internacionais. 3. ed. revista, atual e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.382.

²⁰¹ CAMERON, Peter D. International Energy Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 28.

²⁰² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: the case of Bolivia and Brazil. The Journal of World Energy Law & Business. 2009. v. xx, n. xx. p. 1. A autora ressalta, ainda, que o conceito de soberania sobre os recursos naturais foi intensamente

A chamada Convenção de Washington também é um tratado multilateral²⁰³. Esta convenção estabelece regras processuais para solucionar controvérsias entre investidores e Estados através da conciliação ou arbitragem²⁰⁴. Importante salientar que, ao se caracterizar um Estado como contratante da Convenção de Washington, não significa necessariamente se submeter à arbitragem. Isto porque, não basta ser apenas parte contratante daquela Convenção, necessário se faz obter o consentimento por escrito das partes para que submetam à jurisdição da Corte²⁰⁵.

A decisão da Venezuela, Equador, Bolívia em sair do ICSID e a constante recusa da Argentina em se submeter aos laudos arbitrais desse tribunal arbitral, evidenciam a crise pela qual passa o regime de investimentos estrangeiros. Ainda resta controverso se o tipo de regulação internacional via BITs e instrumentos como BITs são, de fato, efetivos para incrementar o volume de investimentos estrangeiros²⁰⁶.

Equivalente importância pode-se citar a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1974, a qual consagrou, formalmente, a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), que buscava proteger interesses daqueles países considerados do Terceiro Mundo e limitar os poderes das TNCs²⁰⁷. Segundo Surya Subedi, a Carta traz alguns elementos da doutrina Calvo e rejeita alguns princípios da Formula Hull. A ênfase é dada na aplicabilidade da lei

criticado pelos países desenvolvidos. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfdUERJ/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 3.

²⁰³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.13.

²⁰⁴ Artigo 1(2) ICSID Convention. “*The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention*”. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>. Acesso em 04 abr. 2014.

²⁰⁵ “*Consent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre. Consent to jurisdiction must be in writing and once given cannot be withdrawn unilaterally (Article 25(1))*.” Report of the Executive Directors on the Convention. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>. Acesso em 04 abr. 2014. p. 43.

²⁰⁶ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4^a ed. New York: Routledge, 2013, p. 568.

²⁰⁷ MURTEIRA, Mário. Uma nova ordem econômica?. Economia Global e Gestão. v.14. n.3. 2009. Scielo Portugal. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442009000300009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 mar.2014. p. 131.

local do que na legislação internacional em assuntos relacionados ao investimento estrangeiro e expropriação ou nacionalização²⁰⁸.

Durante as décadas de 1980 e 1990, entretanto, uma nova fase na evolução dos acordos sobre investimentos se consagrou: o desenvolvimento dos acordos regionais com o objetivo de proteger e promover os investimentos estrangeiros nos limites de uma região geográfica²⁰⁹.

No âmbito dos acordos regionais, o primeiro acordo a tratar do tema investimentos estrangeiros foi o Acordo sobre a Unidade Econômica Árabe firmado em 1957 pelos membros da Liga dos Estados Árabes. Nas décadas de 1970 e 1980 diversos acordos foram elaborados visando promover e proteger os investimentos entre países árabes²¹⁰.

Importante notar que tais acordos tem a “finalidade a liberalização dos investimentos estrangeiros entre os países signatários, bem como a extinção do tratamento discriminatório entre os investimentos nacionais e os investimentos dos países integrantes do acordo”²¹¹.

Por outro lado, na Ásia, a Associação das Nações do Leste Asiático (em inglês, ASEAN), criada em 1976, elaboraram um instrumento multilateral regional sobre investimentos assinado por seis Estados asiáticos em dezembro de 1987²¹², que se moldava no “modelo europeu de acordo bilateral de investimentos”²¹³. No texto deste acordo, cada Estado se compromete a assegurar a proteção integral do investimento realizado por um investidor nacional de outro Estado contratante. Os investimentos estarão protegidos pelo

²⁰⁸ SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 26.

²⁰⁹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1.181.

²¹⁰ *Agreement on Arab Economic Unity* firmado em 1957; (ii) *Agreement on Investment and Free Movement of Arab Capital among Arab Countries* firmado em 1970; (iii) *Inter-Arab Investment Guarantee Corporation* firmado em 1971; (iv) *Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States* firmado em 1980. FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.

²¹¹ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.

²¹² *Agreement among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the promotion and protection of investments manila, 15 december 1987*. ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. Disponível em: <<http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investment>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

²¹³ FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 53.

princípio do tratamento justo e equitativo no território dos outros Estados membros, assim como, não deve este investimento ser objeto de expropriação ou nacionalização, exceto em casos de interesse público e, nesta hipótese, cumprido o devido processo legal²¹⁴.

Interessante apontar que qualquer disputa entre um Estado contratante e um investidor ou empresa nacional de outro Estado contratante que verse sobre investimentos deverá ser solucionada através da conciliação. Caso, em seis meses, não haja solução, a disputa poderá ser levada a um dos seguintes três tribunais: (i) ICSID; (ii) arbitragem de acordo com as regras da Comissão das Nações Unidas sobre Comércio Internacional (em inglês, UNCITRAL); (iii) Centro Regional de Arbitragem de Kuala Lumpur, ou; (iv) qualquer outro centro de arbitragem regional em países da ASEAN²¹⁵. Esse acordo foi seguido pelo *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area* em 1998, que tinha por objetivo a liberalização dos investimentos estrangeiros dentro da região ASEAN e, em 2009, por uma nova Convenção sobre Investimentos²¹⁶.

No âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), existem dois protocolos sobre investimentos: Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul²¹⁷ e o Protocolo de Buenos Aires sobre a Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não-Partes do Mercosul²¹⁸, que regulava investimentos extrazona. Os dois protocolos visavam tratar dos investimentos estrangeiros sem muita profundidade no tema²¹⁹. Ressalta-se que o Protocolo de Colônia adotou o

²¹⁴ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, P. 9279

²¹⁵ “*If such a dispute cannot thus be settled within six months of its being raised, then either party can elect to submit the dispute for conciliation or arbitration and such election shall be binding on the other party. The dispute may be brought before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (IGSID), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the Regional Centre for Arbitration at Kuala Lumpur or any other regional centre for arbitration in ASEAN, whichever body the parties to the dispute mutually agree to appoint for the purposes of Conducting the arbitration.*” ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS. Disponível em: <<http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments>>. Acesso em: 05 abr. 2014.

²¹⁶ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 254-255.

²¹⁷ Aprovado pela Decisão CMC 11/93 em 11 de dezembro de 1993. Não entrou em vigor. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/CMC_1993_DEC_011_PT_ProtocoloColoniaInvestimentosMCS.PDF>. Acesso em 04 mar. 2014.

²¹⁸ Aprovado pela Decisão CMC 11/94 em 05 de agosto de 1994. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Decisiones/PT/CMC_DEC_1994-011_PT_Prot-Promo-Prot-Investimentos.PDF>. Acesso em: 04 mar. 2014.

²¹⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. *Revista Brasileira de Política*

modelo de acordo bilateral de investimentos dos Estados Unidos, uma vez que já concede os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida na fase de prévia à entrada do investimento no território estrangeiro, enquanto o Protocolo de Buenos Aires utilizou o modelo europeu sem a concessão do direito ao estabelecimento ao investidor estrangeiro.

No caso do Protocolo de Colônia, este possui por objeto regular os investimentos realizados por um investidor de um Estado contratante no território de outro Estado parte do MERCOSUL e possui um amplo conceito do conteúdo de investimentos²²⁰. O Protocolo de Colônia foi ratificado pela Argentina e Uruguai.

Já o Protocolo de Buenos Aires aplica-se aos investidores de países que não fazem parte do MERCOSUL²²¹, razão pela qual se chama de “investimentos extrazona”. Os Estados-partes se comprometem a não oferecer um tratamento mais benéfico aos investidores de países fora MERCOSUL em relação àqueles investidores que fazem parte do MERCOSUL, consagrando a cláusula da nação mais favorecida²²². O Protocolo de Buenos Aires foi ratificado pela Argentina, Paraguai e Uruguai e também continha uma definição ampla de investimentos²²³.

Segundo Karla Fonseca, os motivos para o Brasil não ter ratificado esses protocolos são “(i) a sua ampla definição de investimentos, que incluiria os investimentos de portfólio; (ii) aos eventuais problemas gerados pelas indenizações em caso de expropriação; (iii) à obrigação de livre transferência de fundos”²²⁴, e o quarto motivo, o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado.

No âmbito da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), que começou seus trabalhos em 1994, ocorreram algumas negociações sobre investimentos com “o mandato

Internacional. Brasília. v. 49. n. 2. Dec. 2006. p. 68. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292006000200004&lng=en&nrm=iso>.
Acesso em 05 mar.2014.

²²⁰ DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p.78.

²²¹ FLORES, Renato Galvao. Investimento Direto Estrangeiro no Mercosul: Uma visão Geral. In: AMARAL, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattón (Org.). Regulação Internacional dos Investimentos - Algumas Lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 208.

²²² DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p.79.

²²³ SALACUSE, Jeswald W. The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 1187.

²²⁴ FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

de desenvolver um marco normativo que incorpore direitos e obrigações sobre investimentos²²⁵.

No cenário europeu, apresenta-se o Tratado da Carta de Energia (TCE), assinado em 17 de dezembro de 1994, com objetivo de criar um ambiente de cooperação internacional entre os países da Europa e outros países industrializados de longo prazo no domínio da energia. Ressalta-se que o Tratado da Carta de Energia faz referência à Carta Europeia da Energia, aprovada pela Decisão 98/181/CE de 23 de setembro de 1997, que se tratava de uma declaração não vinculativa com objetivo, entre outros, da liberalização do investimento e comércio²²⁶.

TCE foi o primeiro tratado multilateral que continha regras substantivas em investimento estrangeiro em um setor específico sem o caráter universal. Este tratado tinha por objetivo a cooperação mais próxima com a Rússia, apesar de que esse país informou em 2009 não ter intenção de ser parte do respectivo tratado²²⁷. Ademais, o TCE procurava desenvolver o potencial energético dos países da Europa Central e Oriental e garantir a segurança do abastecimento de energia da União Europeia²²⁸. “O Tratado da Carta da Energia visa encorajar os investimentos internacionais no território dos Estados Partes. O TCE protege os investidores estrangeiros contra os mais importantes riscos políticos aos quais eles podem se submeter no Estado receptor do investimento²²⁹ e, até aquele momento, era o documento que disponibilizava mais proteção a investidores no setor de energia²³⁰.

²²⁵ DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p.80.

²²⁶ “*The Energy Charter Treaty (ECT), for example, refers to the European Energy Charter of 1991 (a non-binding international declaration), to the goal of liberalisation of investment and trade, to the principles of the GATT, to competition rules and to the UN framework convention on climate change and similar instruments. The European Energy Charter Treaty refers to European-wide and global co-operation, to new models for energy conservation, to market economy principles, to the promotion of market-oriented reforms and modernisation, to sustainable development and to the E.U.'s internal market in energy and related general principles of regional and global economic policy.*” WAELDE, Thomas. International law of foreign investment: towards regulation by multilateral treaties. *Business Law International*. v. 1999, issue 1. p. 52. Nota de rodapé n. 19.

²²⁷ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.15.

²²⁸ TRATADO DA CARTA DE ENERGIA. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:069:0026:0090:PT:PDF>>. Acesso em 05 mar.14

²²⁹ RIGONI, Giuliana Magalhães. A Regulamentação dos Investimentos Internacionais no Tratado da Carta da Energia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n° 51, jul. – dez., 2007, p. 118-119.

²³⁰ WAELDE, Thomas. International Energy Investment. *Energy Law Report*, v. 17. 1996, p.213.

O NAFTA é exemplo de acordo multilateral que contém as disposições mais avançadas sobre investimentos estrangeiros. Esse acordo entrou em vigor em 01 de janeiro de 1994 entre Canadá, Estados Unidos e México. O Acordo contém disposições tanto em relação a investimento, como em relação a comércio, objetivando o livre movimento e liberalização de mercadorias, serviços, pessoas e investimento²³¹. O NAFTA possui previsões de tratamento nacional pré e pós a entrada do investimento estrangeiro, como também, impõe diversos procedimentos de compliance, regulação a expropriação²³². Importante ressaltar que, para que o NAFTA fosse celebrado e entrasse em vigor, foram necessárias diversas modificações na legislação interna dos países que formam parte deste acordo²³³.

Impende trazer à tona que este acordo regional possui o capítulo XI destinado a tratar as questões sobre investimentos estrangeiros, que se divide em três partes: (i) obrigações entre as partes; (ii) regras procedimentais em caso de resolução de disputas; e (iii) definições. “O objetivo central do Capítulo XI é o de assegurar altos padrões de tratamento e proteção do investimento estrangeiro”²³⁴. O capítulo XI atraiu tanta atenção que funcionou como fundamento e modelo para o rascunho do Acordo Multilateral sobre Investimentos.

Diante da nítida ausência de um instrumento multilateral forte que versasse sobre investimentos, os BITs são, categoricamente, a fonte de direito internacional sobre investimentos de maior importância. Com isso, considerando que este trabalho tratará especificamente das características do bilateralismo no direito dos investimentos e multilateralismo no âmbito do comércio internacional, os acordos bilaterais serão tratados mais especificamente no capítulo 3.

1.4.2 Regulação dos investimentos estrangeiros na ótica jurídica brasileira

²³¹ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.15.

²³² SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 253.

²³³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p.80.

²³⁴ FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55.

Os investimentos estrangeiros são regulados por dois conjuntos de regras que podem ser de caráter nacional, ou, ainda, de caráter internacional²³⁵. As regras nacionais que regulam a entrada de investimentos estrangeiros também são formadoras do conjunto de normas chaves para a realização do investimento estrangeiro no território de um país, detendo duas facetas: (i) regras que versam sobre a entrada do capital estrangeiro dentro do Estado hospedeiro, e (ii) tratamento ao investimento estrangeiro após sua entrada no território nacional²³⁶.

Além disso, o panorama regulatório de um país demonstra se um país possui segurança jurídica, quais são os riscos incorridos pelo investidor para recuperação do capital investido, bem como, quais serão as complicações administrativas para realizar o seu investimento naquele território. A análise de regras básicas como regras aplicáveis no setor que se está investindo, formas de solução de controvérsias, leis processuais, arbitragem, corrupção fazem-se imprescindíveis na análise de risco do investidor estrangeiro no território desconhecido. Essa análise é feita pelo investidor no momento inicial da decisão sobre a realização do investimento e o resultado dela influenciará no sucesso ou fracasso do investimento realizado, assim como, a confiança que o investidor estrangeiro tem no país investido²³⁷.

Nesse sentido, verificou-se a necessidade de se abordar as regras sobre investimentos no ordenamento jurídico pátrio para melhor entender como o investimento estrangeiro é tratado no território nacional. Nesse ínterim, é importante dizer que, “no Brasil, o regime jurídico sobre investimentos estrangeiros baseia-se no controle, e não na imposição de restrições ao ingresso desses investimentos”²³⁸.

²³⁵ “*Le droit des investissements se compose de deux séries de règles, qui peuvent être soit issues du droit interne, soit issues du droit international.*” JUIILLARD, Patrick. L'évolution des sources du droit des investissements. Recueil des Cours, v. 250. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 39.

²³⁶ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 245.

²³⁷ Interessante pesquisa de investigação e defesa que Anna Lygia Costa Rego faz sobre a confiança do investidor estrangeiro no Brasil, analisando o que é confiança para o investidor estrangeiro (que ela classifica, através da pesquisa, como o senso comum de “*reliance*”). REGO, Anna Lygia Costa. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. 2010. 342 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do São Paulo, 2010, p. 275.

²³⁸ DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97. Arnold Wald, em seu estudo sobre o impacto das empresas multinacionais na década de 1970 pontua que “A posição tradicional do Direito Brasileiro em relação ao capital estrangeiro e, em particular, as multinacionais, foi sempre extremamente acolhedora, não estabelecendo, no tocante ao seu ingresso, nenhuma espécie de restrição ou limitação.” WALD, Arnold. *O Brasil e as multinacionais*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar, 1976, p. 161.

Luiz Olavo Baptista ressalta que existem dois métodos de definição jurídica dos investimentos no âmbito da normativa nacional: “o que recorre às características gerais dos investimentos e o que contém a enumeração de bens específicos, limitando a margem de discricção dos órgãos administrativos”²³⁹. Segundo o autor, o direito brasileiro adotou o segundo sistema, o qual foi estabelecido pela Lei 4.131 promulgada em 1962 e complementada em 1964, através da Lei 4.390 de 29 de agosto²⁴⁰.

A referida lei foi promulgada após a crise dos anos 60, após o ciclo do milagre econômico, em que o volume do IED aumentou exponencialmente, se consagrando como segundo ciclo de desenvolvimento da regulação do investimento estrangeiro no Brasil²⁴¹.

Segundo Luiz Olavo Baptista, existem dois tipos de capital estrangeiro no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: “aquele que goza de proteção legal, concedida pela lei

²³⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 48.

²⁴⁰ As leis encontram-se regulamentadas pelo Decreto no 55.762, de 17.2.1965, e suas posteriores alterações. “Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior” e “Art. 7º Consideram-se reinvestimentos para os efeitos desta lei, os rendimentos auferidos por empresas estabelecidas no País e atribuídos a residentes e domiciliados no exterior, e que forem reaplicados nas mesmas empresas de que procedem ou em outro setor da economia nacional” da Lei 4.131 de 03 de setembro de 1962 que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. A Lei no 4.131/62 apresenta importantes regras sobre a definição do capital estrangeiro, as modalidades de investimentos estrangeiros no Brasil e a necessidade do registro destes investimentos no Banco Central. “Consideram-se investimentos externos diretos, para fins de registro declaratório eletrônico, as participações permanentes em empresas no País, detidas por investidor não residente, pessoa física ou jurídica, residente, domiciliada ou com sede no exterior, mediante a propriedade de ações ou quotas representativas do capital social de empresas brasileiras, bem como o capital destacado das filiais ou sucursais de empresas estrangeiras autorizadas a operar no País.” BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA). *Guia Legal para o Investidor Estrangeiro no Brasil*. Brasília: MRE: BrasilGlobalNet, 2012, p. 27.

²⁴¹ O primeiro ciclo consolidou o processo de substituição das importações, conforme leciona Ataíde Marcelino Júnior. “No ciclo da substituição de importações, as ETNs utilizaram-se do IED para enfrentar as barreiras protecionistas à entrada de mercadorias estrangeiras. Além disso, o capital estrangeiro recebia privilégios para o investimento produtivo, motivando, ainda mais, a substituição das importações pela produção interna de bens. Por este motivo, em 1.950, apesar das restrições às remessas de lucros prevista na Lei no 9.025/46, artigo 8º, o Brasil passou a produzir bens de consumo duráveis para o mercado interno, além de manter a posição de exportador de produtos agrícolas (MORAES, 2002, p. 143). Neste período, como não havia nenhum estímulo ao reinvestimento, as remessas de lucros eram inevitáveis, ocorrendo até mesmo de forma ilegal, driblando assim a limitação de 8% das remessas sobre o capital registrado (Leis nos 9.025/46 e 1.807/53). Além disso, a norma ainda previa que o valor que excedesse a referida limitação era considerado como transferência de capital”. O segundo ciclo, o ciclo do milagre econômico ocorreu após a crise dos anos 60 e o terceiro ciclo foi marcado pelo choque do petróleo no ano de 1974, em que se caracterizou como “ciclo do crescimento com endividamento”. JUNIOR, Ataíde Marcelino. *O Investimento Estrangeiro no Brasil e o Direito Tributário Internacional*. 2006. 184 f. Dissertação Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP. Disponível em: <http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bfr/33004072068P9/2006/marcelinojunior_a_me_fran.pdf> . Acesso em 14 mar 2014. p. 27.

4.131/62 (garantia de câmbio e autorização para repatriação do investimento e dos seus lucros) e aquele que se constituiu ao arrepio desta lei”²⁴². Importante ressaltar que o referido ato legislativo exige o registro do capital estrangeiro ingressado junto ao Banco Central do Brasil (BCB)²⁴³ para que, assim, possa gozar da garantia de câmbio e autorização da repatriação do investimento e lucros obtidos no exterior²⁴⁴.

Por outro lado, importante fazer distinção da aplicabilidade do objeto de cada uma das regras aplicáveis ao investimento estrangeiro. Assim sendo, a lei 4.131/62 vem ao mundo legislativo para regular o IED ao despeito da Resolução 2.689/2000 do Banco Central do Brasil²⁴⁵, a qual disciplina os investimentos de portfólio²⁴⁶.

²⁴² BAPTISTA, Luiz Olavo. Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50.

²⁴³ O BCB é uma autarquia federal criada pela Lei 4.595/64 que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. “Em matérias de investimentos estrangeiros, o BCB concentra a função de registro do capital estrangeiro ingressante no país (e dos reinvestimentos), editando regras operacionais para o ingresso e saída desses capitais e do seu registro por meio de Cartas Circulares e Resoluções”. COSTA, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Curitiba: Ed. Juruá, 2010, p. 83.

²⁴⁴ “O registro consiste na comprovação da constituição do investimento ou do reinvestimento, e deve ser feito no prazo de 30 dias, contados a partir do ingresso no país ou do registro contábil pelo órgão competente da empresa, sob pena de multa. O investimento estrangeiro existe desde o seu ingresso ou introdução regular dos bens ou valores no país e o reinvestimento, a partir do seu registro contábil no órgão competente da empresa. Este é um fator relevante para a configuração de um ato jurídico perfeito e o respeito ao direito adquirido, uma vez que o registro, quando efetuado no prazo legal (trinta dias), tem efeito a partir da data de ingresso efetivo do capital. Se o registro for efetuado fora do prazo, terá efeito somente a partir da data da sua efetivação. O registro tem como finalidades (i) propiciar o controle efetivo do ingresso e saída de divisas do país; (ii) atribuir ao investidor estrangeiro o direito ao retorno do capital investido e o direito às remessas de lucros e dividendos e; (iii) coletar dados estatísticos sobre o dos capitais estrangeiros, sua destinação e a evasão de divisas” DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97-98.

²⁴⁵ Denis Barbosa chama a Lei 4.131/62 de “Estatuto do Capital Estrangeiro” e ressalta que, a lei promulgada não seguia os parâmetros do Parecer. BARBOSA, Denis Borges. Direito de acesso do capital estrangeiro. Direito do Desenvolvimento Industrial. V. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1996. p. 24. “Não existe assim na legislação brasileira, ao contrário do que ocorre em outros direitos, qualquer necessidade de aprovação prévia ou *a posteriori* dos investimentos estrangeiros feitos em nosso país, resslavados os casos em que se pretende obter certas isenções ou incentivos”. WALD, Arnold. O Brasil e as multinacionais. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 161. A Lei 4.131/62, nas palavras de Anna Lygia Costa Rego é altamente relacional e traz categorias clássicas de IED: investidor é empreendedor, pois possui exposição alta e múltiplos liames societários, configurando-se, na verdade, como uma exposição de um residente. REGO, Anna Lygia Costa. Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil. 2010. 342 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do São Paulo, 2010, p. 229.

²⁴⁶ “Art. 1º Estabelecer que a aplicação dos recursos externos ingressados no País por parte de investidor não residente, por meio do mercado de câmbio de taxas livres, nos mercados financeiro e de apitais, deve obedecer ao disposto nesta Resolução. Parágrafo 1o Para fins do disposto nesta Resolução, consideram-se investidor não residente, individual ou coletivo, as pessoas físicas ou jurídicas, os fundos ou outras entidades de investimento coletivo, com residência, sede ou domicílio no exterior.” Resolução 2.689 de 26 de janeiro de 2000 dispõe sobre aplicações de investidor não residente nos mercados financeiro e de capitais.

Com relação à restrição de acesso aos investimentos estrangeiros, Arnoldo Wald lembra que a regra geral no direito brasileiro é a igualdade entre o investidor estrangeiro e o investidor nacional, conforme determina a Lei 4.131/62, no seu artigo 2²⁴⁷. No mesmo sentido, o artigo 78 da Lei 8.981/95²⁴⁸ e o artigo 18 da Lei 9.249/95²⁴⁹ asseguram o tratamento não discriminatório quanto à área fiscal.

Marilda Rosado lembra que apesar de as empresas estrangeiras ou capital estrangeiro estarem, de fato, protegidos de qualquer forma de discriminação²⁵⁰, o acesso a determinados setores da economia ainda são considerados exclusivos para brasileiros.

Isto é, a Constituição Federal determinou áreas de setores exclusivos no Brasil para acesso dos investidores brasileiros, declarando certa distinção de tratamento²⁵¹. A determinação das áreas privativas de atuação do Estado são delineadas através do artigo 177²⁵², em que se determinou o monopólio da União sobre algumas atividades, dentre elas, a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e os hidrocarbonetos fluidos²⁵³.

²⁴⁷ “Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.” Além disso, o Artigo 5º da Constituição Federal deverá ser aplicado, que trata “especificamente dos princípios da igualdade e do direito à propriedade, que são assegurados tanto em relação aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no país.” DIAS, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81.

²⁴⁸ Art. 78 da Lei 8.981/95 “Os residentes ou domiciliados no exterior sujeitam-se às mesmas normas de tributação pelo Imposto de Renda, previstas para os residentes ou domiciliados no país, em relação aos: I - rendimentos decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa; II - ganhos líquidos auferidos em operações realizadas em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas; III - rendimentos obtidos em aplicações em fundos de renda fixa e de renda variável e em clubes de investimentos.”

²⁴⁹ Art. 18 da Lei 9.249/95 “O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.”

²⁵⁰ “De todos os dispositivos referentes à ordem internacional, cabe realçar a questão da nacionalidade da pessoa jurídica, consubstanciada no art. 171 da CF, com a redação revista pela Emenda Constitucional nº 6 de 1995. Resta evidenciada a consagração da nacionalidade da pessoa jurídica de acordo com o critério da constituição, associado ao critério da sede. Considerando que não é o critério do controle da origem do capital que determina a nacionalidade das sociedades no direito brasileiro, pois este é meramente relegado às situações especialíssimas ressalvadas pelo próprio texto constitucional, as empresas constituídas no Brasil, e que aqui operam, estão abrigadas de qualquer forma de discriminação. É, portanto, incompatível com a nossa Carta Magna qualquer forma de discriminação contra o capital estrangeiro que não seja parte das exceções de áreas restritas ao controle por brasileiros que foram nela estabelecidas.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 31.

²⁵¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 67.

²⁵² Art. 177 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil: “Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes

Nessas hipóteses, as atividades podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas, contratadas pela União. Além da proibição do artigo 177, a Constituição Federal também determinou que nenhum estrangeiro poderá participar, direta ou indiretamente, da assistência à saúde no Brasil, conforme dispõe o seu artigo 199²⁵⁴, bem como determinou a regulação da aquisição de imóvel rural e o acesso às atividades financeiras e de seguros por estrangeiro²⁵⁵.

As décadas de 1980²⁵⁶ e 1990 sofreram o impacto de profundas mudanças históricas no plano econômico, estreitamento das relações entre os Estados, aumento da atuação das empresas transnacionais, o que foi intensificado através do processo de globalização²⁵⁷.

Assim, na década de 1990, com a abertura da economia e o início da era das privatizações²⁵⁸, o sistema tradicional de regulação e contenção de capital estrangeiro se

das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.”

²⁵³ Importante ressaltar que antes da Emenda Constitucional nº 09 de 09 de novembro de 1995, essa atividade constituía um monopólio da Petrobrás. No entanto, após mudança a partir desta Emenda Constitucional, outras empresas privadas passaram a poder exercer tal atividade, desde que contratadas pela União. Artigo 177, §1º da Constituição Federal: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.”

²⁵⁴ Artigo 177, §3º da Constituição Federal: “§3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.”

²⁵⁵ Assim determinam os artigos 190 e 192, III da Constituição Federal, respectivamente. A Lei nº 5.709/71 regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, e dá outras providências.

²⁵⁶ “The developing countries emphasis on the public sector to develop their economies resulted by the 1980s in a plethora of inefficient state enterprises whose existence depended on continued government subsidies (...) Developing countries undertook privatization for a variety of reasons, including the elimination of state subsidies to inefficient government enterprises, the relief of governmental budget deficits through proceeds from the sale of public enterprises, the reduction of foreign debts (which in many instances had been caused by public sector growth), the improvement of inefficient state-owned enterprises by subjecting them to private sector management and discipline, and the desire to foster the development of a market-oriented private sector”. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 295-296.

²⁵⁷ “No plano doméstico, o período foi marcado pelo ‘esgotamento do padrão de desenvolvimento’ da economia brasileira. A brutal redução no ritmo de crescimento do produto, particularmente do derivado das atividades industriais e o descontrole do processo inflacionário são as faces mais evidentes da chamada ‘década perdida’”. CURADO, Marcelo; CRUZ, Márcio. *Investimento direto externo no Brasil: uma análise para o período de alta inflação*. Campinas: Economia e Sociedade. v. 21, n. 2, Aug. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182012000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 mar.2014. p. 275-276.

modificou, como bem ressalta a professora Marilda Rosado²⁵⁹, aumentando as iniciativas a eliminar barreiras ao capital estrangeiro²⁶⁰.

Em 2008, o Brasil se tornou alvo estratégico para os investidores estrangeiros, uma vez que o risco-país caiu e o país se tornou um ambiente mais favorável aos investimentos estrangeiros²⁶¹. Atualmente, o BCB afirma que o IED permanece em nível historicamente elevado²⁶².

O Brasil ainda figura como importante país receptor de capital estrangeiro, ressalta o BCB. Nesse sentido o “Brasil figura como importante país receptor de capital estrangeiro e investidor no exterior. Em 2011, os estoques de IED e de IBD atingiram US\$695 bilhões e US\$206 bilhões, respectivamente, quatro e duas vezes os valores registrados em 2005”

²⁶³.

²⁵⁸ “O quadro econômico brasileiro, a partir de 1994, apresenta rupturas e novidades com relação às tendências verificadas ao longo dos anos 80 e início dos 90. Uma das características de destaque é a estabilização. Para tanto, dois fatores têm sido decisivos: os processos de abertura comercial – redução das tarifas nominais e efetivas e eliminação de barreiras não tarifárias”. LAPLANE, Mariano F.; SARTI, Fernando. Investimento Direto Estrangeiro e a retomada do crescimento sustentado nos anos 90. Campinas: Economia e Sociedade, n.º. 8. jun. 1997, p. 144.

²⁵⁹ “Não se teve no Brasil, historicamente, a tradição de indutores de investimento formalmente dirigido ao capital estrangeiro. Os sistemas de regulação e contenção de capital estrangeiro no país compreendiam dois principais mecanismos: (i) o de controle de fluxo de divisas, por meio do monopólio cambial e das restrições à remessa e ao retorno de capital, e (ii) o da tributação, por meio da instituição de impostos suplementares. Essas restrições objetivavam manter o controle público, nacional, sobre determinados segmentos da atividade econômica, principalmente aqueles em regime de monopólio. Tal cenário se modifica com a abertura da economia, na década de 90, e a sucessiva onda de privatizações”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p.30.

²⁶⁰ “Após a Constituição de 4 de outubro de 1988, e apesar do tratamento potencialmente restritivo ao investimento estrangeiro, prosseguiram aceleradas iniciativas tendentes a eliminar as barreiras ao capital de origem externa.” BARBOSA, Denis Borges. Direito de acesso do capital estrangeiro. Direito do Desenvolvimento Industrial, v. I, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1996. p. 30.

²⁶¹ “RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p.31.

²⁶² “O Brasil recebeu no ano passado US\$ 63 bilhões em IED – que é considerado por muitos economistas o “investimento bom”, já que esse dinheiro vem do exterior para a construção de fábricas, infraestrutura, empréstimos internos feitos por transnacionais e fusões e aquisições de empresas. No ano anterior, havia recebido US\$ 65 bilhões.” BBC Brasil. Notícia: “Investimento estrangeiro cai, mas ainda segue em ‘alta histórica’ no Brasil”. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/01/140128_ied_brasil_dg.shtml>. Acesso em 14 mar.2014.

²⁶³ “o estoque de IED do Brasil em relação ao total mundial aumentou no período recente, passando de 1,6% do total global, em 2000, para 3,3%, em 2011.” BANCO CENTRAL DO BRASIL. Investimento Direto: concentração e comparação internacional. Relatório de Inflação. Dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2013/12/ri201312b6p.pdf>>. Acesso em 15 mar.2014. p. 61-63.

Portanto, o sistema brasileiro preferiu enumerar os bens específicos que compõem o conceito de investimentos ao invés de determinar apenas suas características gerais, através da lei 4.131, a qual exige o registro junto ao BCB de todo capital estrangeiro que entra no território nacional, que não seja classificado como investimento de portfólio. Ademais, o princípio da igualdade rege a relação entre o investidor estrangeiro e investidor nacional, sendo o capital estrangeiro protegido de qualquer forma de discriminação, com exceção de alguns setores econômicos no Brasil, em que há restrição do acesso a investidores estrangeiros, com distinção de tratamento.

1.4.3 Panorama contratual dos investimentos estrangeiros

As transações econômicas envolvendo investimentos estrangeiros são construídas, em geral, através de contratos, que envolvem duas ou mais partes, gerando obrigações e deveres²⁶⁴. Na maioria das vezes, o investimento estrangeiro não envolve apenas a entrada de capital no país hospedeiro. Diversos investimentos requerem uma estrutura de *joint venture*, *project finance* ou *corporate finance*. Isto porque, as empresas podem vir a ter a tecnologia ou o conhecimento técnico para realização do IED, mas não ter recursos suficientes no volume que o investimento exige para sua realização.

Os tipos de contratos de financiamento internacional serão tratados mais adiante, momento em que serão tratados aspectos contratuais em si, regras práticas e cláusulas específicas. O objetivo deste capítulo, entretanto, é destrinchar o tema das regras contratuais como função de regular os investimentos que advém da sua própria função econômica e social.

Jeswald Salacuse afirma que existem regras contratuais consensuais sobre os investimentos estrangeiros, que apresentam três fundamentos, quais sejam: (i) enquanto a regulação nacional é resultado da manifestação de vontade das autoridades governamentais legislativas, as regras contratuais transformam-se em resultado da autonomia da vontade das partes; (ii) a produção das normas nacionais é resultado de um processo legislativo ou regulatório formalmente instituído, já a produção das normas contratuais depende, apenas, da negociação entre as partes interessadas e do poder de barganha de cada uma; (iii) as

²⁶⁴ PEREIRA, Cario Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense. 13. ed. Rev. E atual por Regis Fichtner, 2009, p. 7.

regras locais sobre investimentos estrangeiros regulam de forma genérica e ampla enquanto que as regras contratuais são específicas e aplicáveis²⁶⁵.

As regras contratuais específicas dos contratos feitos no âmbito dos investimentos estrangeiros são regras complexas e, na maioria das vezes, respeitam estruturas já solidificadas no mercado. O papel dos contratos é muito importante no momento do investimento realizado, uma vez que determinará os direitos e obrigações do investidor que vigorará pelo período do seu investimento.

Nesse sentido, é interessante notar a força que as técnicas contratuais passaram a representar no meio dos investimentos estrangeiros, tanto quando da negociação de contratos entre Estados e investidores, quanto no caso de contratos entre investidores somente. No caso dos contratos com o Estado ou com entidades estatais, técnicas contratuais como remoção da supremacia das leis locais do Estado hospedeiro, contrato governado pelos princípios gerais do direito internacional reconhecidos pelas nações civilizadas, consistem no que a doutrina chama de internacionalização do contrato²⁶⁶.

Em *corporate finance*, por exemplo, a implementação de acordos modelo com cláusulas típicas que são seguidas pelas partes como regras costumeiras²⁶⁷. Nesse sentido, durante a negociação dos contratos instituídos como padrão no mercado, as partes tendem a negociar e disputar menos cláusulas, deixando assim, reinar o acordo entre as partes de que determinadas previsões são comuns e amplamente aceitas no mercado. Vale dizer que o fundamento por trás desse tipo de “padronização” tem o objetivo de facilitar as negociações e acaba por criar uma regulação própria desse tipo de contrato.

Dentro do tema contratual dos investimentos, interessante pincelar sobre dois temas importantes no campo dos contratos: lei aplicável e eleição de foro. Não se objetiva tratar das discussões sobre a autonomia de vontade na celebração dos contratos internacionais, tema controverso²⁶⁸, mas sim realçar a importância da lei aplicável e eleição de foro²⁶⁹.

²⁶⁵ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 583-585.

²⁶⁶ BERNARDINI, Piero. *Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts*. *Journal of World Investment*. v. 2, issue n. 2, 2001, p. 236.

²⁶⁷ A título exemplificativo deste tipo de associação Loan Market Association (LMA) que tem como objetivo principal promover a liquidez, eficiência e transparência nos mercados primários e secundários de empréstimos na Europa, Oriente Médio e África. Para atingir esse objetivo, a LMA estabelece um modelo de contrato de financiamento amplamente aceito pelo mercado, com cláusulas padronizadas e disponibilizadas amplamente para instituições financeiras, escritórios de advocacia, investidores institucionais e empresas em geral. Disponível em: <http://www.lma.eu.com/landing_aboutus.aspx>. Acesso em 15 mar.2014.

²⁶⁸ Nesse sentido, ver “uma das questões mais candentes no atual estágio de desenvolvimento do Direito Internacional Privado, notadamente no Brasil, é a incorporação do princípio da autonomia da vontade na

Primeiramente, impende destacar que a escolha da lei aplicável não se confunde com a eleição de foro, já que a lei aplicável se refere ao direito que regerá a relação entre as partes e a interpretação das cláusulas contratuais²⁷⁰. O foro eleito, por sua vez, será

celebração dos contratos internacionais, de forma a permitir aos contratantes a escolha da lei de regência de seu acordo, independentemente de outros elementos de conexão.” NARDI, Marcelo de. Eleição de foro: Uma visão brasileira. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125. Sobre a controvérsia no âmbito da lei e o foro de eleição, ver também: FRANCESCHINI, José Inácio. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 67-75. Sobre esse tema, apresentar a autora o aspecto jurisprudencial ARAUJO, Nadia de. Contratos Internacionais e a jurisprudência brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 202-208, assim como, BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48-49. SOUZA JR, Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 605-608; ver também “admitir a eleição de foro estrangeiro para hipótese prevista na legislação local significa afastar do Estado o exercício de sua própria função jurisdicional.” Como favoráveis à cláusula, a professora cita os doutrinadores Serpa Lopes, Haroldo Valladão, Helio Tornaghi, Irineu Strenger, Arruda Alvim, Nadia de Araújo, entre outros. TIBURCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação. v. 6, n. 21, abr. 2009, p.84; 98-99. Também faz breve resumo sobre a controvérsia na doutrina acerca da autonomia da vontade no tocante à lei aplicável no contrato ROCHA, Dinir Salvador Rios de. Contrato de empréstimo internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p.177-184.

²⁶⁹ A controvérsia no direito brasileiro versa sobre o fato de as partes deterem ou não autonomia da vontade no tocante à lei aplicável ou se deverá aplicar a lei onde a obrigação foi constituída. Uma das razões para essa discussão se consolidou no fato de que o artigo 9 da atual do Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) omite o termo “salvo estipulação em contrário” presente no texto do artigo 13 na antiga Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942. Nesse sentido, “a autonomia da vontade não pode ser reconhecida como elemento de conexão contratual”. FRANCESCHINI, José Inácio. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 71. Nesse sentido, ver o Artigo 9 da atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. §2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” Carmen Tiburcio ressalta que “No Brasil, como regra, os contratos são regidos pela lei do lugar da sua celebração – *lex loci celebrationis* – havendo controvérsia na doutrina acerca da possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável – *lex voluntatis*.” Para tanto, cita na doutrina que, enquanto alguns entendem que a doutrina da autonomia da vontade é inadmissível – Amílcar de Castro, Irineu Strenger, Oscar Tenório – outros entendem que a autonomia da vontade é consagrada no direito internacional privado brasileiro – Haroldo Valladão. TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação, n. 9. Abril-junho, 2006, p.84-85.

²⁷⁰ “Curial é constatar a existência de duas liberdades essenciais na contratação internacional: 1.) a de escolher a lei aplicável ao contrato; e 2.) a de escolher o foro a que as partes submeter-se-ão para dirimir as disputas que possam surgir”. Equanto a primeira é de direito material, a segunda é eminentemente de conotação processual. NARDI, Marcelo de. Eleição de foro: Uma visão brasileira. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 129.

aquele determinado para solucionar eventual controvérsia a respeito do contrato em evidência, onde tramitará ação judicial ou arbitragem internacional²⁷¹.

Quanto à cláusula de eleição de foro, Nádia de Araujo esclarece que, apesar de ser permitida no Brasil deve esta cláusula sempre ser analisada juntamente com as regras de competência internacional previstas no Código de Processo Civil brasileiro. A autora ressalta que “no caso da competência exclusiva do art. 89, não há possibilidade de eleger o foro, pois sobre bens imóveis aqui situados somente a justiça brasileira pode decidir, e se assim o fizer a justiça estrangeira, sua decisão não terá eficácia.”²⁷².

Nesses termos, a escolha da lei é complementada pela escolha do foro, que, no direito brasileiro, se encontra guardada no artigo 111 do Código de Processo Civil²⁷³.

No âmbito dos contratos de financiamento, a lei de Nova York é amplamente utilizada como lei aplicável para reger os termos contratuais e o foro desta cidade também eleito com frequência para solucionar controvérsias. Esse fenômeno ocorre mesmo em um contrato bilateral, em que se verificam contatos mínimos das partes com o Estado de Nova York. O fundamento para fazer valer a decisão das partes no tocante à lei aplicável e foro de Nova York consubstancia-se no fato de esta cidade ter se consolidado como o centro internacional financeiro e comercial, em que suas regras são consideradas estáveis e sofisticadamente desenhadas para solucionar casos predominantemente comerciais²⁷⁴.

²⁷¹ GARCIA JUNIOR, Armando Alvares. Lei aplicável aos contratos internacionais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 6-7.

²⁷² ARAUJO, Nadia de. Contratos Internacionais e a jurisprudência brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). Contratos Internacionais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 213. Nesse sentido, XAVIER JR., Ely Caetano; CASTRO, Emília Lana de Freitas. A competência internacional e a eleição de foro no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, ano 2, nº 8, 2013. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com/>>. Acesso em 15 mar. 2014. p. 7988.

²⁷³ Art. 111 do Código de Processo Civil “A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. § 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. § 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes”.

²⁷⁴ “*Since New York is a leading center of international finance and commerce, parties to significant domestic and international commercial transactions widely regard New York law as a body of stable and reasonably sophisticated commercial law which might be appropriate to govern their arrangements and view the courts of New York or arbitration in New York as an appropriate forum for resolution of any disputes. However, the case law has left room for some differences of opinion concerning the extent to which such choices of law or choices of forum will be enforced in situations in which the transaction has little or no connection with New York.*” CARTER, James H. United States: New York Statute Amendments concerning reference to New York Law and New York Arbitration in international agreements. International Legal Materials, nº 24, 1985, p. 1019. Note que esse entendimento vigora desde 1984, momento em que foi codificado o Título 14 da Lei das Obrigações Gerais, modificando a doutrina do conflitos de leis que exigia, anteriormente, um elemento de conexão entre Nova York e o contrato. “*On July 19, 1984, New York*

Sendo assim, os artigos 5-1401 e 5-1402 do Título 14 do artigo 5 da “General Obligations Law” norte-americana definem as regras de lei aplicável e eleição de foro aplicável de Nova York²⁷⁵.

Com base na regra de conflitos de leis e eleição de foro, as partes negociam e instituem a lei aplicável e foro eleito nos contratos internacionais celebrados. A eleição de foro e escolha da lei aplicável em relação a Nova York mesmo quando as partes não possuem qualquer contato com o Estado de Nova York ainda vem sendo respeitada pelas Cortes de Nova York, uma vez que, recentemente, esse entendimento foi reforçado pelo Tribunal Nova Iorquino. O julgamento *IRB-Brasil Resseguros, S.A. v. Inepar Investments, S.A.* trazia a hipótese em que as partes não possuíam domicílio nos Estados-Unidos, nem nacionalidade norte-americana, mas recorreram às Cortes de Nova York para disputar sobre garantia concedida na transação, a qual possuía cláusula de leis de Nova York e eleição do foro de Nova York para dirimir controvérsias²⁷⁶.

Governor Mario Cuomo signed into law Assembly Bill 7307-A, codified primarily as title 14 of the New York Law of General Obligations. The new statute modifies New York's conflicts of law doctrine. Prior to title 14, New York courts generally enforced contracting parties' choice of New York law to govern an agreement only if the state maintained a reasonable relationship with the agreement.” RASHKOVER, Barry W. Title 14 New York Choice of Law Rule for Contractual Disputes: Avoiding the Unreasonable Results. Cornell Law Review, v. 71, 1985-86, p. 227.

²⁷⁵ “N.Y. GOB. LAW § 5-1401 : NY Code - Section 5-1401: Choice of law p 1. The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand dollars, including a transaction otherwise covered by subsection one of section 1-105 of the uniform commercial code, may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state. This section shall not apply to any contract, agreement or undertaking (a) for labor or personal services, (b) relating to any transaction for personal, family or household services, or (c) to the extent provided to the contrary in subsection two of section 1-105 of the uniform commercial code. 2. Nothing contained in this section shall be construed to limit or deny the enforcement of any provision respecting choice of law in any other contract, agreement or undertaking. N.Y. GOB. LAW § 5-1402 : 1. Notwithstanding any act which limits or affects the right of a person to maintain an action or proceeding, including, but not limited to, paragraph (b) of section thirteen hundred fourteen of the business corporation law and subdivision two of section two hundred-b of the banking law, any person may maintain an action or proceeding against a foreign corporation, non-resident, or foreign state where the action or proceeding arises out of or relates to any contract, agreement or undertaking for which a choice of New York law has been made in whole or in part pursuant to section 5-1401 and which (a) is a contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate, not less than one million dollars, and (b) which contains a provision or provisions whereby such foreign corporation or non-resident agrees to submit to the jurisdiction of the courts of this state. 2. Nothing contained in this section shall be construed to affect the enforcement of any provision respecting choice of forum in any other contract, agreement or undertaking.” Disponível em: <<http://codes.lp.findlaw.com/nycode/GOB/5/14/5-1402#sthash.j4njByf7.dpuf>>. Acesso em 02 jul.2014.

²⁷⁶ “The Legislature passed the statute in 1984 in order to allow parties without New York contacts to choose New York law to govern their contracts. Prior to the enactment of § 5-1401, the Legislature feared that New York courts would not recognize “a choice of New York law [in certain contracts] on the ground that the particular contract had insufficient ‘contact’ or ‘relationship’ with New York” (Sponsor’s Mem, Bill Jacket, L 1984, ch 421). Instead of applying New York law, the courts would conduct a conflicts analysis

Com isso, deve-se destacar a contribuição das regras contratuais para a evolução das regras que regulam os investimentos estrangeiros, uma vez que se tratam de regras consensuais, desenvolvidas pelos atores internacionais, não emanadas pelos legisladores locais, nem por organismos internacionais.

Tratam-se de regras que possuem contato com investimentos estrangeiros e comércio internacional, uma vez que permeiam os contratos internacionais celebrados entre atores privados ou entre investidor e Estado hospedeiro. Os financiamentos internacionais, por exemplo, são formadas de investimento consagradas por contratos internacionais que apresentam elementos do investimento estrangeiro e do comércio internacional. As regras dos contratos internacionais aqui apresentadas transitam por esses dois cenários, demonstrando a necessidade da sua apresentação.

1.5 Conclusão parcial

O primeiro capítulo deste trabalho busca essencialmente trazer um panorama sobre os investimentos estrangeiros com objetivo de introduzir e analisar aspectos principais dessa disciplina, bem como demonstrar a sua forma de regulação.

O desenvolvimento histórico dos investimentos estrangeiros possui significativa distinção do comércio internacional, dado que é uma disciplina cuja regulação foi mais amplamente desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial. O período colonial e pós-colonial apresentam traços da presença dos investimentos estrangeiros, principalmente, através da doutrina Calvo e Fórmula de Hull, mas essa disciplina ganhou força posteriormente, quando se destacou mais acentuadamente do comércio em si.

Com isso, os BITs cresceram exponencialmente e os acordos regionais ganharam força no âmbito dos investimentos estrangeiros, especialmente, o NAFTA. As tentativas de elaboração de um instrumento multilateral foram surgindo, mas restaram fracassadas. No entanto, o volume do IED tem crescido de forma constante e os países em desenvolvimento como o Brasil, passaram a receber, cada vez mais, fluxo de capital.

Em razão da crescente importância dos investimentos estrangeiros, o estudo do seu conteúdo se tornou vital. Apesar da controvérsia a respeito sobre a definição de

and apply the law of the jurisdiction with "the most significant relationship to the transaction and the parties". IRB-Brasil Resseguros, S.A. v. Inepar Investments, S.A. Opinion of Chief Juge, Lippman. Disponível em: <<http://www.nycourts.gov/ctapps/Decisions/2012/Dec12/191opn12.pdf>>. Acesso em 16 mar.2014. p. 4-5.

investimento, a divergência sobre inclusão ou não de investimentos de portfólio neste conceito, a jurisprudência internacional já foi capaz de consolidar o entendimento de pelo menos três elementos que lhe são inerentes: (i) comprometimento; (ii) investimento de longo prazo; e (iii) assunção de risco. A estraneidade é verificada através da própria nacionalidade do investidor, não é definida pela origem do investimento em si.

Após identificação dos elementos caracterizadores do conceito de investimento, procurou-se tratar dos atores internacionais que se configuram como investidores, tanto pessoas físicas, como pessoas jurídicas, estes últimos representados primordialmente pelas empresas transnacionais. A nacionalidade do indivíduo foi tema debatido no âmbito das decisões arbitrais sobre investimentos ao longo dos últimos anos. Discussões acerca da perda da nacionalidade, dupla-nacionalidade e investidor detentor da nacionalidade do país hospedeiro geraram controvérsias e soluções na jurisprudência.

Muitas dificuldades são geradas pela ausência de um instrumento internacional multilateral que, diferentemente do comércio internacional, não encontrou espaço no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos. A forma de regulação internacional, nacional e contratual dos investimentos estrangeiros também fez parte desse estudo, já que se demonstrou essencial objeto de análise para compreensão e comparação com o comércio internacional. Entender a forma que os investimentos estrangeiros são disciplinados no campo internacional e no ordenamento jurídico brasileiro se faz fundamental para compreender os debates na jurisprudência, as divergências com relação aos conceitos e a falta de consenso para o multilateralismo. Além disso, as práticas contratuais demonstram força crescente, principalmente, nos contratos de financiamento internacional.

Com base nesses elementos que foram estudados, juntamente, com o panorama do comércio internacional, se apresentarão posteriormente os pontos de contato entre as duas disciplinas, determinando os elementos em comum e divergência, para a sua complementaridade e, talvez, sobreposição.

2 COMÉRCIO INTERNACIONAL

Estudar o comércio internacional significa analisar primordialmente os mecanismos de troca de bens e serviços, tanto entre indivíduos, TNCs e governos de diversos países²⁷⁷, que visam, em geral, a satisfação ou a finalidade do lucro. Trata-se de uma disciplina desenvolvida ao longo dos séculos, que respondeu a um comércio existente antes da própria formação dos Estados e é sinônimo de atividade econômica de Estados e pessoas públicas e sempre padece de um elemento de estraneidade²⁷⁸.

No tocante à sua forma de regulação, importante ressaltar que “no seu início o comércio foi sempre regulamentado livremente pelos estados por meio, quase sempre, de acordos bilaterais. Atualmente, a matéria foi multilateralizada e institucionalizada”²⁷⁹.

Este capítulo visa apresentar os aspectos históricos da evolução do comércio internacional, a forma que a liberalização ganhou espaço e o multilateralismo se solidificou com o GATT e, posterior, OMC.

Os objetivos desses instrumentos, ao longo das suas décadas de história sempre visaram a liberalização do comércio através do estabelecimento e aplicação de regras para remoção de barreiras tarifárias e não-tarifárias nas fronteiras dos Estados.

No contexto da globalização internacional, a identidade dos produtos e dos atores no comércio internacional restou cada vez mais difícil de se identificar. Com isso, os mecanismos de liberalização comercial e regras internacionalmente reconhecidas pelos Estados se tornaram essenciais. Através do desenvolvimento de um sistema de regras integradas com alto grau de alcance e crescente redução de barreiras tarifárias vigentes na era do GATT, as tarifas entre os Estados foram cada vez mais reduzidas.

Esse modelo, entretanto, restou ultrapassado. Os Estados participantes do sistema multilateral do comércio começaram a identificar novos desafios a serem trabalhados,

²⁷⁷ PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas Abusivas no Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

²⁷⁸ RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice. *Droit du Commerce International*. Dalloz : Paris, 2007, p. 4. Nessa linha, a professora Marilda Rosado define a disciplina do Comércio Internacional a partir da definição dos professores Bernard Jadaud e Robert Plaisant afirmando que trata-se do “conjunto de normas jurídicas que regem as operações comerciais internacionais realizadas por pessoas cujos interesses estão situados em Estados diferentes”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Joint ventures internacionais*. In: MARQUES, Cláudia Lima ; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). *O novo direito internacional Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 424.

²⁷⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 87.

discutidos e outros objetivos precisava ser alcançados. Criou-se a OMC a fim de institucionalizar e finalmente criar um mecanismo sólido de solução de controvérsias.

Com a criação da OMC, novos temas foram incluídos na agenda do comércio internacional como o tema dos investimentos estrangeiros. No entanto, os objetivos desse sistema passaram a ser questionado diante das novas discussões sobre o papel da OMC e a inclusão de novas matérias no âmbito dessa instituição. Até o momento, pouco consenso entre os Estados-membros da OMC foi alcançado, uma vez que estes divergem sobre a necessidade de profundas modificações, conforme se verificou nas drásticas decisões tomadas no âmbito da Rodada de Doha.

Ora, o processo de globalização tem resultado em um aprofundamento da especialização internacional e na interpenetração das economias nacionais. Medidas que afetam os investimentos, práticas comerciais restritivas, medidas concorrenciais, ambientais e relativas à propriedade intelectual precisam ser desenvolvidas.

Nesse ínterim, decidiu-se por tratar das empresas transnacionais mais profundamente, demonstrando a sua atuação no campo do comércio internacional. As empresas transnacionais são um dos principais atores do Direito Internacional Econômico, Direito do Comércio Internacional e Direito Internacional dos Investimentos.

Diante da importância e efeito da atuação dessas entidades, normas que a regulam precisavam ser analisadas e implementadas. O impacto das atividades das empresas transnacionais começou a ser amplamente questionados e, com isso, identificou-se a importância da responsabilização pelas consequências negativas geradas à população e mercado local.

Nesse ínterim, o multilateralismo é personificado em acordos de comércio internacional que se proliferam de maneira rápida e dominam os debates da OMC. Verificou-se a importância de se tratar da interseção entre disciplinas tão próximas e aparentemente distantes entre si: O Direito Internacional Econômico, Direito do Comércio Internacional e Direito Internacional dos Investimentos.

2.1 Da Evolução do Direito do Comércio Internacional: visão histórica da liberalização do comércio internacional e o alcance do multilateralismo

Comércio internacional em sentido amplo consiste na "troca de bens e serviços entre indivíduos, empresas e governos dos diversos países, tendo em vista, de um lado, a satisfação das necessidades ou o bem-estar das pessoas e, de outro, a finalidade de lucro"²⁸⁰.

O desenvolvimento do comércio internacional se deu ao longo dos séculos, uma vez que o comércio sempre existiu, mesmo antes da formação dos Estados²⁸¹. A teoria do comércio internacional representa um dos mais antigos capítulos da história do pensamento político e econômico. Desde os primeiros assentamentos dos seres humanos organizados que partiram para a grande aventura da civilização, os contatos comerciais entre diferentes povos foi objeto de indagações. Nesse sentido, afirma Amaral Júnior, “considerado como o mais antigo e o mais importante vínculo econômico entre os povos, o comércio tem exercido papel decisivo ao longo da história”²⁸².

Antonio Campos ensina que as primeiras trocas comerciais surgiram na pré-história e decorreram da evolução da produção tribal e necessidade de trocas “comerciais”. Nesse sentido, os excedentes de produção de uma tribo eram utilizados como moeda de troca com a tribo vizinha, representando as primeiras manifestações do comércio fora de um próprio grupo. O autor ressalta que, a partir das formas de escambo, se desenvolveram técnicas definitivas de comércio e começaram a se estabelecer diversos grupos dedicados a sistemas de trocas comerciais, como os antigos egípcios e, também, os hindus²⁸³.

Do mesmo modo, salientam os autores Lester, Mercurio e Davies que as relações comerciais já existiam há séculos, desde o momento em que os comerciantes exploravam

²⁸⁰ PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas Abusivas no Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

²⁸¹ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 3^o ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 87. Nesse sentido explica José Cretella Neto: “Como se sabe, o comércio entre as nações não é, em absoluto, fato novo na História da Humanidade, nem é tampouco de hoje a preocupação dos especialistas em resolver eventuais controvérsias entre os Estados em matéria comercial que, inevitavelmente, surgem entre parceiros neste setor. CRETELLA NETO, Jose. Mecanismo processual de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio – OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional. *Revista Forense*. V. 99, n. 365. 2003. p. 43, nota de rodapé n^o 1.

²⁸² AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

²⁸³ “Dentre os primitivos grupos que se dedicavam a esse sistema de trocas comerciais, destacam-se os antigos egípcios, que se estabeleceram no vale do rio Nilo, com a predominância da classe sacerdotal, e que declinou ao tempo do faraó Ménès.(...) Também os hindus, ao elaborarem o Código Man”no qual inseriram normas comerciais que vigoraram a partir do Século XIII a. C., foram precursores do Comércio Internacional, sendo esse Código muito justamente considerado com uma das mais antigas fontes do Direito Marítimo Interacional” CAMPOS, Antonio. *Comércio internacional e importação*. São Paulo: Aduaneiras. 1990. p. 36-37.

novos territórios com objetivo de encontrar oportunidades de comércio – dos fenícios aos gregos e romanos, do Marrocos ao Marco Polo, até os modernos exportadores portugueses, espanhóis, holandeses e ingleses do século XV²⁸⁴.

Os filósofos gregos, por exemplo, já conviviam com a dicotomia gerada pelo comércio exterior. Se, por um lado, eram inegáveis os benefícios em termos de aquisição de novos produtos, costumes e riqueza, por outro lado, já parecia evidente a preocupação com o mercado doméstico, que sofria com o enfrentamento da concorrência externa. No direito romano se estabeleceu o *jus gentium*, presente nas relações com estrangeiros, que se aplicava às relações comerciais. Na Idade Média, contudo, foi o momento em que se estabeleceram os primórdios factíveis do comércio internacional, quando os comerciantes se reuniam nas cidades de Veneza e Bruges²⁸⁵. As tentativas de regulação do comércio internacional, assim, datam da época medieval com o advento da *lex mercatoria*²⁸⁶. Como assevera Lauro Gama, a aplicação da *lex mercatoria* “se fazia por cortes privadas, especializadas em litígios comerciais”²⁸⁷.

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias do mercantilismo surgiram e os argumentos especificamente econômicos começaram a basear a ideia de regulação do comércio internacional²⁸⁸. Deve-se ressaltar que o mercantilismo tinha uma ideia negativa do comércio internacional, vendo-o como insegurança para os Estados. Isto porque, os mercantilistas viam o comércio internacional como um mecanismo de torná-los dependentes e vulneráveis aos acontecimentos vigentes no cenário internacional. Com isso,

²⁸⁴ LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. *World Trade Law: Text, Materials, and Commentary*. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 56.

²⁸⁵ RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice. *Droit du Commerce International*. Dalloz : Paris, 2007, p. 2.

²⁸⁶ ROCHA, Flavia do Valle. *O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 16.

²⁸⁷ SOUZA JR., Lauro da Gama. *Contratos Internacionais à Luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Renovar, 2006, p. 232.

²⁸⁸ Para uma representação do comércio internacional do Século XVIII, os autores resumem muito bem como funcionava as balanças comerciais naquela época: “*David Hume, in 1752, demonstrated that, through the price-specie-flow mechanism, international trade was likely to maintain an equilibrium in the balance of payments. If a country found itself with surplus currency, domestic prices would tend to rise relative to prices of foreign commodities, and money would flow out of the country. If a country found itself with a shortage of currency, domestic prices would become depressed and would attract foreign currency until the shortage had disappeared (...) if countries with tropical climates can produce bananas or pineapples more cheaply than countries with temperate climates, the latter should purchase these products from the former*”. TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 2.

eles procuravam se proteger desses acontecimentos, através de medidas governamentais que valorizavam assuntos internos²⁸⁹.

No século XIX, a interdependência econômica entre os Estados começou a nascer. O comércio passou a ser reconhecido como direito do Estado. Em meados do século XIX, a maioria dos países europeus havia estabelecido o livre comércio com seus países vizinhos. No entanto, tratava-se de um livre comércio com medidas protetivas, uma vez que competiam por riqueza e poder no campo das relações internacionais. Trebilcock, Howse, Eliason afirmam que o primeiro momento em que se confrontou a tradição do protecionismo mercantilista ocorreu em 1846, na Grã-Bretanha, com a rejeição da Lei dos Grãos (*Corn Laws*) que instituíam tarifas de importação como medida protecionista aos grãos britânicos²⁹⁰. Nesse mesmo período o comércio internacional sofria influência do liberalismo ao lado do tratado de Cobden-Chevalier, concluído entre França e Grã-Bretanha em 1860, marcando o início de uma era em que a Grã-Bretanha negociava diversos tratados de comércio livre com outros países²⁹¹. Esses tratados já aplicavam precipuamente a cláusula da nação mais favorecida, que se tornou um dos principais princípios do comércio internacional, desencorajando o tratamento discriminatório no comércio e, em razão de sua forte presença nos tratados franceses, estimulou fortemente o livre comércio na Europa durante os anos de 1860²⁹².

A ideia de cooperação entre as nações e integração econômica passou a ser considerada de importância fundamental para o avanço do crescimento econômico dos países no cenário internacional. Com isso, o estudo do comércio internacional ganhou uma acuidade significativa, dado que se transformou em um mecanismo de fomento ao desenvolvimento²⁹³.

²⁸⁹ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

²⁹⁰ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 21.

²⁹¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 87.

²⁹² TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 21.

²⁹³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 87.

Segundo Lester, Mercurio e Davies existem duas justificativas para os Estados realizarem comércio entre si, quais sejam (i) econômica e (ii) paz e segurança²⁹⁴. Nenhuma nação que tenha tido um crescimento econômico sustentável, assim o fez sem abertura para o comércio internacional e investimento. Os autores sustentam que diversos fatores promovem o crescimento como (i) especialização das economias e produção em áreas com vantagens econômicas em relação a outras economias, criando mais empregos, disponibilidade de recursos e investimentos; (ii) aumento do acesso dos produtores a mercados mais expandidos, permitindo que os mesmos possam produzir a custo de produção mais baixo; (iii) difusão da tecnologia, inovação, produtividade, especialmente, para locais onde o acesso à tecnologia não é facilmente desenvolvido, e (iv) remoção das tarifas de importação, permitindo o acesso dos consumidores a produtos mais baratos. A redução nas barreiras tarifárias aumenta a capacidade de consumo, o poder aquisitivo e o padrão de vida desses consumidores, assim como, a capacidade de produção a preço de custo mais baixo²⁹⁵.

Sob tal ótica, ressalta-se a ideia de liberalização econômica e eliminação de barreiras tarifárias e regulatórias, almejando alcançar um sistema livre de comércio. A expansão dos mercados e liberalização do comércio internacional, estabelecimento de investimentos estrangeiros, encontrou seu lugar no regime norte-americano da Constituição liberal de 1789. Os Estados Unidos são um exemplo à liberalização do comércio doméstico dentro do próprio território norte-americano²⁹⁶.

Nessa linha de raciocínio, no fim da Primeira Guerra Mundial, o domínio dos EUA haviam se consagrado como grande potência econômica, época em que este país possuía

²⁹⁴ LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. *World Trade Law: Text, Materials, and Commentary*. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 12.

²⁹⁵ LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. *World Trade Law: Text, Materials, and Commentary*. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 13-14. Ressalta-se, por sua vez, conclusão de Celso Mello quanto ao fato de que o liberalismo econômico é benéfico somente aos países ricos, não se configurando o comércio internacional como um instrumento para o desenvolvimento econômico. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.100. Para Amartya Sen, no seu livro 'Development as freedom', a baixa renda é tratada como forma de privação da capacidade, em que os indivíduos e países privados de riqueza, possuem menor capacidade de exercer seus direitos: "relative deprivation in incomes as yielding absolute deprivation in capability (a thesis particularly relevant to developed economies), the psychological and real impact of unemployment, and the startling evidence of 100 million and more women 'missing' from the world due to a combination of economic, but primarily cultural prejudices that condone the 'neglect of female health and nutrition, especially-but not exclusively - during childhood.'" GELLEK, Tsering. *A New Paradigm of Development*. Review of Amartya Sen, *Development as Freedom*. *The Fletcher Forum of World Affairs*. v. 24. Fall. 2000. p. 190.

²⁹⁶ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *A Organização Mundial do Comércio: OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços*. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 118-119.

quantidade significativa de ouro, permitindo-lhe fazer empréstimos para outros países devastados pela Primeira Guerra Mundial²⁹⁷.

Com a divisão dos mercados em função de cada especialidade, a regionalização das economias e formação de blocos regionais se tornou cada vez mais intensa²⁹⁸. O protecionismo se tornou ultrapassado e a cooperação internacional começou a ser desenvolvida através de uma política voltada para eliminação das fronteiras nacionais quanto à livre circulação de bens e pessoas, financiamentos internacionais e investimentos estrangeiros²⁹⁹. Diante desse cenário, diversos países passaram a demonstrar interesse em formar uma rede integrada para promoção do comércio internacional, como forma de fortalecimento e desenvolvimento econômico. A intenção desses países tinha por finalidade eliminar as barreiras ao liberalismo dos mercados que eram formadas em função do nacionalismo instituído pela política econômica dos países³⁰⁰.

Welber Barral esclarece os acontecimentos no início do século XX, em que o comércio internacional foi marcado pelas crescentes trocas comerciais e prosperidade econômica. Até a crise econômica no início do século, houve um longo período de globalização e aumento de regulação do comércio internacional. Com a crise, as regras comerciais começaram a ser descumpridas e culminou-se na Segunda Guerra Mundial³⁰¹.

²⁹⁷ Em função da grande quantidade de ouro, os Estados Unidos retornaram em 1919 ao padrão-ouro nas relações cambiais. MAZZUCHELLI, Frederico. A Crise em Perspectiva: 1929 e 2008. Revista Novos Estudos. n° 82, nov. 2008, p. 59. “Enquanto, no passado, os mercantilistas firmavam a riqueza no ouro, os fisiocratas na terra, os liberais, a partir de Adam Smith – que lançou as bases teóricas do capitalismo -, fizeram-na depender do trabalho humano e da sua divisão, o que possibilitou a produção em vários lugares na medida das facilidades existentes para isso.” AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. A Organização Mundial do Comércio: OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 118.

²⁹⁸ “Não obstante a substituição do modelo bilateral, outros fatores também demarcam o cenário internacional, como a reorganização econômica de Estados em acordos regionais de comércio, a forte presença das empresas transnacionais na ordem econômica internacional, bem como o término das fronteiras entre as políticas internas e de comércio internacional, por meio de um processo recente de relativização da soberania estatal.” LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 81.

²⁹⁹ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. A Organização Mundial do Comércio: OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). Comércio Internacional e Tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 119.

³⁰⁰ ROCHA, Flavia do Valle. O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 17-18.

³⁰¹ BARRAL, Welber Oliveira. O Comércio Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 26.

2.1.1 A nova geração do comércio internacional - o período pós-Segunda Guerra Mundial

Após a Segunda Guerra Mundial, temos uma nova construção da ordem econômica internacional. Neste momento, a ideia é estabelecer normas universais, permitindo a abertura do comércio e objetivando a interdependência econômica. Os Estados- Unidos e o Reino Unido possuem um papel político e econômico muito importante neste período, buscando construir uma ordem econômica internacional baseada em três pilares: (i) liberdade do comércio, (ii) igualdade no tratamento entre Estados e (iii) reciprocidade de vantagens. São as organizações internacionais que vão estar encarregadas de fazer valer esses princípios como a ONU, FMI e Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), essas duas últimas foram instituições que nasceram da Conferência de Bretton Woods de 1944³⁰². Ao lado dessas instituições, temos a Organização Internacional do Comércio (OIC)³⁰³, com o objetivo de harmonizar as políticas aduaneiras dos Estados signatários, formando a modernização das normas sobre o comércio internacional que tinham por objetivo tanto o multilateralismo, quanto liberalismo³⁰⁴.

³⁰² “A criação da OMC resultou de longo e árduo processo de negociações, iniciadas quando o desfecho da Segunda Guerra Mundial já consistia em fato irreversível, simbolizadas pela Conferência de Bretton Woods, realizada em 1944, visando à reconstrução da ordem financeira, econômica e política internacional, conforme planejado pelas potências vencedoras do conflito. Embora a concepção original fosse a de criar três organizações intergovernamentais – o Fundo Monetário Internacional – FMI -, o Banco Mundial – BIRD – e a Organização Internacional do Comércio – OIC -, apenas as duas primeiras instituições prosperaram. Do esforço – frustrado pelo Congresso dos EUA – para estabelecer a OIC, que jamais viu a luz do dia, resultou apenas um tratado, o GATT – General Agreement on Tariffs and Trade – firmado em 30.10.47 em Genebra, por 23 países, ou partes-contratantes, e que entrou em vigor em 1.1.48. O objetivo do chamado GATT-1947 era a liberação do comércio internacional, com fundamento em normas jurídicas estáveis e também no princípio de cooperação entre Estados, um dos pilares do moderno Direito Internacional”. CRETELLA NETO, Jose. Mecanismo processual de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio – OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional. Revista Forense, v. 99, n. 365, 2003, p. 43.

³⁰³ “Ao término daquele encontro, houve consenso quanto à necessidade de: (i) um fundo monetário, que pudesse resguardar as economias nacionais contra crises cambiais (o FMI); (b) um banco que financiasse a reconstrução européia e o desenvolvimento (o BIRD ou Banco Mundial); (c) uma organização internacional que regulamentasse os fluxos comerciais (a OIC).” BARRAL, Welber (Org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 12.

³⁰⁴ “56 países se reuniram na Conferência de Havana, em novembro de 1947 para traçar um esboço do que poderia ser a Organização Internacional do Comércio (ITO), materializada através da Carta de Havana. (...) A única parte da ITO que sobreviveu foi o acordo que cuidava do comércio de bens manufaturados, o denominado ‘Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio’ – GATT. Esse Acordo seria regulado no âmbito da ITO, mas como esta nunca entrou em vigor, o GATT acabou funcionando durante muito tempo, como o principal instrumento de regulação do comércio internacional.” ROCHA, Flavia do Valle. O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 22.

As instituições pós-guerra nasceram com fulcro de promover o sistema de livre comércio. Com o comunismo, fazia-se necessário proteger o ocidente e garantir a paz entre os Estados. Em 1944, foram estabelecidas regras para as relações comerciais entre os países industrializados³⁰⁵, no intuito de se reconstruir o capitalismo mundial no período entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial³⁰⁶. O FMI nasceu com objetivo de garantir o desenvolvimento do comércio, abrir fronteiras econômicas, derrubar barreiras aduaneiras e evitar a criação dos antagonismos comerciais. Além disso, perseguiram-se os objetivos de estabilizar a balança comercial dos países através de créditos de curto prazo com condições especiais. O BIRD nasceu com escopo inicial de reconstrução das economias e concessão de financiamentos internacionais para países subdesenvolvidos. Atualmente, o seu trabalho é focado estritamente no desenvolvimento³⁰⁷.

Por fim, com relação à terceira instituição, a OIC - materializada através da Carta de Havana - esta organização nunca entrou em vigor, tendo em vista ausente ratificação pelo Congresso dos Estados Unidos em virtude das controvérsias sobre redução tarifárias em relação aos produtos agrícolas e os efeitos da liberalização do comércio sobre as suas indústrias nacionais³⁰⁸. Desse modo, a única parte da OIC que sobreviveu foi o Acordo

³⁰⁵ “*There were two main objectives sought at the Bretton Woods Conference in 1944 and at the subsequent conferences that led to the negotiations of the General Agreement on Tariffs and Trade ("GATT") and the International Trade Organization ("ITO"). The first objective, the more important one at that time, sometimes overlooked, was the prevention of another war. The idea was to build institutions that would avoid the problems that occurred in the inter-war period, which were blamed for leading to the Second World War. (...) The second objective was the economic betterment of the whole world. This is based on general policies about economics and the market structure of economies. The basic idea is that increasing the amount of resources for each individual (or family) is the best way to allow that individual to follow his or her choices, lifestyle, and goals in life*”. JACKSON, John H. *The Perils of Globalization and the World Trading System*. Fordham International Law Journal, v. 24, 2000-2001, p. 372.

³⁰⁶ LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.) . *Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 83.

³⁰⁷ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. A Organização Mundial do Comércio: OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 120.

³⁰⁸ “O documento final dessa Conferência, a denominada Carta de Havana, previa, efetivamente, a criação da Organização Internacional do Comércio – O.I.C., a qual jamais foi efetivada, em virtude da oposição do Congresso dos EUA, que considerava a OIC uma ameaça às suas pretensões comerciais globais.” CRETELLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 65. “*By 1951, it was clear that the US Congress would not ratify the ITO Charter, and President Truman ceased efforts to generate Congressional support and announce that the would no longer see approval for the ITO. Without the US, the remaining countries abandoned the effort and the organisation was never formed. In hindsight, the ITO was too ambitious a proposal for the times. The ITO required significant and meaning ful commitments for signatories in such áreas as dispute settlement, international commodity arrangements, foreign investment, labour standards and restrictive business practices. By contrast, the GATT was restricted to tariffs and related matters, and thus could be adopted in the United States without formal legislative approval*”.

Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), que se tornou o instrumento basilar de regulação do comércio internacional³⁰⁹.

Importante se faz ressaltar que nunca se pretendeu constituir uma organização internacional através do GATT, cujo texto continha sentenças de significado ambíguo e um sistema de solução de controvérsias informal. De todo modo, a solução para o fracasso da OIC se consolidou em adotar um instrumento referente às regras sobre tarifas e comércio, que constituía apenas parte da Carta de Havana, isto é, o GATT³¹⁰.

Desse modo, a história do sistema multilateral do comércio remonta a 1947, momento em que foi celebrado o GATT, buscando a redução de barreiras tarifárias e facilitar o comércio de mercadorias que, assim, vigorou até 1995³¹¹. A efetivação desse acordo só foi possível, uma vez que as negociações não dependiam de aprovação do Congresso Americano, mas apenas do Poder-Executivo. Tendo em vista a importância do acordo, ele se tornou, na prática, um órgão internacional, assumindo funções de coordenação e supervisão de regras do comércio internacional³¹².

LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. *World Trade Law: Text, Materials, and Commentary*. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 57.

³⁰⁹ “A terceira instituição seria a Organização Internacional do Comércio (OIC), que deveria ter surgido com a evolução das negociações do Gatt, firmado em 30 de outubro de 1947, mas que nunca veio de fato a ser criada. O Gatt entrou provisoriamente em vigor em 1º de janeiro de 1948, regulando de forma insatisfatória muitas matérias, como resultado das naturais limitações decorrentes das diferentes formas de enfrentar as questões econômicas, tendo à mesa de negociações tanto econômicas de mercado, propugnando forte liberalização do comércio internacional e fundadas nos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, como economias, a exemplo da russa, altamente planejadas”. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. *A Organização Mundial do Comércio: OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços*. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Comércio Internacional e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 121.

³¹⁰ CRETELLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 66.

³¹¹ “*The Bretton Woods agreement had called for a third international economic organization - a World Trade Organization to govern international trade relations, a job similar to the IMF's governing of international financial relations. Beggar-thy-neighbor trade policies, in which countries raised tariff to maintain their own economies but at the expense of their neighbors, were largely blamed for the spread of the depression and its depth. An international organization was required not just to prevent a recurrence but to encourage the free flow of goods and services. Although the General Agreement Tariffs and Trade (GATT) did succeed in lowering tariffs enormously, it was difficult to reach the final accord; it was not until 1995, a half century after the end of the war and two thirds of a century after the Great Depression, that the World Trade Organization came into being. But the WTO is markedly different from the other two organizations. It does not set rules itself; rather, it provides a forum in which trade negotiations go on and it ensures that its agreements are lived up to.*” STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. New York: W.W. Norton & Company, Inc. 2002, p. 15-16.

³¹² LEHFELD, Lucas de Souza. *Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação*. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 84.

O GATT evoluiu em diversas rodadas de negociações, precipuamente, em relação ao tema de redução de barreiras tarifárias, alcançando o total de oito rodadas, em que a Rodada do Uruguai ocorreu entre 1986-1994 constituiu a oitava rodada³¹³. As seis primeiras rodadas, se encerrando com a Rodada de Kennedy em 1967, focavam nas negociações recíprocas de concessões tarifárias, visando basicamente diminuir barreiras tarifárias. Essas negociações eram consideravelmente frutíferas, uma vez que reduziram as tarifas de 40% a 5% sobre bens manufaturados³¹⁴.

A Rodada de Tóquio, sétima rodada, se encerrou em 1979, onde se negociou uma série de acordos além das concessões tarifárias. Os acordos foram implementados com foco em questões não-tarifárias como barreiras técnicas, subsídios, antidumping, valoração aduaneira, licenças de importação, compras governamentais, comércio de aeronaves, acordo sobre carne bovina e acordo sobre produtos lácteos³¹⁵.

Ocorre que, o GATT atuava como uma organização fosse apesar de não se ter um acordo que institucionalizava uma organização internacional, faltando-lhe juridicidade³¹⁶, o que só seria alcançado muitos anos mais tarde³¹⁷. Além disso, “no início da década de 80,

³¹³ As rodadas de negociação no seio do GATT foram divididas em três etapas. A primeira, chamada de etapa provisional, abrangeu as três primeiras rodadas: Genebra em 1947, Annecy em 1949 e Torquay em 1950-51. Característica da etapa provisional: o número de Estados-membros aumentou consideravelmente, foram negociadas reduções tarifárias “país-a-país” e “produto-a-produto”, concessão de *waivers* a países externos ao grupo dos subdesenvolvidos, maior liberdade aos produtos agropecuários, em razão da crise de abastecimento do pós-guerra, especialmente na Europa e no Japão. Segunda etapa chamada de etapa do desenvolvimento durou 1955-70 e compreendeu as seguintes rodadas: Genebra, Dillon, Kennedy. Maiores reduções tarifárias foram negociadas, discussões sobre o impacto da Comunidade Europeia, inclusão nas negociações dos produtos agrícolas, questão das barreiras não tarifárias, como o caso dos direitos antidumping e a necessidade de cláusulas de não reciprocidade em relação aos países subdesenvolvidos. A etapa da maturidade alcançou a rodada de Tóquio até o início da Rodada do Uruguai. ROCHA, Flavia do Valle. O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento. Dissertação (Mestrado em Direito International e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 24. “Após cinco décadas de negociações – das quais a última etapa, a denominada *Rodada do Uruguai*, estendeu-se de 1986 a 1993, culminando com a assinatura da Ata Final, em Marraqueche, em 15.04.1994- deu origem à Organização Mundial do Comércio, inicialmente constituída por 125 Membros, e que passou a ter personalidade jurídica de organização internacional a partir de 01.01.1995” CRETELLA NETO, Jose. Le Mercosul est Mort! Vvie l’Alca!!!: uma visão do futuro comercial brasileiro com base na experiência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito Internacional e da Integração. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2003, p. 477-478.

³¹⁴ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 24.

³¹⁵ THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 30.

³¹⁶ “High government officials even today sometimes say that the GATT is not a “binding” treaty obligation, because of its strange origins”. JACKSON, John H. GATT and the Future of international Trade Institutions. Brooklyn Journal of International Law, v. XVIII, 1992, p. 15.

³¹⁷ Interessante notar observação feita por José Cretella Neto que explica que o GATT, apesar de ser um tratado internacional, funcionava como uma organização fosse, uma vez que a OIC não havia logrado êxito.

generalizou-se o temor de que o avanço do protecionismo poderia solapar os benefícios que o sistema multilateral do comércio havia alcançado”³¹⁸.

A Rodada do Uruguai (1986-1994) nasceu com o objetivo de diminuir os riscos das ações unilaterais dos Estados e meios comerciais aplicados de forma protecionista. No entanto, esta rodada configurou-se, por sua vez, como a mais ambiciosa e douradora, trazendo negociações complexas ao GATT com o objetivo de discutir assuntos nos campos de setores anteriormente excluídos como o têxtil e agricultura³¹⁹.

Welber Barral ressalta que as negociações nesta rodada não tinham a intenção de alcançar temas tão ambiciosos³²⁰. No entanto, os temas foram sendo incorporados à pauta de negociação e enfrentaram diversas dificuldades durando a rodada, que durou o dobro do tempo inicialmente imaginado³²¹. A partir da Rodada do Uruguai nasceu a Organização Mundial do Comércio, cujo marco se deu com a assinatura dos Acordos de Marraqueche, no Marrocos.

Sobre a Rodada do Uruguai, esclarece Lucas Lehfeld que os resultados que a Rodada do Uruguai alcançaram tanto um sistema de solução de controvérsias mais solidificado, como também, estenderam o acesso ao sistema multilateral do comércio por outros parceiros, pequenos e médios³²².

CRETELLA NETO, Jose. Le Mercosul est Mort! Vvive l'Alca!!!: uma visão do futuro comercial brasileiro com base na experiência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito Internacional e da Integração. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2003, p. 477.

³¹⁸ AMARAL JUNIOR, Alberto do. A Solução de Controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008, p. 50.

³¹⁹ Entre os principais temas negociados na Rodada do Uruguai e listados por Vera Thorstensen verificam-se os seguintes: criação da OMC, rebaixamento tarifário para produtos industriais e para produtos agrícolas, introdução de novos setores para o quadro do GATT e liberalização dos mesmos (agricultura, têxteis, serviços, propriedade intelectual), reforço das regras do GATT em determinados temas (anti-dumping, subsídios, salvaguardas, regras de origem, etc), entre outros temas. THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 31.

³²⁰ BARRAL, Welber (Org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 14

³²¹ “*These negotiations have faced great difficulty. At the launch, the Punta Declaration manifested great ambition for the negotiation, with some major new areas to be discussed, including trade in services (as vast and important as all the trade in goods covered by GATT), intellectual property, trade-related investment measures, and a number of items for strengthening some of the defects in the current GATT system. The most important of these latter items was yet another attempt to address the perplexing problem of trade in agricultural goods, as well as subsidies and dispute settlement.*” JACKSON, John H. GATT and the Future of international Trade Institutions. Brooklyn Journal of International Law. v. XVIII, 1992, p. 11.

³²² LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.) . Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 85.

2.1.2 O universo do multilateralismo do comércio internacional que se exprime na Organização Mundial do Comércio

Com a criação da OMC, incorporou-se o GATT de 1947 e alguns dos seus objetivos essenciais foram preservados, entretanto, novos temas passaram a fazer parte da agenda³²³. A diferença entre o GATT e a OMC consiste no fato de que esta última é um instrumento real e eficaz, uma organização que zela pela liberalização dos mercados comerciais, compreendendo mais esferas do que o mero comércio de mercadorias, como fazia o GATT³²⁴ e a redução das ações unilaterais.

O GATT tinha apenas um único órgão, uma pequena secretaria, sem um instrumento efetivo que pudesse solucionar as controvérsias nascidas da violação das suas próprias regras. Vale dizer que o acordo jamais teve a habilidade de impedir as práticas protecionistas dos países membros, especialmente, de países desenvolvidos, como os Estados- Unidos. A exigência de unanimidade para tornar efetiva uma decisão do painel do GATT tornou este um instrumento sem coercibilidade, uma vez que um único país poderia bloquear a aprovação do relatório do painel³²⁵.

Com o passar do tempo e decorrer das negociações, os Estados-partes sentiram necessidade de ir além das negociações de redução de barreiras tarifárias e, assim, abranger temas que necessitavam proteção na atualidade como os investimentos. Tratava-se de consagrar a aplicação dos acordos multilaterais, proceder com o exame das políticas comerciais e solucionar controvérsias, bem como, representava o fim no modelo bipolar

³²³ PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.) Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. ix. Nesse sentido “a OMC exprime, ao mesmo tempo, continuidade e ruptura em relação ao GATT. A continuidade é perceptível na adoção pela OMC dos princípios que nortearam a atuação do GATT e no acolhimento dos acordos de liberalização comercial negociados durante as antigas rodadas. A ruptura, por outro lado, ocorre quando a disciplina criada pelo GATT se revela insuficiente para responder de forma adequada às tensões provocadas pela globalização da economia. O aparato normativo e institucional existente não se ajustava à nova necessidade de regulação estimulada pela aceleração da interdependência e interpenetração dos mercados.” AMARAL JUNIOR, Alberto do. A Solução de Controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51.

³²⁴ “*La différence avec le GATT consiste en un réel et efficace instrument d’encadrement et d’accompagnement de la mondialisation des échanges marchands. Il s’agit de faire appliquer les accords multilatéraux, de procéder à l’examen des politiques commerciales et de régler les différends. (...) L’OMC se présente en substance comme un vecteur d’ouverture des marchés internationaux (et nationaux) et, parallèlement, apparaît récemment comme un frein contre un libéralisme trop brutal, source d’inégalités entre nations*”. RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice. Droit du Commerce International. Dalloz : Paris, 2007, p. 27.

³²⁵ ROCHA, Flavia do Valle. O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 27-28.

das relações internacionais³²⁶. A OMC simboliza um mecanismo de abertura dos mercados domésticos ao sistema liberal internacional e, ao mesmo tempo, um freio contra o liberalismo demasiadamente brutal, fonte de desigualdades entre nações.

No âmbito da OMC, as relações comerciais são reguladas por um sistema chamado “rule oriented”³²⁷, deixando a imposição unilateral de lado e passando a se consagrar como um sistema de regras claras, pré-definidas e princípios internacionalmente aceitos³²⁸. Com o multilateralismo, todos deveriam ganhar com o comércio e este seria uma forma de transformação social. A OMC resulta de um novo modelo de relações comerciais em um ambiente caracterizado pela multiplicação de acordos regionais de comércio e integração, em que o multilateralismo precisava vencer o regionalismo e bilateralismo do investimento³²⁹.

³²⁶ “A criação da OMC, em 1995, foi o resultado de uma negociação marcada por alguns fatores determinantes do atual cenário internacional. Dentre eles, o fim do modelo bipolar das relações interacionais e a sua substituição por um modelo multipolar, a nova reorganização econômica dos países em acordos regionais de comércio, o papel das empresas transnacionais no comércio internacional, e o fim das fronteiras entre as políticas internas e de comércio interacional derivado do fenômeno da globalização. Tais fatores são importantes elementos na análise da criação da OMC no contexto internacional.” THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 21-22.

³²⁷ “*the cooperative mechanism must include a rule-oriented system with treaty rules that are reasonably effective. This is partly because an international institution has a vague, very meager menu from which to draw governmental actions that can supply remedies to market failure*”. JACKSON, John H. The Perils of Globalization and the World Trading System. Fordham International Law Journal, v. 24, 2000-2001, p. 376.

³²⁸ ROCHA, Flavia do Valle. O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento. 2006. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 25.

³²⁹ Para uma visão crítica da globalização e suas consequências, assim como, crítica às organizações internacionais do Bretton Woods, ver Dani Rodrik e Joseph Stiglitz. Este último, economista americano, Foi presidente do Conselho de Assesores Econômicos e economista chefe do Banco Mundial. Através da sua experiência no Banco Mundial, Stiglitz critica a liberalização do comércio e a atuação do FMI, acusando de que os financiamentos desta instituição não contribuem para o desenvolvimento e crescimento dos mercados dos países em desenvolvimento como alegam ser sua função. O autor alega que esta organização, muitas vezes, influenciam países pobres a abrir seus mercados ao comércio externo sem possuir instituições estáveis e democráticas com a capacidade de proteger seus produtores e consumidores locais. “*After the 1997 Asian crisis, IMF policies exacerbated the crises in Indonesia and Thailand. Free market reforms in Latin America have had one or two successes- Chile is repeatedly cited - but much of the rest of the continent has still to make up for the lost decade of growth following the so-called successful IMF bailouts of the early 1980s, and many today have persistently high rates of unemployment in Argentina, for instance, at double-digit levels since 1995- even as inflation has been brought down. The collapse in Argentina in 2001 is one of the most recent of a series of failures over the past few years.*” STIGLITZ, Joseph E. Globalization and its Discontents. New York: W.W. Norton & Company, Inc, 2002, p. 18.

Os acordos da OMC são regidos pelo princípio do compromisso único chamado “single undertaking”³³⁰, cuja adesão deve ser realizada em um único bloco. Significa dizer que os membros não podem selecionar os textos a que desejam aderir, uma vez que estão vinculados entre si num só conjunto, com exceção aos acordos plurilaterais, que não são objeto de adesão obrigatória. Com isso, há uma prevenção quanto à realização de acordos geométricos, isto é, variáveis segundo os interesses de cada Estado.

Ressalta-se, por oportuno, que “a ordem jurídica da OMC não impõe aos seus Membros um direito uniforme e muito menos supranacional. Trata-se, isso sim, de regras e princípios básicos comuns a todos os Membros, que devem nortear suas condutas”³³¹. Com a adesão do Estado ao sistema da OMC, os particulares não passam a ter direitos que possam exigir diretamente com fulcro precípua nas regras da OMC, uma vez que estes sujeitos dependem do Estado para exigir o cumprimento das regras multilaterais por aquele violador das mesmas. No caso em que as regras da OMC são internalizadas no ordenamento jurídico do Estado-membro, os particulares passarão a se caracterizarem como sujeitos de direitos e obrigações dentro do âmbito jurídico daquele Estado³³².

Nas palavras de Alberto do Amaral Junior “A OMC forma um sistema de regras, com lógica própria e princípios específicos, que regula a interdependência e permite as operações econômicas no mundo globalizado”³³³. As principais funções da OMC consistem em (i) administrar seus acordos; (ii) solucionar controvérsias comerciais entre os Estados Membros; (iii) supervisionar políticas comerciais nacionais; (iv) servir de foro para negociações de comércio e, (v) cooperar com outras organizações internacionais³³⁴, além de promover o pleno emprego, aumentar o padrão de vida³³⁵.

³³⁰ LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.) . Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 86.

³³¹ PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.) Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. x.

³³² “Por conseguinte, pode-se dizer que, de modo geral, tais regras e princípios não possuem efeito direto na ordem jurídica interna de seus Membros, não gerando, portanto, direitos para os particulares, a menos que sejam implementadas por ato interno próprio”. PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.) Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. x.

³³³ AMARAL JUNIOR, Alberto do. A Solução de Controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51.

³³⁴ THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 12; 43.

³³⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 89.

Vale dizer que os objetivos principais da OMC são estabelecidos nos considerandos do Acordo de Marraqueche, como o aumento da qualidade de vida, pleno emprego, crescimento da renda, expansão do comércio em manufaturados e serviços, utilização consciente dos recursos naturais, sempre assegurando o desenvolvimento econômico³³⁶.

Vera Thorstensen afirma que a OMC é uma “organização encarregada de supervisionar o comércio internacional e implementar os acordos negociados nas rodadas multilaterais, além de coordenar a negociação de novas regras”³³⁷. Além disso, a OMC é um centro solucionador de controvérsias entre os Estados-membros. Não se compara a um tipo de organização como um parlamento, uma vez que consiste em um instrumento dos próprios governos, através do qual eles tomam decisões em conjunto³³⁸. Sobre a finalidade da OMC, Ana Cristina Paulo Pereira afirma que se busca certa homogeneização da atuação dos Estados-membros no âmbito do comércio internacional, sempre objetivando um ambiente favorável ao crescimento econômico, através da segurança jurídica aos investimentos privados³³⁹.

Os acordos do GATT, incorporados à OMC, preveem princípios estruturais que fazem parte do seu arcabouço jurídico e devem ser respeitados por todos os Estados-membros da OMC. Os princípios que determinam a não-discriminação são divididos em princípio da cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional³⁴⁰. Além disso, a

³³⁶ “*Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development*”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMERCIO. Texto do Acordo de Marraqueche. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm>. Acesso em 30 mar.2014.

³³⁷ “A Organização se constitui como um foro para a continuação do processo de negociações na área do comércio, visando sempre uma maior liberalização do comércio de bens e serviços, além de um foro para a discussão de temas relacionados ao comércio, como meio ambiente investimentos, concorrência, facilitação de comércio, comércio eletrônico e cláusulas sociais”. THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras,1999, p. 11; 41.

³³⁸ LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. World Trade Law: Text, Materials, and Commentary. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 55.

³³⁹ PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.) Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. x.

³⁴⁰ ROCHA, Flavia do Valle. O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento. 2006. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito International e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006, p. 26.

OMC visa a liberalização do comércio internacional com redução de barreiras tarifárias e não tarifárias.

Vera Thorstensen ressalta algumas regras básicas estabelecidas no GATT de 1947, muito importante para se compreender a estrutura do comércio internacional³⁴¹: (i) tratamento da nação mais favorecida, configurando o caráter multilateral do GATT, o qual estabelece que qualquer vantagem, privilégio ou imunidade que sejam concedidos a um Estado-membro, deverá ser concedido no mesmo grau a outro Estado-membro; (ii) lista de concessões, em que são discriminados os produtos e as tarifas máximas a serem adotadas no comércio internacional; (iii) tratamento nacional, que determina que o tratamento dispensado aos produtos estrangeiros não deve sofrer discriminação em relação aos produtos nacionais, quando eles entram no território do Estado membro; (iv) a transparência ou previsibilidade, em que se impõe aos membros o dever de informar, de forma ampla, o conteúdo da política comercial local adotada³⁴².

Além dessas regras, também se verificam outros princípios norteadores das relações comerciais no seio da OMC como o tratamento especial para os países em desenvolvimento, os quais devem contar com condições mais favoráveis de acesso a mercados, além de não se exigir reciprocidade nas negociações³⁴³. Ademais, estabelecem-se regras como a concorrência leal, que objetivam possibilitar o Estado se defender de medidas de concorrência desleais que prejudiquem o comércio ou sua produção interna, ou, ainda, medidas compensatórias como medidas antidumping e medidas de salvaguarda.

A importância de um sistema multilateral de comércio estruturado, solidificado e presente no cenário internacional, apresenta resultados positivos não somente para os Estados-membros desse sistema. Como bem ressalta John H. Jackson, através de um sistema de solução de controvérsias bem elaborado como aquele formado no âmbito da

³⁴¹ THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 11-12.

³⁴² “O princípio da transparência impõe aos membros da OMC a obrigação de notificar as medidas internas que têm impacto no comércio internacional. Na tradição que inspirou a formação da esfera pública moderna, baseada na ampla circulação de informações, o dever de notificar permite saber se os Estados cumprem as suas obrigações e se as políticas adotadas guardam coerência com as regras da OMC. A descoberta de possíveis incongruências oferece ao órgão encarregado de receber a notificação a oportunidade de recomendar alterações na medida comunicada, e se esta vier a persistir, o membro interessado poderá acionar o Órgão de Solução de Controvérsias”. AMARAL JUNIOR, Alberto do. A Solução de Controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008, p. 53.

³⁴³ “*there are many provisions in the WTO Agreement that provide for ‘special and differential’ treatment for developing countries. Not all of the provisions actually use these exact terms, but the common thread is that they offer looser rules for these countries*”. LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. World Trade Law: Text, Materials, and Commentary. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 822.

OMC, empresas transnacionais passaram a pensar de forma estratégica e ampla com foco nas decisões dos painéis apresentadas no seio da OMC. O motivo para essa mudança de estratégia está relacionado à visão de longo prazo que esses atores internacionais passaram a levar em consideração. Como exemplo da nova estratégia das empresas transnacionais encontram-se a identificação de futuros impostos ou isenções que podem vir a ter consequências na rotina dessas empresas, bem como as práticas discriminatórias realizadas em determinados países, os efeitos dos subsídios praticados por governos, entre outras medidas³⁴⁴.

Para ilustrar a força das empresas e sua relação com a OMC, deve-se atentar para a participação do setor privado brasileiro mais ativamente nas negociações da Rodada de Doha. O setor privado brasileiro passou a influenciar o governo para que participasse das negociações de duas formas: a atuação brasileira passou a contar com diversos representantes de vários ministérios e o setor privado passou a desenvolver uma relação estreita com o governo para direcionar o seu posicionamento³⁴⁵.

Vera Thorstensen descreve muito bem a relação entre empresas transnacionais e o sistema multilateral do comércio, fazendo com que seus interesses sejam considerados nas negociações através da interação direta com seus governos e acompanhamento das rodadas. A autora afirma que “é marcante a presença sempre constante dos interesses das grandes transnacionais dos setores de bens e serviços nos inúmeros seminários e congressos que discutem os principais temas dessas negociações” e as rodadas anteriores à Rodada de Doha sempre contaram com a participação dessas empresas transnacionais como forma de pressionar os governos locais a alcançar os objetivos dessas empresas³⁴⁶.

No entanto, algumas críticas ao sistema da OMC devem ser aqui colocadas, uma vez que muitos Estados-membros se manifestam em desacordo com o mecanismo atual de

³⁴⁴ JACKSON, John H. The Role of International Trade Law in Trade. *Georgetown Journal of International Trade*. v. 36, 2004-2005, p. 664.

³⁴⁵ “diversas associações, sindicatos, institutos e federações passaram a atuar junto ao governo para que as propostas fossem coordenadas da melhor maneira possível. Por sua representatividade e importância no cenário econômico nacional, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) acreditava que sua participação era fundamental para que o governo brasileiro pudesse garantir um resultado equilibrado ao longo das negociações”. LEMBO, Carolina; PIMENTA JR., José Luiz. *Interesses e agendas: o setor privado e a regulação do comércio internacional*. v.9, nº 5. Genebra, Suíça: International Centre for Trade and Sustainable Development. 2013. Disponível em: <<http://ictsd.org/downloads/pontes/pontes9-5.pdf>>. Acesso em 20 abr.2014.

³⁴⁶ THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina; BAPTISTA, Adriane Nakagawa. *Sistemas de Regulação Do Comércio Internacional em Confronto: o marco dos estados e o marco das transnacionais*. *Revista Política Externa*, v. 21, nº 4, abr/jun 2013, p. 9.

negociações. Como exemplo dessa insatisfação, podemos citar a discussão sobre inclusão de temas que não sejam especificamente tarifários e venham a exigir aberturas econômicas mais sensíveis dos países em desenvolvimento.

2.1.3 Novos desafios do Sistema Multilateral do Comércio - A Rodada de Doha

Assim, apesar da criação da OMC, o balanço das concessões e benefícios obtidos pelos países menos ricos na Rodada do Uruguai não foi considerado satisfatório, segundo estes últimos. À época do fim da Rodada do Uruguai, diversas críticas foram feitas com relação ao resultado efetivo das negociações, em particular, para os países em desenvolvimento. As negociações do eixo Norte-Sul no campo da agricultura, têxteis e vestuário, poderiam ter alcançado resultados mais favoráveis aos países menos desenvolvidos. Isto porque, segundo Michael Finger e Julio Nogues, os países do Sul fizeram concessões benéficas para os países do Norte que, no entanto, custarão caro para o Sul³⁴⁷.

A última e nona rodada - Rodada de Doha - tiveram as negociações iniciadas em 2001 e foi lançada com o objetivo fundamental de alcançar maior inserção dos países em desenvolvimento no sistema multilateral do comércio. A pauta para discussões abrangia temas como (i) novas soluções para o acesso dos países em desenvolvimento a mercados internacionais; (ii) regras mais balanceadas entre países desenvolvidos e menos desenvolvidos; (iii) assistência técnica contínua e financeiramente sustentável; (iv) necessidade de programas de capacitação efetiva para o desenvolvimento das economias mais frágeis, assim como, (v) debates sobre subsídios agrícolas. Segundo Welber Barral, novos temas foram incluídos no âmbito dos debates da OMC, como “regras sobre investimentos, concorrência, meio ambiente e compras governamentais. Os países pobres

³⁴⁷ “By mercantilist economics, the North-South bargain of agriculture, textiles and clothing for new areas, might have turned out to be a fair bargain, export dollar for export dollar. By real economics it had no chance to turn out fair. What the North gave up was, in real economics, of benefit to the North as well as to the South. This is the familiar GATT politics of using an international commitment to achieve useful but politically unpopular domestic reforms. What the South gave up was a benefit to the North but in many cases a cost to the South. This is the politics of imperialism, of extracting from a less powerful party. On merchandise trade, the North— even if we include the yet-to-be-delivered elimination of MFA quotas – made “concessions” less than those of the South. The concessions the North gained (the South gave) in the new areas were entirely unrequited.” FINGER, J. Michael, NOGUÉS, Julio J., *The unbalanced Uruguay Round outcome: the new areas in future WTO negotiations*. Policy Research Working Paper Series 2732, The World Bank, 2001. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/wpa/wuwpit/0502010.html>>. Acesso em 07 set.2013. p. 12.

conseguiram também a inclusão do debate sobre comércio e dívida externa, e sobre comércio e transferência de tecnologia³⁴⁸.

O objetivo da Rodada de Doha consistia em alcançar uma reforma consistente no sistema de comércio internacional, através da introdução de barreiras tarifárias mais baixas, além de uma revisão completa de regras sobre o comércio internacional. O programa cobria vinte áreas de comércio, sendo conhecido como Agenda do Desenvolvimento de Doha, dado que seu objetivo fundamental era proporcionar melhorias nas condições dos países em desenvolvimento³⁴⁹.

A Rodada de Doha tinha, também, o objetivo de reduzir a ausência de equilíbrio que se verificou nas rodadas anteriores, assim como, oferecer aos países em desenvolvimento uma perspectiva mais clara de negociações em que nunca tiveram oportunidade de participar³⁵⁰.

Inicialmente, os países mais poderosos, como os EUA e os países membros da União Europeia tinham mais interesse na promoção dessa nova rodada de negociações. Atualmente, é possível afirmar que esse interesse se inverteu - os países em desenvolvimento passaram a ser os maiores interessados nos resultados da Rodada de Doha.

Diante das dificuldades de negociações entre os Estados-membros da OMC, inúmeros prazos da Rodada de Doha foram descumpridos. A falta de consenso vem demonstrando as dificuldades pelas quais o sistema multilateral do comércio internacional vem enfrentando, o que gera um sentimento de frustração generalizado entre os Estados-membros. Apesar do alcance e força que o multilateralismo do comércio mundial adquiriu como impulsionador do desenvolvimento e crescimento dos seus Estados-membros, a Rodada de Doha se demonstrou um impasse ao avanço do próprio sistema da OMC³⁵¹.

³⁴⁸ BARRAL, Welber (Org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 21.

³⁴⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. The Doha Round. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm>. Acesso em 20 abr.2014.

³⁵⁰ Declaração Ministerial em Doha. 2001. (WT/MIN(01)/DEC/1) Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm>. Acesso em 07 set.2013.

³⁵¹ Em virtude desse panorama internacional, o novo Diretor-Geral da OMC assumiu sua posição em setembro de 2013 com uma das suas missões a tentativa de alcançar consenso da Rodada de Doha. A tentativa de fazer com que os Estados-Membros OMC conversem, cooperem e trabalhem juntos para alcançar instrumentos comuns benéficos para todos os países. Mensagem do Diretor Geral Roberto Azevêdo ao assumir em 01.09.2013. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/dg_e/dg_e.htm>. Acesso em 07 set.2013.

2.2 Empresas Transnacionais

2.2.1 Globalização e panorama internacional das empresas transnacionais

Com a globalização, internacionalização da economia, expansão do comércio internacional, mobilidade de pessoas, transferências de tecnologia e ampliação da capacidade de investimento estrangeiro, deve-se dizer que o número de conflitos que exige a aplicação das regras do direito internacional privado cresceu consideravelmente³⁵². Isto porque, a globalização fomenta as relações com elementos estrangeiros, crescendo a necessidade de se dirimir os conflitos através das regras de conflito de normas.

A cultura pós-moderna é formada por elementos do passado através de uma escolha consciente, consagrando quatro elementos que exprimem simultaneamente os valores que desempenham um papel fundamental nesse fenômeno: (i) pluralismo; (ii) comunicação; (iii) narração; (iv) retorno dos sentimentos³⁵³. A civilização pós-moderna é caracterizada por um pluralismo de estilos e valores antes desconhecidos. O princípio da igualdade e diferença, exigem que as situações distintas sejam tratadas diferentemente e sejam fundamentos do direito à diferença – nas palavras de Erik Jayme “*le droit à difference*” – é o que caracteriza a cultura pós-moderna, especialmente, no tocante ao direito à identidade cultural³⁵⁴.

³⁵² Sobre o Direito Internacional Privado e globalização, ver JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Cláudia Lima (organizadoras). O novo Direito Internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.2-15; JESSUP, Philip. Direito Transnacional. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v. 1, n. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1516>>. Acesso em: 04 mar. 2014. “The term “globalization” came into popular usage in the second half of the 1980s in connection with the huge surge of foreign direct investment (FDI) by multinational corporations.” GILPIN, Robert. Global Political Economy: Understanding the International Economic Order. Princeton University Press, 2001, p.7.

³⁵³ JAYME, Erick. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne: Cours général de droit international privé. Recueil des Cours, v. 251. Haia: Martinus Nijhoff, 1995, p. 246-247.

³⁵⁴ JAYME, Erick. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne: Cours général de droit international privé. Recueil des Cours, v. 251. Haia: Martinus Nijhoff. 1995.p. 251. Sobre o poder e função da identidade cultural, ver JAYME, Erick. Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht. In: JAYME, Erick (Hrsg.). Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht. C.F. Müller Wissenschaft, 2003, p.9-11.

É nesse espírito de pós-modernidade, que se verifica “a substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de acumulação de bens não materiais, de desemprego”³⁵⁵.

Assim, é possível verificar as consequências desse fenômeno na sociedade atual, evidenciando uma sociedade interconectada, com a expansão do capital de empresas por territórios afins, como salienta Cláudia Lima Marques³⁵⁶.

A globalização se mostrou um fator propulsor de diversas mudanças na forma de como analisar a regulação das transnacionais, como alcançar meios mais eficientes no âmbito do direito do processo internacional para verificar a atuação dos atores no plano internacional. É vista como forma de aproximação de culturas diversas, “é traduzida pela aproximação de culturas legais internacionais. Tal aproximação harmoniza as legislações nacionais, mas pode, em nível mais adiantado, até mesmo as unificar”³⁵⁷.

Todavia, esse fenômeno não consiste em um processo linear, conforme explica Vicente Barretto, mas se desenvolve através de um “fenômeno multidimensional”, se caracterizando como complexo e sofisticado³⁵⁸.

A globalização pode ser definida como uma série de transformações ocorridas nos últimos anos, “resultado de um complexo de fatos históricos, políticos, tecnológicos econômicos e científicos, que transpassam fronteiras e aproximam as distâncias, desenvolvendo, por isso, um sentimento global de cosmopolitismos entre os povos”³⁵⁹.

³⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 322, nota de rodapé n° 15.

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 326.

³⁵⁷ MOROSINI, Fabio. Globalização e Novas Tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre Público e Privado da Cláusula de Estabilização. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 550.

³⁵⁸ BARRETTO, Vincente de Paulo. Globalização, direito cosmopolítico e direitos humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.943.

³⁵⁹ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.961.

José Cretella Neto prefere definir a globalização a partir de uma definição operacional, que constitui “um processo de estruturação ligado à mundialização, que amplia o movimento de integração dos mercados a novos domínios, coordena, a partir de um ou mais centros de decisão, as atividades econômicas, os mercados e os diversos sistemas jurídicos nacionais”³⁶⁰.

Para alguns, a globalização já existe desde a época em que se traficava escravos da África para as plantações de algodão norte-americanas e para as plantações de cana-de-açúcar na América do Sul e regiões caribenhas. Ou, ainda, já existia quando Karl Marx e Friedrich Engels, em uma perspectiva filosófica-política concreta, chamavam os proletários a se unirem 150 anos atrás. Na versão da virada do milênio, no entanto, é um fenômeno quantitativa e qualitativamente diferente ao que havia existido antes. Isto se dá em função do impacto sobre a internacionalização que tem o desenvolvimento impressionante das tecnologias, conforme ressalta Diego Arroyo³⁶¹. Embora tenha se desencadeado na década de 1990, tem sido crescente e está em “contínua aceleração”. Esse processo permitiu um aumento das relações entre indivíduos, atores do setor privado, Estados, organizações em diversos campos como o social, político, econômico, comercial, científico, cultural e tecnológico³⁶².

Diego Arroyo apresenta características essenciais da globalização como (i) a tendência de se expandir mundialmente; (ii) o alcance parcial, uma vez que os impactos da globalização não alcançam todas as regiões; (iii) estabilidade no tempo, no sentido de que o processo não sofreu retrocessos significativos; (iv) caráter predominantemente econômico, suas consequências são sentidas até nos âmbitos da cultura e do direito; (v) predominância dos atores transnacionais e a consequente limitação do papel dos atores estatais; (vi) incapacidade para homogeneizar totalmente a diversidade cultural, político-institucional e de valores existentes no mundo contemporâneo³⁶³.

³⁶⁰ CRETELLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12.

³⁶¹ ARROYO, Diego P. Fernández. *El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI*. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.90-93.

³⁶² MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.969.

³⁶³ ARROYO, Diego P. Fernández. *El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI*. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.91.

A abordagem da autora Marilda Rosado representa perfeitamente esse fenômeno: “a internacionalização crescente do nosso cotidiano, bem como a crescente interdependência entre os países, conduziu a novos padrões e relações internacionais, tanto na esfera privada quanto na comercial”³⁶⁴.

Celso Lafer se manifesta exatamente nesse sentido, correlacionando a globalização à formação e atuação crescente das empresas transnacionais: “o mundo do comércio vem se expandindo em virtude do processo de internacionalização das economias nacionais”³⁶⁵. Com isso, a empresa transnacional surgiu, o que correspondeu a uma mudança de paradigma no comércio internacional, o qual se baseava “na ideia dicotômica da imobilidade relativa dos fatores (de produção) em contraste com a mobilidade dos bens. Enquanto isso, a empresa multinacional representa não a exportação de produtos, mas de fatores de produção”³⁶⁶.

Como fenômenos da globalização e declínio do processo nacionalista dos Estados, fortalecido pelo movimento formado pós-Segunda Guerra Mundial, as empresas transnacionais surgem com uma nova estrutura jurídica. Trata-se de um fenômeno que não é novo para o cenário internacional, dado que existiram instituições que se assemelhavam ao dessas empresas nos séculos anteriores, mas a primeira denominação de empresa ‘multinacional’ data da própria década de 1960³⁶⁷, época em que se verificou um aumento

³⁶⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Joint ventures internacionais. In: MARQUES, Cláudia Lima ; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). O novo direito internacional Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 423. Sobre uma crítica ao fenômeno da globalização: “A globalização traz uma tendência de fragmentação territorial, segregando áreas, cidades e regiões ricas e modernizadas daquelas que vão se tornando cada vez mais pobres e incapazes de acompanhar um mundo marcado, entre outros aspectos, pelo crescente poder da mídia internacional. Isto atinge diretamente o Estado nacional, que pode assistir ao surgimento de forças centrífugas que põem em risco sua integridade.” PEREIRA, João Eduardo de Alves. Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 872-873.

³⁶⁵ LAFER, Celso. Empresas Transnacionais. Revista de Direito Público. v. 22, n. 89, 1989, p. 242. Nesse sentido Lester, Mercurio e Davies: “‘Globalisation’ is an often spoken but seldom defined term used by many to describe the growing inter-connectedness of the world. This inter-connectedness, of course, includes but is not limited to trade”. LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. World Trade Law: Text, Materials, and Commentary. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 4.

³⁶⁶ Brillhante assertiva de Arnoldo Wald em seu artigo da década de 1970 que representa a evolução do comércio internacional a partir da empresa multinacional. Ele apresenta, também, o medo e receio dos Estados que não tinham estrutura administrativa adequada para conter o poder dessas entidades em corromper o poder político, diante da significativa capacidade financeira dessas entidades. WALD, Arnold. O Brasil e as multinacionais. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 160.

³⁶⁷ O uso do termo “multinacional” em relação a empresas é atribuído a David E. Lilienthal em 1960, definindo multinacional como uma empresa que tem sua nacionalidade em um país, mas também opera sob as leis e costumes de outros países. O critério adotado por Lilienthal procura realçar o número de empresas

significativo no número de empresas transnacionais que, através de suas subsidiárias e filiais, permeiam os polos econômicos de inúmeros países, em especial, os menos desenvolvidos, aumentando o volume de investimento realizado em território estrangeiro.

José Cretella Neto observa que o fenômeno das sociedades mercantis operando em diversos países não é recente, nem novidade no cenário internacional. O autor faz importante recapitulação histórica, a qual parte dos banqueiros fenícios e romanos³⁶⁸,

que uma companhia opera. FIELDHOUSE, David Kenneth. *The Multinational: a critique of a concept*. In: Teichova, Alice et al (eds.) *Multinational Enterprise in Historical Perspective*. Cambridge University Press, 1986, p. 9. José Carlos Magalhães afirma, na década de 1970, que o fenômeno da empresa multinacional é recente, ver MAGALHAES, Jose Carlos. *Empresa multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo*. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 167. Peter Muchlinski afirma que o termo trazido por David Lilienthal está fundamentado por se tratar da sua fundamentação nos exemplos Royal Dutch Shell e Unilever. MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises and the Law*, 2. ed. Oxford: Oxford, 2007, p. 5. Celso Mello afirma que especialmente após a década de 1960, essas empresas começaram a atuar no âmbito internacional e afirma que a utilização do termo ‘multinacional’ tinha fins políticos, uma vez que 85% das empresas eram de origem norte-americana. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 103 e 105. Ver FIELDHOUSE, David Kenneth. *The Multinational: a critique of a concept*. In: Teichova, Alice et al (eds.) *Multinational Enterprise in Historical Perspective*. Cambridge University Press. 1986. p. 9. Impende esclarecer que o tipo de entidade que se busca abordar neste trabalho também é descrito como multinacional, empresa, corporação nos textos da década de 1970. Inicialmente, alguns autores utilizavam o termo ‘multinacional’ e, posteriormente, a doutrina consagrou o termo ‘transnacional’ como mais adequado, entendendo que evidenciava o caráter dessa entidade que estava presente em diversos países. Sobre a terminologia adotada ‘transnacional’, Luis Olavo Baptista explica que “essa conceituação afasta a confusão entre as verdadeiras sociedades internacionais e as transnacionais, as primeiras oriundas de tratados ou acordos entre países submetidas ao Direito Internacional Público, as últimas, criaturas dos conceitos administrativos, econômicos e jurídicos no plano privado”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 18. Vale mencionar, o termo ‘transnacional’ foi consagrado pela ONU e seus órgãos, assim como, pela OCDE. “It is because of the national character of its constituent parts that the United Nations prefers the term transnational corporation (TNC) to multinational enterprises.” *Revisão Internacional do Direito Internacional do Comércio*, Detlev F. *Corporate Actors in the Transnational Business Environment*. In: VAGTS, Detlev F.; DODGE, William S.; KOH Harold H. *Transnational Business Problems*. Foundation Press, 2008, p. 189. Ressalta Marilda Rosado que, apesar de o termo “transnacional” ter sido consagrado pela ONU e OCDE, ainda existe divergência na doutrina sobre a utilização dessa terminologia. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 465. Optou-se pela terminologia ‘transnacional’ considerando-a mais atualizada e adequada para o fenômeno que se trata. Em primeiro lugar, a utilização do termo transnacional seria mais adequado, pois o termo ‘multinacional’ poderia dar o sentido de múltiplas nacionalidades. Em segundo lugar, deve-se diferenciar as sociedades internacionais das transnacionais, enquanto as primeiras derivam de tratados ou acordos internacionais, as segundas surgem do direito privado.

³⁶⁸ “banqueiros fenícios e romanos enviavam títulos e valores por terra e mar, atravessando fronteiras, e as companhias marítimas das cidades italianas medievais (como Gênova e Veneza), bem como aquelas situadas nos portos do Mar do Norte (Hamburgo, Lübeck, Bremen) e do Mar Báltico também o faziam, embora os primeiros exemplos de empresas ‘multinacionais’, dotadas de alguns dos traços que ainda hoje possuem, somente possam ser localizados na Idade Moderna. Com efeito, como parte da expansão ultramarina da Holanda, da Grã-Bretanha e da França, a partir do início do século XVII, os europeus do Norte começaram a estabelecer colônias nas Américas e a se relacionar comercialmente com o Oriente (...) Historicamente, registra-se a pioneira criação, em 1600, da Companhia das Índias Inglesas, estabelecida e sediada em Londres, destinada a comerciar com os países do Oceano Índico, tendo permanecido operacional até 1858, quando seus poderes foram transferidos à Coroa Britânica. Na Ásia, o mais poderoso grupo europeu foi a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, constituída em 1602 e formalmente extinta em 1789.”

passando pelas Companhias das Índias, período colonial, século XIX, em que empresas como *Friedrich Bayer & Co*, *Singer Sewing Machines Corp.* expandiram internacionalmente, assim como, no período pós-guerras e na atualidade no século XXI, com fulcro de se compreender como as empresas se desenvolveram no cenário internacional ao longo dos séculos, estabelecendo-se como importantes atores no cenário mundial³⁶⁹.

A crescente intensidade dessa integração econômica internacional, através do comércio e investimento impulsionados pelas atividades das empresas transnacionais é particularmente denominada de globalização econômica³⁷⁰. Justamente essa atuação das empresas no cenário internacional, além-fronteiras, no seio de uma economia transnacionalizada se torna um tema de fundamental importância para esse trabalho. Isto porque, as empresas transnacionais são atores de expressiva atuação tanto no comércio internacional, quanto nos investimentos estrangeiros³⁷¹.

CRETELLA NETO, José. Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1-2.

³⁶⁹ Tratavam-se de três Companhias das Índias: a Companhia das Índias Inglesas criada em 1600 em Londres, onde possuía sua sede, a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, constituída em 1602 e a Companhia Francesa das Índias Ocidentais, criada em 1664 pela França. “Essas três empresas, conquanto tivessem natureza jurídica de sociedades de Direito Privado, detinam uma série de privilégios, tais como a concessão de cartas que lhes garantiam a propriedade de terras no além-mar, a faculdade de promulgar normas jurídicas sobre os territórios sobre os quais exerciam domínio, bem como mantinham exércitos, frota marítima miliatr e portos fortificados próprios, ou seja, uma infra-estrutura operacional da qual, nos dias de hoje, somente Estados poderiam dispor.” CRETELLA NETO, José. Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1-3.

³⁷⁰ Sobre o termo “globalização econômica”, Peter Muchlinski questiona a adequabilidade deste termo, defendendo que integração econômica internacional - *international economic integration* – seria mais adequado para expressar as atividades internacionais que fundamentam a utilização do termo globalização econômica. MUCHLINSKI, Peter. *International economic integration. The Regulation of International Business*. Kluwer Law International, 2003, p. 123.

³⁷¹ Celso Mello ressalta que as empresas transnacionais são um dos principais atores do Direito Internacional Econômico, sujeitos de direito e destinatários das normas jurídicas internacionais. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 104. Ver também: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 456. Importância das empresas transnacionais como fator determinante para criação da OMC em 1995: “Outro fator relevante do cenário internacional é o crescente papel das empresas transnacionais como agentes do comércio exterior, com o conseqüente impacto de suas atividades para a política interna dos países onde estão sediadas (...) A principal consequência para o comércio internacional é que as regras da OMC devem também levar em consideração os principais agentes do comércio que são as transnacionais, mas que estão muitas vezes fora do controle dos governos, que são os negociadores das regras e membros efetivos da OMC”. THORSTENSEN, Vera. *A OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 24-25.

Apesar de o estudo das empresas transnacionais nos remeter à realidade existente desde a década de 1970, momento em que as transnacionais ganharam mais evidência³⁷², a expressividade das transnacionais naquela época não se compara à realidade atual. Ao analisar cinco companhias consideradas transnacionais daquele período (Ford, Unilever, Royal Dutch Shell, Dunlop Pirelli and Mitsubishi Group), apenas a Ford possuía uma companhia sede-mãe e empresas subsidiárias em diversos países³⁷³. As demais possuíam controle acionário de unidades em outros países ou, ainda, cooperação com outras empresas. Arnold Wald, em artigo publicado na década de 1970, pontuava que existiam 300 ‘multinacionais’ no Mundo, sendo dois terços delas originárias dos Estados Unidos. O volume de vendas dessas empresas movimentava o equivalente ao Produto Nacional Bruto (PNB) total dos grandes países da Europa Ocidental³⁷⁴.

A partir da evolução e crescimento do poder dessas entidades, principalmente, perante o governo dos países hospedeiros, buscou-se analisar o fenômeno das empresas transnacionais no cenário internacional. A relevância das empresas transnacionais decorre do seu crescente e forte poder sobre os países hospedeiros, principalmente, em países menos desenvolvidos³⁷⁵.

Conceituar a empresa transnacional não é uma tarefa fácil, uma vez que não existe um ordenamento jurídico internacional que a discipline³⁷⁶. Para alguns, empresas transnacionais são definidas como aquelas que possuem propriedade ou controle de plantas de produção em mais de um país, como os clássicos exemplos da Royal Dutch Shell,

³⁷² Celso Mello faz breve recapitulação histórica sobre as empresas transnacionais e a dificuldade de reconhecimento da personalidade no campo internacional, lembrando que nos séculos XVII e XVIII, as Companhias das Índias podiam “concluir tratados, manter exércitos, arrecadar impostos e conquistavam territórios. No século XIX as relações internacionais são eminentemente inter-estatais. Após a 2. Guerra Mundial, especialmente na década de 60, as sociedades comerciais começam a atuar no exterior e tem uma grande expansão com o que se denominou de empresas transnacionais.” MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 103.

³⁷³ TINDALL, Robert Emmett. *Multinational enterprises*. New York: Oceana Publications, Inc. 1975. p. v-vii.

³⁷⁴ WALD, Arnold. O Brasil e as multinacionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 160.

³⁷⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 106. No mesmo sentido, WALD, Arnold. O Brasil e as multinacionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 160 e MAGALHAES, Jose Carlos. *Empresa multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo*. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 171.

³⁷⁶ O autor ressalta que diferentes critérios tem sido propostos para definir a empresas transnacional. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 104.

Unilever e Agfa-Gevaert, conforme definição trazida por John H. Dunning³⁷⁷. Ou, ainda, uma entidade econômica operando em mais que um país, ou um conjunto de entidades operando em dois ou mais países, seja qual for o seu país de constituição, onde é realizada a sua atividade principal ou se a empresa atua individual ou coletivamente, conforme disposto nas “Normas sobre Responsabilidades em Direitos Humanos das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados”³⁷⁸.

José Cretella Neto define as empresas transnacionais como aquelas entidades que exercem atividades além das fronteiras do Estado de origem e, por assim atuarem, as suas atividades passam a ser de interesse do direito internacional e deixa de se sujeitar estritamente à legislação nacional³⁷⁹. O autor critica a definição de John H. Dunning, uma vez que, ao se considerar empresas transnacionais como entidade que possui propriedade ou controle de plantas de produção em mais de um país, excluir-se-á, por conseguinte, diversas “empresas de serviços ou de informática, por exemplo, que podem operar independentemente de qualquer unidade de produção própria, subcontratando ou terceirizando praticamente toda a cadeia produtiva”³⁸⁰.

A OCDE, por sua vez, classifica as empresas transnacionais como

“companhias ou outras entidades com estabelecimento em um ou mais países e ligadas de forma que as suas operações sejam coordenadas de várias maneiras. Uma ou mais dessas entidades podem exercer uma influência significativa sobre as atividades das outras, o nível de autonomia de cada empresa pode variar amplamente de uma empresa multinacional para outra. A propriedade pode ser privada, mista ou pública”³⁸¹.

³⁷⁷ DUNNING, John H. The multinational enterprise: the background. In: DUNNING, John H. (ed.) The multinational enterprise. George Allen & Unwin LTD, 1971, p. 16.

³⁷⁸ Subcomissão das Nações Unidas de Promoção e Proteção aos Direitos Humanos “*The term “transnational corporation” refers to an economic entity operating in more than one country or a cluster of economic entities operating in two or more countries - whatever their legal form, whether in their home country or country of activity, and whether taken individually or collectively.*” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Doc.E/CN.4/Sub.2/2003/12Rev.2. Agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2003.12.Rev.2.En)>. Acesso em 27 jan.2013.

³⁷⁹ CRETELLA NETO, José. Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17.

³⁸⁰ CRETELLA NETO, José. Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

³⁸¹ “usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may co-ordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy within the enterprise may vary widely from one multinational enterprise to another. Ownership may be private, state or mixed.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OECD Guidelines For Multinational Enterprises 27 June 2000 I Concepts and Principles para.3. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines/mnetext.htm>. Acesso em 27.03.2014. p.3.

Celso Mello apresenta as características das empresas transnacionais que são (i) o potencial financeiro dessas entidades; (ii) capacidade tecnológica e científica; (iii) presença de subsidiárias e filiais em outros Estados; e (iv) administração internacionalizada³⁸². Luiz Olavo Baptista defende que essas entidades se caracterizam pela capacidade de planejamento global, investimento em pesquisa e inovação e centralização do poder administrativo na sede-mãe³⁸³. Esclarece este último que a transnacional “tem como característica a capacidade de orientar, centralizadamente, as suas operações em diversos pontos do mundo, objetivando a redução dos custos e o aumento da influência, bem como criar maiores facilidades para a expansão de seu mercado”³⁸⁴. John H. Dunning afirma, por sua vez, que a característica crucial da transnacional consiste na habilidade em coordenar as atividades entre empresas em mais de um país³⁸⁵.

A essência do argumento, neste caso, resume-se em assumir que a expansão das transnacionais está diretamente relacionada com a realização do investimento em território internacional passível de ser explorado economicamente, que tenha espaço limpo para novos investimentos e para se auferir lucros no país menos desenvolvido.

João Eduardo de Alves Pereira faz interessante ressalva sobre o territorialismo e economia transnacionalizada com relação específica às empresas transnacionais, em que afirma que essas empresas tem “fortes relações com seus Estados de origem, com sua cultura, com a sua identidade nacional”, exemplificando através de diversas demonstrações de patriotismo empresarial no caso, por exemplo, dos governos da França, Bélgica e Luxemburgo em 2006 na defesa do controle da empresa Arcelor, líder em siderurgia na Europa³⁸⁶.

³⁸² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 104.

³⁸³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 25. Do mesmo modo, Celso Lafer “A empresa transnacional, porque detém o poder de controle de investimentos em diversos sistemas econômicos nacionais, através dos quais organiza e explora a produção de bens e serviços para a venda nos respectivos mercados internos e nos mercados de outros países, é uma unidade econômica que tem como atributo, como nota o Prof. Luiz Olavo Baptista, a capacidade de alocar recursos em escala mundial”. LAFER, Celso. *Empresas Transnacionais*. *Revista de Direito Público*. v. 22, n. 89, 1989, p. 242.

³⁸⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 25.

³⁸⁵ DUNNING, John H. *The multinational enterprise: the background*. In: DUNNING, John H. (ed.) *The multinational enterprise*. George Allen & Unwin LTD, 1971, p. 16.

³⁸⁶ PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.).

Importante ressaltar que as empresas transnacionais não constituem as únicas entidades que realizam investimento direto fora do seu país de origem³⁸⁷. No início da sua atuação, as empresas transnacionais eram vistas como uma ameaça à organização dos Estados, já que se tratava de um instituto de difícil regulação pelas leis nacionais. Alguns viam essas grandes corporações como uma fonte de poder, aptos a comprar ou intimidar governos ou, pelo menos, explorar a capacidade regulatória dos Estados através de uma expansão internacional das suas operações, obtendo vantagem da mão-de-obra barata, paraísos fiscais, regras vantajosas sobre propriedade intelectual³⁸⁸. Essa expansão se dava através das afiliadas de empresas transnacionais que podiam ser entidades operantes, dragadas pela mão-de-obra barata ou benefícios fiscais ou não-operantes³⁸⁹.

Independentemente desse receio e preocupação em relação à atuação e recepção das transnacionais nos territórios de países menos desenvolvidos, essas empresas foram se expandindo e ganhando força no plano internacional com objetivo de realizar IED. Atualmente, empresas internacionais buscam cada vez mais constituir estruturas societárias que lhe sejam econômica e tributariamente favoráveis. Essas estruturas envolvem empresas holdings internacionais, em geral, situadas em paraísos fiscais e subsidiárias localizadas em países economicamente exploráveis, joint-ventures³⁹⁰.

Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 871.

³⁸⁷ Um vasto número de entidades conduzem operações comerciais e econômicas além das fronteiras nacionais, quais sejam: transnacionais e outras empresas, organizações intergovernamentais, associações internacionais, investidores privados. MCBETH, Adam. *International Economic Actors and Human Rights*. New York: Routledge Research in International Law, 2010, p. 3-4.

³⁸⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 470.

³⁸⁹ Na década de 1980, das 350 maiores empresas transnacionais, tinham 25.000 empresas afiliadas estrangeiras. STRANGE, Susan. *States and Markets*. 2. ed. London: Continuum, 1994. p.76.

³⁹⁰ Sobre joint-ventures, elucidativo trabalho da professora Marilda Rosado que dispõe sobre a importância da cooperação entre empresas e o fenômeno das alianças estratégicas no mundo globalizado atual. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Joint ventures internacionais*. In: MARQUES, Cláudia Lima ; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). *O novo direito internacional Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 429-460. Celso Lafer lembra que “uma das características do mercado mundial de nossos dias é o de resultar ele do esforço de abertura do espaço interestatal a uma circulação bastante livre dos recursos, como produtos, serviços, tecnologia, investimentos fluxos financeiros, através de um processo que vem sendo conduzido não apenas pela ação direta ou indireta dos Estados, mas também por obra de atores privados. Um exemplo, entre muitos, disso que foi apontado são as joint ventures – as associações entre empresas privadas e entre empresas privadas e Estados.” LAFER, Celso. *Empresas Transnacionais*. *Revista de Direito Público*. v. 22, n. 89, 1989, p. 242 e, ainda, MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 123. Ver também MARANHA, Roberta. *A joint venture e o processo de*

A relação entre as empresas transnacionais e a ONU foi conduzida em harmonia do fim da Segunda Guerra Mundial até a década de 1960. No entanto, a partir da década de 1970, a reputação das empresas multinacionais foi atacada, especialmente, em razão de escândalos envolvendo corrupção³⁹¹. Temas como os lucros incessantes das empresas transnacionais, mercado livre e preocupação em se proteger os direitos humanos, meio-ambiente e a livre concorrência levaram a um fenômeno de regulação.

Diante desse panorama, percebeu-se a necessidade de se elaborar regras internacionais que vinculem as atividades das empresas transnacionais³⁹², atividades essas que trazem consequências reais para o mercado no mundo afora. Especialmente em países menos desenvolvidos, a competição com empresas nacionais resta bastante prejudicada, uma vez que transnacionais se beneficiam de recursos mais factíveis para alcançar seus objetivos de lucro.

2.2.2 Normas internacionais reguladoras das atividades das empresas transnacionais

Desde a década de 1960 iniciou-se um debate acerca da regulação e responsabilização das empresas por violação das normas nacionais e internacionais. Nas palavras de Celso Mello “a ideia de se regulamentar as empresas transnacionais surge da necessidade de se limitar ao seu poder que é devastador nos países do 3º Mundo em que elas atuam, chegando muitas vezes, a dominar a economia do estado receptor”³⁹³.

Sob a ótica jurídica, existe significativa dificuldade para definir as formas de controle das atividades das empresas transnacionais. Os motivos para essa dificuldade se

internacionalização das economias. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.) . Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 165-185.

³⁹¹ EMMERIJ, Louis; JOLLY, Richard. Book Review: SAGAFI-NEJAD, Tagi, in collaboration with John Dunning. The UN and Transnational Corporations From Code of Conduct to Global Compact. Briefing Note Number 17. July 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/diaeiia200910a4_en.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014. p. 1.

³⁹² “É exatamente a ‘recepção’, pelos direitos estatais e pelo Direito Internacional Público, desta nova *lex mercatoria*, o que buscam as empresas transnacionais quando reivindicam um clima favorável para o investimento, o que se traduz em expressões que se encontram nas legislações internas e internacionais do tipo *fair treatment*, eficiência, igualdade, reciprocidade” LAFER, Celso. Empresas Transnacionais. Revista de Direito Público, v. 22, n. 89, 1989, p. 243.

³⁹³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 106.

justificam na diversidade de ordens jurídicas normativas, diferentes Estados interconectados e ausência de regulação no âmbito do direito internacional³⁹⁴.

Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista afirma que a empresa transnacional é regulada por diversas jurisdições, uma vez que a empresa-mãe está localizada em um país e as suas subsidiárias e afiliadas em outro. Assim, a empresa transnacional “liga diferentes pessoas jurídicas, nacionais, separadas, em um conjunto do que já foi chamado de ‘um pacote jurídico algo confuso’”³⁹⁵.

Nesse contexto, importante se faz trazer uma visão geral sobre a progressiva elaboração de normas internacionais que buscam disciplinar a atuação no plano internacional. Até porque, diante da sua estrutura amplamente globalizada³⁹⁶ e, por assim dizer, fragmentada, cada subsidiária de uma empresa transnacional é constituída no território do Estado que lhe concede a nacionalidade e regida pelas leis deste Estado³⁹⁷, o que torna sofrível a tarefa regulatória.

Desse modo, as empresas tem a possibilidade de cruzar barreiras e atuar em Estados diversos daquele onde foram inicialmente criadas. Depara-se, portanto, com diversas empresas reguladas por legislações nacionais que possuem conteúdos, muitas vezes, díspares, caracterizando-se cada uma como mais rígida ou mais liberal, dependendo do país. Em consequência desse fenômeno, observou-se a necessidade de se elaborar documentos versáteis que possibilitassem a regulação das atividades dessas entidades³⁹⁸.

³⁹⁴ CRETELLA NETO, José. *Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 18.

³⁹⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 29-30.

³⁹⁶ “First, it is important to recognize that an MNE is not a single entity, but rather a structure made up of many entities, each organized under the laws of some nation and tied together by links of stock ownership or other contractual arrangements. Second, the entities that comprise an MNE are creatures of national and not international law.” VAGTS, Detlev F. *Corporate Actors in the Transnational Business Environment*. In: VAGTS, Detlev F.; DODGE, William S.; KOH Harold H. *Transnational Business Problems*. Foundation Press, 2008, p. 189.

³⁹⁷ “a empresa multinacional não possui, entretanto, uma disciplina jurídica que a trate ou regule como tal”. MAGALHAES, Jose Carlos. *Empresa multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo*. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 171. Luiz Olavo Baptista entende que a empresa transnacional não possui personalidade jurídica própria, uma vez que é uma entidade composta por mais de uma subsidiárias constituídas sob leis locais dos países onde se constituíram. E, assim, diz: “aproxima-se do conceito jurídico de grupo de sociedades, mas com o acréscimo de que é um grupo constituído por sociedades sedeadas em países diferentes, constituídas sob leis diversas, cada qual com certa autonomia, agindo por sua conta, mas em benefício do conjunto”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

³⁹⁸ VAGTS, Detlev F. *Corporate Actors in the Transnational Business Environment*. In: VAGTS, Detlev F.; DODGE, William S.; KOH Harold H. *Transnational Business Problems*. Foundation Press, 2008, p. 189-191.

Até porque, a desregulação das atividades dessas empresas poderia causar prejuízos às comunidades em que atuam, como danos ao meio-ambiente, violação dos direitos humanos da população local, prejuízo ao desenvolvimento³⁹⁹.

Marilda Rosado divide a regulação em dois aspectos: o controle pelo Estado e a regulação não estatal da atividade internacional das empresas transnacionais. Em relação ao controle estatal, a autora lembra que o Estado exerce poder jurisdicional sobre o seu território e seus nacionais⁴⁰⁰. Isto porque, as empresas transnacionais tem o interesse em operar livremente de forma transnacional, sem se vincularem junto a apenas um ente estatal⁴⁰¹.

A regulação dessas entidades depende do poder de eficácia da regras nacionais dos Estados para regular as atividades das empresas transnacionais. José Carlos Magalhães explica que “esta é a essência do problema da existência e crescimento da empresa multinacional e do papel desempenhado pelos Estados na consecução dos objetivos e aspirações da comunidade internacional”⁴⁰².

No cenário internacional, a tentativa de desenvolver normas para atribuir responsabilidade às transnacionais veio da ONU, a partir de uma iniciativa da Comissão das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais (sigla em inglês, UNCTC), a qual foi criada em 1974⁴⁰³.

³⁹⁹ MUCHLINSKI, Peter. International economic integration. The Regulation of International Business. Kluwer Law International. 2003. p. 123-124. Em outro trabalho, o autor trata do caso da Enron, evidenciando a necessidade de regulação e quais são as questões atuais que envolvem esse tema, a ver: “In particular, Enron raised two further questions in this connection: who should regulate the home country of the parent, the various host countries in which the corporation operates or some third level of cooperative regulation and what standards should they apply the standards of a particular country or region, such as the United States or European Union (“EU”), or some other agreed international standards? The response to Enron shows tendencies both towards unilateral and cooperative regulation and towards the use of national and international standards.” MUCHLINSKI, Peter. Enron and Beyond: Multinational Corporate Groups and the Internationalization of Governance and Disclosure Regimes. Connecticut Law Review, v. 37, 2003, p. 725.

⁴⁰⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2004-2005, p.469-471.

⁴⁰¹ Refere-se aqui à questão do reconhecimento da personalidade internacional tratada por Celso Mello. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 103. Essa debate também é evidenciado por Celso Lafer quando trata da *lex mercatoria*. LAFER, Celso. Empresas Transnacionais. Revista de Direito Público. v. 22, n. 89, 1989, p. 242

⁴⁰² MAGALHAES, Jose Carlos. Empresa multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 168.

⁴⁰³ Vale ressaltar que as recomendações do grupo levaram, também, à criação do Programa de Empresas Transnacionais, que tinha como objetivo estudar as transnacionais e questões políticas relacionadas, servindo

A origem da UNCTC adveio com a consolidação das empresas transnacionais como atores principais no cenário mundial. Em 1973, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (em inglês, ECOSOC), órgão coordenador do trabalho econômico e social da ONU, organizou um grupo formado por experts responsáveis em aconselhar sobre a natureza e as atividades dessas empresas e seu papel e impacto no processo de desenvolvimento. Após diversos estudos e tomada da opinião pública, o grupo fez recomendações que levaram à criação da UNCTC com objetivo de se consolidar um fórum intergovernamental permanente para deliberações sobre questões relacionadas às empresas transnacionais⁴⁰⁴.

Como parte do seu trabalho, a UNCTC elaborou em 1983, um documento chamado de Código de Conduta para as Empresas Transnacionais⁴⁰⁵, entre outros acordos que tratam de pagamentos ilícitos em transações comerciais internacionais e padrões internacionais de relatórios e monitoramentos.

O Código de Conduta surgiu refletindo o panorama da nova ordem econômica internacional com novos acontecimentos no cenário político e econômico, pelos reflexos da Guerra Fria e otimismo quanto aos efeitos positivos do IED e da atuação das empresas transnacionais⁴⁰⁶.

Interessante se faz ressaltar a diferença da perspectiva em relação à visão que se tinha da abertura para novos investimentos e atuação das empresas estrangeiras nos países

como secretariado da Comissão das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN History. Disponível em: <<http://www.unhistory.org/briefing/17TNCs.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2014. Ver também UNCTAD, disponível em: <<http://unctc.unctad.org/aspx/index.aspx>>. Acesso em 20 jan. 2014.

⁴⁰⁴ O Centro das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais (UNCTC) começou a funcionar em novembro de 1974. Seu trabalho era para ser orientado por três grandes objetivos: aprofundar o entendimento sobre os efeitos das atividades das empresas transnacionais nos cenários: político, econômico, social e legal nos países em que atua. Essa atuação deveria ocorrer, especialmente, naqueles países em desenvolvimento, para desenvolver acordos internacionais que promovam contribuições positivas para o desenvolvimento dos países onde as TNCs possuem atividades, assim como, contribuições para o crescimento da economia global, fortalecimento da capacidade de negociação dos países hospedeiros das transnacionais. Para maiores informações, acessar o site UNCTC Origin. Disponível em: <<http://unctc.unctad.org/aspx/UNCTCOrigins.aspx>>. Acesso em 27 jan.2014.

⁴⁰⁵ Sobre o Código de Conduta das Empresas Transnacionais, Celso Lafer explica que “O código visa elaborar normas – concebidas como ‘obrigações de comportamento’, que teriam como destinatários tanto os Estados, quanto as empresas transnacionais, através de um equilíbrio entre a segurança e a liberdade dos investimentos, de um lado, e a sua domesticação aos interesses nacionais dos países em que operam, de outro.” LAFER, Celso. Empresas Transnacionais. Revista de Direito Público. v. 22, n. 89, 1989, p. 243.

⁴⁰⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.478.

em desenvolvimento e países desenvolvidos durante o período da elaboração do Código de Conduta. Ressalta-se que o momento foi bastante favorável por se tratar de um contexto de abertura de mercado para investimentos estrangeiros, sempre buscando o desenvolvimento a partir desses recursos. Contudo, muitas críticas e falta de consenso surgiu quanto aos temas regulados por esse instrumento.

O Código de Conduta da ONU foi a primeira iniciativa com objetivo de estabelecer às transnacionais obrigações e princípios relativos a questões sociais e do meio-ambiente. Tal tentativa sofreu diversas críticas por parte dos países desenvolvidos, apesar do apoio dos países em desenvolvimento⁴⁰⁷. Existia uma significativa divergência com relação à natureza e conteúdo do código, como quanto ao seu escopo⁴⁰⁸.

Os países exportadores de capital se preocupavam com o uso do Código de Conduta da ONU precipuamente como forma de proteger as empresas transnacionais do tratamento discriminatório contrário aos padrões mínimos consagrados no ambiente desses Estados. Os demais países participantes do Grupo 77 estavam preocupados em utilizar o código como meio de aumentar a regulação das TNCs, almejando evitar efeitos adversos pelas atividades das TNCs⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacia. *Sur, Rev. int. direitos humanos*. São Paul., v. 6. n. 11, Dezembro 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 jan. 2014. p. 176.

⁴⁰⁸ Como exemplo da controvérsia acerca do conteúdo do código: “para os países desenvolvidos, o código deve ser um instrumento contra a discriminação de tratamento das transnacionais; para o Grupo dos 77, o código deve ser encarado como base para uma maior regulação e controle das atividades” dessas empresas. A autora lembra que existiam outras divergências como: quanto ao direcionamento das regras do código, inclusão de padrões de tratamento com foco nos princípios do tratamento nacional, cláusula da nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 478-479. “Os países industrializados consideram que o Código deve criar um clima propício para as empresas irem para o exterior. Por outro lado, os países ricos não aceitam que o Código seja instituído por meio de um tratado como pretendem os países pobres (...) No próprio conteúdo do Código surgiram divergências, por exemplo, para os países pobres as empresas transnacionais não teriam tratamento igual ao das empresas nacionais (...) Já os países ricos reivindicam um tratamento igual ao do nacional sem restrições. Ou ainda, os países ricos querem que as empresas possam transferir livremente o que possuem, enquanto os países pobres desejam que o repatriamento do capital seja realizado em etapas”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 117.

⁴⁰⁹ MUCHLINSKI, Peter. Attempts to Extend the Accountability of Transnational Corporations: The Role of UNCTAD. In: KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIFI, Saman (ed.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Brill: Nijhoff, 2001, p. 100.

Em 1993, UNCTC foi dissolvida e, apesar do fracasso do Código de Conduta da ONU, o programa de pesquisa e desenvolvimento do tema sobre transnacionais e o impacto das ações das transnacionais e IED externo foram absorvidos pelo UNCTAD.

Além da iniciativa da ONU, deve-se mencionar a proposta apresentada pela OCDE, através do Comitê para Investimentos Internacionais e Empreendimentos Transnacionais com objetivo de analisar possíveis códigos de conduta para empresas transnacionais. Em 1976, foram elaboradas as Recomendações da OCDE para Empresas Multinacionais (*Guidelines for Multinational Enterprises*) como parte da Declaração da OCDE sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais (*OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*)⁴¹⁰.

Marilda Rosado lembra que as Recomendações da OCDE para Empresas Multinacionais são direcionadas especificamente às empresas transnacionais, possuindo uma abrangência significativa e envolvendo aspectos diversos sobre a atuação dessas empresas⁴¹¹ como no campo da transparência, direitos humanos, trabalho e relações industriais, meio-ambiente, combate à corrupção, proteção ao consumidor, ciência e tecnologia, concorrência e fiscal. Ressalte-se que não somente os países membros da OCDE aderiram às Recomendações da OCDE para Empresas Multinacionais, como também, onze países não-membros⁴¹².

Apesar disso, houve também grande divergência entre os países que visavam maior controle da atuação das empresas transnacionais e aqueles que visavam a liberação da atividades dessas entidades como forma de remover os obstáculos do investimento estrangeiro direto⁴¹³.

⁴¹⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO. Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2013: Responsible Business Conduct in Action. 2012. OECD. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/mne-2013-en>>. Acesso em 27 mar.2014. p. 11.

⁴¹¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 481.

⁴¹² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONOMICO. Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2013: Responsible Business Conduct in Action. 2012. OECD. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/mne-2013-en>>. Acesso em 27 mar. 2014. p. 11.

⁴¹³ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises and the Law*. 2. ed. Oxford: Oxford, 2007, p. 660.

As Recomendações foram revisitadas em 2000⁴¹⁴. Em 2010, deu-se início a um intensivo processo de consulta a “stakeholders” com objetivo de rever, novamente, as Diretrizes da OCDE para as Empresas Transnacionais. Essa última alteração foi consolidada em maio de 2011 e novas diretrizes com objetivo de promover maior responsabilidade na conduta dos negócios das empresas transnacionais foi apresentada⁴¹⁵.

2.3 A interseção entre Direito Internacional Econômico, Comércio Internacional e Investimentos Estrangeiros

A economia, inclusive o conhecimento, fé e ceticismo, tiveram grande influência na formação e evolução do comércio internacional, investimentos e transações financeiras⁴¹⁶. Definir o Direito Internacional Econômico impende tratar dos seus principais aspectos - internacional e econômico - para justificar o conteúdo e abrangência desta disciplina. Diz-se internacional, uma vez que é aplicável às relações transnacionais e instituições internacionais que atuam além das fronteiras. Econômico, dado que se refere à economia propriamente dita⁴¹⁷.

Na visão de Celso Mello, o aspecto econômico é o mais importante na vida internacional, uma vez que “o subdesenvolvimento tornou-se uma obsessão na sociedade internacional”⁴¹⁸. Desse modo, quando fatores extraterritoriais afetam a economia, é

⁴¹⁴ PINHEIRO, Silvia. A Empresa Multinacional e seu novo papel na Promoção do Desenvolvimento Sustentável. Revista Ética e Filosofia Política. Minas Gerais, nº 13, v. 2, junho de 2011, p. 8.

⁴¹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. “New OECD guidelines to protect human rights and social development”. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/newoecdguidelinesprotecthumanrightsandsocialdevelopment.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

⁴¹⁶ LOWENFELD, Andreas F. International Economic Law. 2. ed. Oxford University Press, 2008, p. 3.

⁴¹⁷ CHARNOVITZ, Steve. What is International Economic Law? Journal of International Economic Law. v. 14, nº 1. Oxford University Press, 2011, p. 4. Também sobre definição do Direito Internacional Econômico: “*le droit international économique moderne, en particulier du fait des traités multilatéraux, le résultat de toute une histoire faite de domination, d'influences diverses fondées sur une philosophie économique et politique et également sur des valeurs morales*”. WAELDE, Thomas. Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie, Paris, A. Pédone, 2004, p.10, nota de rodapé nº 1.

⁴¹⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 71. O Direito Internacional Econômico constitui um conjunto de normas jurídicas que possuem uma finalidade específica de organizar os fenômenos macroeconômicos de caráter internacional. CASTILLO, Maria. Les grandes etapes de l'évolution de l'ordre économique international. In: DAILLIER, Patrick ; LA

necessário regular esse ambiente internacional, o que se faz através do Direito Internacional Econômico.

Carreau e Juillard defendem que existem duas concepções do Direito Internacional Econômico, uma mais restritiva e outra extensiva. Em sua concepção extensiva, o Direito Internacional Econômico compreende o conjunto de regras que rege as transações econômicas de natureza ampla que alcançam limites além do ordenamento jurídico de apenas um Estado⁴¹⁹. Já na concepção restritiva, o Direito Internacional Econômico é constituído pelo conjunto de regras que rege a organização das relações econômicas, aquelas denominadas macroeconômicas. O panorama normativo que forma esta disciplina é composto por regras convencionais e nacionais. No âmbito das nacionais, deve-se incluir o conjunto de regras sobre investimentos estrangeiros de um Estado, que regula a movimentação de capital internacional, lhes encorajando ou desencorajando⁴²⁰.

Seidl-Hohenveldern afirma que o Direito Internacional Econômico é ramo do direito internacional público, cobrindo apenas parte da disciplina do direito internacional público como um todo. Ele inclui como ramo desta disciplina sob justificativa de que os aspectos privados das relações econômicas internacionais estão cobertas por outro ramos do direito como o direito internacional privado e Direito do Comércio Internacional⁴²¹.

Celso Mello também caracteriza o Direito Internacional Econômico como ramo do direito internacional público, afirmando que esta disciplina “estuda o aspecto econômico,

PRADELLE, Géraud de; GHÉRARI, Habib (ed.) Droit de l'économie Internationale. Paris : Pedone, 2004, p. 9.

⁴¹⁹ Nessa hipótese, uma venda internacional concluída entre indivíduos ou entidades de países diferentes estaria englobada dentro do conceito de Direito Internacional Econômico. CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. Droit International Économique. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 2.

⁴²⁰ “Ainsi, en matière de relations financières, les réglementations des investissements dont se dotent les États ont une incidence évidente sur les mouvements de capitaux internationaux, les encourageant ou les décourageant, selon les cas.” CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. Droit International Économique. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007, p.3.

⁴²¹ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. International Economic Law. General Course on Public International Law. Recueil des Cours, v. 198. Haia: Martinus Nijhoff, 1986, p. 21. Na mesma linha, defende Schwarzenberger e Celso Mello no tocante ao Direito Internacional Econômico ser ramo do Direito Internacional Público, a ver “These ‘purist’ considerations are re-enforced by the fact that most of the private-law aspects of international economic transactions are reasonably well covered by existing branches of law, such as Private International Law and International Commercial Law. Even so, a certain amount of overlapping must be accepted”. SCHWARZENBERGER, Georg. The Principles and Standards of International Economic Law. Recueil des Cours, v. 117. Haia: Martinus. Nijhoff, 1966, p.7 e “Vamos adotar aqui a posição de Bermejo que é de um certo modo conciliatória. Ele é um ramo do DIP e não pode deixar de recorrer a este, por exemplo, ao direito dos tratados, ao direito das organizações internacionais, etc. Ele, entretanto, apresenta características próprias, sendo mesmo formado por normas não apenas de DIP, mas também de DI Privado, ou ainda estreitamente ligado a Economia Política.” MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 77.

como indica o seu nome, que é o mais importante e podemos dizer o determinante do subdesenvolvimento”⁴²². O Direito Internacional Econômico passou, portanto, a ser distintivo ramo do direito internacional público com suas próprias instituições, profissionais e linguagem específica, caracterizados por uma complexa dimensão multifacetada⁴²³.

Nesse sentido, Schwarzenberger apresenta a delimitação do conteúdo do Direito Internacional Econômico, também afirmando que consiste em um ramo do direito internacional público que visa tratar da propriedade e exploração dos recursos naturais, produção e distribuição de bens, transações internacionais de caráter financeiro ou econômico, moeda e finanças, serviços relacionados, bem como, o status e organização para desenvolver tais atividades⁴²⁴.

Assim, as características do Direito Internacional Econômico consistem em “finalidade econômica, pela interdependência entre os Estados, pelas normas flexíveis, pela utilização da arbitragem para a solução de conflitos e por possuir sujeitos de direito não tradicionais, como as empresas transnacionais e as associações de exportadores”⁴²⁵, conforme ressalta Clarissa Brandão.

Importante observar a distinção entre Direito Internacional Econômico e direito internacional do desenvolvimento. São disciplinas diferentes quanto à finalidade, mas possuem o mesmo objeto. A primeira é desenvolvida para aplicação de regras aos diferentes Estados e para atender os interesses dos países industrializados, enquanto a segunda pressupõe as necessidades dos países em desenvolvimento⁴²⁶. O direito

⁴²² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 71.

⁴²³ OPPONG, Richard Frimpong. Book Review: *Documents in International Economic Law*. By Francis Botchway, London: Taylor & Francis Ltd, 2006. *Journal of International Economic Law*. v. 10, n° 2, 2007, p. 405.

⁴²⁴ SCHWARZENBERGER, Georg. *The Principles and Standards of International Economic Law*. *Recueil des Cours*, v. 117. Haia: Martinus. Nijhoff, 1966, p.7

⁴²⁵ BRANDAO, Clarissa. *Lex Petrolea*. RBDP. 1808-9291. n°2. 2006/09, Rio de Janeiro, p. 242.

⁴²⁶ Sobre o direito internacional do desenvolvimento, Celso Mello esclarece que a doutrina é divergente no tocante à classificação desta disciplina. Diverge-se sobre o fato de se tratar de um ramo do direito internacional público ou de um direito autônomo. Ademais, ressalta o autor que o direito internacional do desenvolvimento possui como objetivo a cooperação em todos os níveis, tanto técnica, quanto de investimentos estrangeiros para diminuir a pobreza e miséria no mundo, almejando a igualdade entre os países. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 79-12.

internacional do desenvolvimento⁴²⁷ exprime uma ideia de transformação do Direito Internacional Econômico. Trata-se de um aprofundamento desta disciplina que deverá, então, levar em conta as necessidades de outras categorias de Estados e, nas palavras de Marilda Rosado, tal disciplina busca a transformação da sociedade internacional⁴²⁸.

John H. Jackson divide o Direito Internacional Econômico em duas grandes áreas: Direito Internacional Econômico transnacional e regulatório. O transnacional se refere às transações no contexto do comércio e outras atividades econômicas, focando mais nas empresas privadas e outros atores que participam do comércio internacional. A área regulatória do Direito Internacional Econômico foca nas instituições governamentais, tanto locais, como nacionais e internacionais⁴²⁹.

Enquanto o Direito Internacional Econômico possui como conteúdo, de um ponto de vista analítico, as atividades de produção, os movimentos internacionais de produção, apresentando um caráter macroeconômico, o Direito do Comércio Internacional regula as trocas de bens e serviços e o Direito Internacional dos Investimentos⁴³⁰, por sua vez, os

⁴²⁷ Marilda Rosado define direito internacional do desenvolvimento como “direito de finalidade, que, diferente do habitual, não é apenas uma finalidade interna que propugna os valores de justiça, igualdade e independência, mas um sentido que existe também um posicionamento pragmático, procurando uma transformação da sociedade internacional.” RIBEIRO, Marilda Rosado. O futuro do petróleo – perspectivas jurídicas. Revista do Direito da Energia. São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia. n° 03, 2004, p. 77.

⁴²⁸ BÉLANGER, Michel. Institutions économiques internationales. La mondialisation économique et ses limites. 6a ed. Paris : Economica, 1997, p.5

⁴²⁹ JACKSON, John H. Global Economics and International Economic Law. Journal of International Economic Law. Oxford, 1998, p. 8.

⁴³⁰ Diversos autores como M. Sornarajah, Surya Subedi, Diego P. Fernández Arroyo, Marilda Rosado de Sá Ribeiro defendem o Direito Internacional dos Investimentos como uma disciplina jurídica, ramo autônomo do direito internacional, a qual detém uma regulação formada por acordos internacionais sobre investimentos, além de princípios uniformes característicos e mecanismo de solução de controvérsia independente. Nesses termos, alguns trechos dos princípios autores corroboram a autonomia dessa disciplina: “*The book seeks to identify the major feature of an international law on foreign investment. It demonstrates that such a branch of international law is in the process of development and can be isolated for separate study. (...) This book is a contribution to the development of this important area of international law*” SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p. 32; “*Foreign investment law has its origins in the international law concerning the protection of aliens - a legal regime based both on international human rights law and the public international law principles of fairness, equity, justice and non-discrimination*” SUBEDI, SURYA P. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 8; “*Poucas matérias jurídicas tem evoluído tanto nos últimos anos como o direito internacional dos investimentos, constituída já na rama específica do direito internacional*” ARROYO, Diego P. Fernández. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). Direito Internacional dos Investimentos. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, Prefácio; “*Observa-se que não ha uniformidade absoluta, mas existe uma convergência suficiente para se entender o direito internacional dos investimentos como uma disciplina jurídica, composta por princípios uniformes, implementados através de mecanismos institucionais relativamente uniformes, que seguem uma ratio bastante uniforme*”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER, Ely Caetano. Introdução. In: Marilda

investimentos estrangeiros. Da interação nitidamente refletida no cenário internacional, a promoção do comércio internacional está ligada ao livre movimento de capital⁴³¹. Nesse diapasão, Antonio Campos trata do elo entre o direito internacional e a economia, afirmando que “o Comércio Internacional se constitui no elo que vincula as relações de convivência do direito internacional com a economia internacional”⁴³².

O Direito Internacional Econômico trata das relações macroeconômicas e forma o ramo econômico do direito internacional público, já o Direito do Comércio Internacional está direcionado às relações dos operadores privados⁴³³ com as trocas comerciais.

Marilda Rosado explica que existem duas acepções do direito do comércio, a clássica, dos autores Bernard Jadaud e Robert Plaisant, e aquela denominada estrita⁴³⁴. Enquanto a visão clássica engloba os mecanismos das regras de conflitos de leis e incidência dos direitos nacionais, a acepção estrita da disciplina, defendida por Ana Cristina Paulo Pereira possui enfoque limitado à política comercial externa de um país e apresenta-se como sub-ramificação do Direito Internacional Econômico que, por sua vez, se trata de um ramo do direito internacional público⁴³⁵. A autora caracteriza o direito internacional do comércio fundamentado na “interdependência econômica dos Estados”, em que se cria um ambiente facilitador das relações econômicas internacionais. Diante da imprevisibilidade da economia e as relações que nascem dela, necessário se faz ter grande flexibilidade das regras do Direito Internacional Econômico, como leciona Ana Cristina Paulo Pereira⁴³⁶.

Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, p. 4.

⁴³¹ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 5.

⁴³² “A Economia Internacional, que pode ser definida como a parte da Economia que tem em mira o exame das relações econômicas entre nações, tem no Comércio Internacional seu principal escopo, visando este ao estudo do intercâmbio comercial entre nações e suas relações econômicas recíprocas”. CAMPOS, Antonio. *Comércio internacional e importação*. São Paulo: Aduaneiras, 1990, p. 23.

⁴³³ RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice. *Droit du Commerce International*. Dalloz : Paris, 2007, p. 4.

⁴³⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Joint ventures internacionais*. In: MARQUES, Cláudia Lima ; ARAÚJO, Nádía de. (Org.). *O novo direito internacional Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 424-425.

⁴³⁵ PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.) *Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. ix.

⁴³⁶ PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.) *Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. ix.

O Direito do Comércio Internacional para Racine e Siirianien é sinônimo do direito dos negócios internacionais e direito internacional da empresa, cujo foco primordial é regular as relações multifacetadas do comércio, sendo parte do Direito Internacional Privado⁴³⁷.

Ora, quando se trata da inserção da disciplina do Direito do Comércio Internacional no ambiente internacional, existem certas divergências se esta disciplina seria ramo do direito internacional privado ou disciplina que regula as relações comerciais de forma autônoma.

Irineu Strenger defende, ao mesmo tempo, que o Direito do Comércio Internacional é ramo do direito internacional privado com fulcro de regular as relações comerciais, bem como, que o Direito do Comércio Internacional é um ramo autônomo, justamente em função do seu caráter internacional⁴³⁸.

Nas palavras de Marilda Rosado “O Direito do Comércio Internacional pode ser considerado um dos ramos mais ativos do direito contemporâneo, transformando-se em um *jus commune*, normalmente designado *lex mercatoria*”⁴³⁹.

Já o Direito Internacional dos Investimentos, por sua vez, consiste em um conjunto de *standards* do direito internacional geral, especificamente, do Direito Internacional Econômico com regras específicas que objetivam a proteção do investimento estrangeiro⁴⁴⁰.

Nas palavras de Marilda Rosado e Ely Xavier, a relação entre o Direito Internacional dos Investimentos e Direito Internacional Econômico resta indubitável: “O Direito Internacional Econômico, no século XX, teve como objetivo precípua a estruturação jurídica de um marco regulatório para o comércio internacional; no século

⁴³⁷ RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice. Droit du Commerce International. Dalloz : Paris, 2007, p. 4. Nessa linha, a professora Marilda Rosado define a disciplina do comércio internacional a partir da definição dos professores Bernard Jadaud e Robert Plaisant afirmando que se trata do “conjunto de normas jurídicas que regem as operações comerciais internacionais realizadas por pessoas cujos interesses estão situados em Estados diferentes”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Joint ventures internacionais. In: MARQUES, Cláudia Lima ; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). O novo direito internacional Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 424.

⁴³⁸ STRENGER, Irineu. Direito do comércio internacional e *lex mercatoria*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 53.

⁴³⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461.

⁴⁴⁰ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.12.

XXI, a essência das preocupações reside na organização jurídica dos investimentos estrangeiros”⁴⁴¹.

Carreau e Juillard afirmam que o termo substantivo “investimento” advém da ciência econômica. Trata-se de um termo técnico, sendo a definição jurídica nada mais que a transcrição da definição econômica⁴⁴². E, assim, importante se faz diferenciar os termos investimentos e comércio – no sentido de uma transação singular entre as partes. Enquanto se tratar de apenas uma transação, esta não se configurará como investimento. Na verdade, o conceito de investimento para os autores se refere a um transação econômica que seja diferente da relação comercial, defendendo ideia de divisibilidade entre investimento e comércio⁴⁴³.

No entanto, neste trabalho defende-se exatamente a relação de complementaridade entre investimento e comércio, em que a liberalização do comércio internacional depende da livre movimentação do investimento estrangeiro. A atuação das empresas transnacionais no país hospedeiro gera a movimentação de bens e mercadorias que contribui para o desenvolvimento do comércio internacional e, por conseguinte, fomenta o desenvolvimento econômico e social dos países.

2.4 Conclusão parcial

O segundo capítulo deste trabalho busca, em primeiro lugar, trazer um panorama sobre o comércio internacional e seus mecanismos de regulação internacional. Iniciou-se através do desenvolvimento histórico das origens das regras sobre o comércio que nasceram dos acordos bilaterais e se desenvolveram até alcançar o GATT e criar a OMC.

A OMC representa o símbolo da liberalização do comércio internacional, o multilateralismo com intuito de gerar o crescimento econômico e desenvolvimento social dos países menos desenvolvidos.

⁴⁴¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER, Ely Caetano. Introdução. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). Direito Internacional dos Investimentos. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, p. 1.

⁴⁴² CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. Droit International Économique. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 5.

⁴⁴³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.75-76.

A redução das barreiras tarifárias foi cada vez mais discutida e negociada ao longo das rodadas de negociação. Quando se alcançou o mínimo do protecionismo por parte dos Estados-membros, iniciou-se um processo de inclusão de novos temas na agenda do Direito do Comércio Internacional. As rodadas de negociação se depararam, então, com as barreiras ao consenso. Os Estados-membros não concordavam acerca de quais novos temas deveriam ser incluídos e desenvolvidos nas agendas do comércio. Os investimentos estrangeiros representa uma dessas faltas de consenso, tendo sido incluído e retirado da agenda da Rodada de Doha após intensos protestos e controvérsias.

Após análise empreendida acerca do sistema multilateral do comércio, de vital importância para sua relação com os investimentos estrangeiros, decidiu-se tratar das empresas transnacionais e sua forma de regulação.

Inicialmente, a definição, o conceito e o processo de evolução e desenvolvimento das empresas transnacionais foram analisados neste capítulo. A influência da globalização e o panorama internacional das empresas transnacionais na expansão do comércio e nas relações do direito internacional privado são de grande importância para o tema principal deste trabalho.

A força das empresas transnacionais, portanto, é inegável. Defende-se que a expansão das empresas transnacionais está diretamente relacionada à realização do investimento estrangeiro. Muitas dessas empresas possuem maior poder econômico do que Estados soberanos. Diante da sua presença em diversas jurisdições torna-se cada vez mais difícil o controle das suas atividades que visam, em geral, auferir lucro e maior capacidade de produção.

Com isso, diversas foram as tentativas de se regular a atuação das empresas transnacionais e responsabilizá-las por atos violadores do direito internacional. Identificavam-se empresas transnacionais transgressoras dos direitos humanos⁴⁴⁴, proteção

⁴⁴⁴ Em 1996, diversos indivíduos de um grupo tribal nigeriano entraram com uma ação coletiva contra o grupo empresarial petrolífero Shell, com sede na Holanda. Os autores da ação alegaram que, nas décadas anteriores, o governo da Nigéria, a pedido e com a participação da subsidiária da Shell naquele país (a empresa *Shell Petroleum Development Company*), cometeu diversas violações ao direito internacional dos direitos humanos. Os autores da ação coletiva alegam que a empresa Shell influenciou e proveu apoio financeiro e material para que oficiais do governo nigeriano endurecessem as medidas em resposta à oposição da população Ogoni à presença da Shell no delta do Níger. Conforme alegado, diversos membros e líderes do grupo foram torturados, perseguidos e até mesmo assassinados pelo aparato policial da Nigéria, sempre com o apoio financeiro e material da Shell. CONJUR. É discutida responsabilidade por violações internacionais. 25.12.2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-25/discutida-responsabilidade-civil-empresarial-violacoes-internacionais>>. Acesso em 15 ago.2013. “*Petitioners were residents of Ogoniland, an area of 250 square miles located in the Niger delta area of Nigeria and populated by roughly half a million people. When the complaint was filed, respondents Royal Dutch Petroleum Company and Shell Transport and Trading Company, p.l.c., were holding companies incorporated in the*

ao meio-ambiente e direitos sociais. Com isso, diversas foram as tentativas das organizações internacionais em estabelecer Códigos de Conduta e Recomendações para instituir normas sobre a atuação das empresas transnacionais, principalmente, no território do país hospedeiro.

Muito embora tenha se tentado instituir diplomas reguladores, essas empresas continuam atuando indistintamente no cenário internacional. Consenso nem sempre foi alcançado entre os Estados-membros das organizações internacionais formuladoras do conjunto de normas sobre as atividades das empresas transnacionais. Há grande espaço para evolução no conteúdo dessas normas que estão sendo revisitadas a cada década desde o ano 2000.

Com objetivo de ressaltar a importância da interseção dos investimentos estrangeiros e comércio internacional, decidiu-se por traçar uma análise entre o Direito Internacional Econômico, Direito do Comércio Internacional e Direito Internacional dos Investimentos. Esse panorama é importante para demonstrar que essas disciplinas, apesar de possuírem classificações distintas e pertencerem a ramos diferenciados do direito internacional, estão intrinsecamente conectadas, interrelacionadas e se complementam. A complementaridade, neste contexto, enriquece o desenvolvimento de cada uma delas.

Netherlands and England, respectively. Their joint subsidiary, respondent Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd. (SPDC), was incorporated in Nigeria, and engaged in oil exploration and production in Ogoniland. According to the complaint, after concerned residents of Ogoniland began protesting the environmental effects of SPDC's practices, respondents enlisted the Nigerian Government to violently suppress the burgeoning demonstrations. Throughout the early 1990's, the complaint alleges, Nigerian military and police forces attacked Ogoni villages, beating, raping, killing, and arresting residents and destroying or looting property. Petitioners further allege that respondents aided and abetted these atrocities by, among other things, providing the Nigerian forces with food, transportation, and compensation, as well as by allowing the Nigerian military to use respondents' property as a staging ground for attacks." Voto Chief Justice Roberts. Disponível em: <http://www.oyez.org/cases/2010-2019/2011/2011_10_1491>. Acesso em: 15 agos.2013.

3 DA RELAÇÃO ENTRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E COMÉRCIO INTERNACIONAL

Comércio traduz-se na capacidade de um país em produzir um produto ou serviço e, com isso, sua capacidade de exportá-lo ao mercado externo. Os investimentos estrangeiros, por sua vez, traduz-se no volume de fluxo de capital alocado no território estrangeiro, seja direto ou de portfólio. O comércio internacional vem desempenhando um papel fundamental na economia mundial. Diante das suas cifras, vem movimentando a economia e gerando um crescimento econômico para os países presentes no mundo inteiro.

Os investimentos estrangeiros, por sua vez, apresentam um fluxo de recursos impactante, gerando desenvolvimento econômico, principalmente, para os países importadores de capital e, oportunidades de lucro, para os investidores. A expansão dos investimentos estrangeiros pelo mundo, com a emergência de fluxos de capital massivos em nível internacional, demonstra que os investimentos é uma força que conduz a globalização econômica internacional.

Em 2012, pela primeira vez, os países em desenvolvimento absorveram mais investimento estrangeiro do que os países desenvolvidos, com quatro países liderando o ranking dos maiores receptores de capital estrangeiro: China, Hong Kong, Brasil, Ilhas Virgens⁴⁴⁵. O fluxo de IED para os países desenvolvidos decresceu em 32% para US\$ 561 bilhões⁴⁴⁶.

Nesse mesmo ano, a produção das empresas transnacionais continuou em expansão contínua, mesmo com o baixo fluxo de investimentos estrangeiros, alcançado um total de vendas de US\$ 26 trilhões que representa um crescimento de 7,4% em relação a 2011⁴⁴⁷. Os empregos gerados pelas empresas transnacionais alcançaram 72 milhões, com crescimento de 5,7% em relação a 2011.

⁴⁴⁵ World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xiv.

⁴⁴⁶ World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xiii.

⁴⁴⁷ World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 04 mar. 2014. p.xv.

A expansão dos investimentos estrangeiros pelo mundo, com a emergência de fluxos de capital massivos em nível internacional, demonstra que os investimentos são uma força que conduz a globalização.

Diante da relevância econômica das duas disciplinas isoladamente, decidiu-se por tratar da relação entre investimentos estrangeiros e comércio internacional neste trabalho de forma específica, relacionando dois temas que, ao mesmo tempo, são considerados apartados e relacionados.

Enquanto os autores clássicos defendiam que o comércio internacional era fundamentalmente distinto dos investimentos estrangeiros, a globalização econômica demonstrou a sua relação de complementaridade.

A visão tradicional afirmava que comércio internacional e investimentos estrangeiros eram economicamente ligados, mas juridicamente distintos⁴⁴⁸. Esta visão via o estabelecimento de uma subsidiária estrangeira como forma de providenciar bens e serviços a um mercado no momento em que as tarifas para importação e exportação tornavam o mercado menos atrativo. O investimento era uma forma alternativa ao comércio⁴⁴⁹.

No entanto, diante da sua natureza e força econômica, o comércio e investimento se tornaram atividades complementares⁴⁵⁰. Na era global, o investimento tem sido visto como uma forma de promover o comércio e não como forma de substituição deste último⁴⁵¹. Até porque, a análise microeconômica das escolhas internacionais consideram os investimentos estrangeiros e exportação como formas alternativas de penetração dos mercados estrangeiros⁴⁵².

⁴⁴⁸ TUDOR, Ioana. Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés. In: CHAISSE, Julian; BALMELLI; Tiziano, (eds.). Essays on the future of the world trade organization. Lugano: Edis, 2008, v. 1. p. 173.

⁴⁴⁹ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 181. Investment, trade and international policy arrangements, 1996 - Uncatd.

⁴⁵⁰ THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. Revista Brasileira de Política Internacional, v. 41, n° 2. Jul/dez 1998, p. 59.

⁴⁵¹ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 181. Investment, trade and international policy arrangements 1996 - Uncatd.

⁴⁵² FONTAGNÉ, Lionel. PAJOT, Michaël. Investissement direct à l'étranger et commerce international: le cas français. Revue économique, v. 49, n°3, 1998, p. 593.

Vera Thorstensen defende a renovação do conceito de comércio internacional influenciado de maneira forte e ampliado através da globalização. A acepção clássica do comércio passou a compreender outros bens, como também, serviços, além de interagir com políticas da ordem econômica não somente ligadas diretamente ao comércio como, por exemplo, a regulação nacional e internacional sobre investimentos. Assim, as atividades econômicas possuem influência não somente dos atores internacionais - os Estados e empresas transnacionais - mas também possuem influência de regras internacionais e nacionais ligadas ao investimento, concorrência, propriedade intelectual, meio ambiente, entre outros. A autora denomina esse fenômeno de “visão global da governança do comércio internacional”⁴⁵³.

O exemplo de Trebilcock, Howse e Eliason abaixo ilustra adequadamente o fenômeno que se quer tratar – a cinemática internacional é marcada por uma teia interconectada entre o comércio e investimento. Os autores, quando tratam da relação entre investimentos e comércio, compartilham de um exemplo historicamente clássico entre os países Inglaterra e Portugal, com fulcro de ilustrar a interação entre o comércio e investimentos. Assim, fazem referência à Inglaterra e a sua capacidade de produzir produtos têxteis, resultado da tecnologia e experiência dos seus produtores de tecidos e à Portugal, remetendo-se à sua capacidade de produzir vinhos, diante da qualidade das suas uvas. Ora, a Inglaterra também possui tecnologia para produção de vinho e Portugal, para produção de algodão e tecidos. Com isso, os autores propõem que, talvez faça sentido Portugal produzir vinho, fazendo comércio com os produtos têxteis produzidos na Inglaterra. Por outro lado, também faria sentido a Inglaterra exportar sua tecnologia de produção de vinho para Portugal que, por sua vez, exportaria tecnologia de produção têxtil para Inglaterra produzir tecidos⁴⁵⁴. Assim, no lugar de trocar produtos, o cenário internacional estaria marcado por intercâmbios de tecnologia de produção.

Importante ressaltar que, tratar da relação entre comércio e investimento depende, primeiramente, de inserir o tema dos investimentos estrangeiros e comércio internacional em seus aspectos gerais conforme se apresentou nos anteriores Capítulos 1 e 2. Isto é, tratar de temas introdutórios de cada disciplina como recapitulação histórica e os principais

⁴⁵³ THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina; BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Sistemas de Regulação Do Comércio Internacional em Confronto: o marco dos estados e o marco das transnacionais. Revista Política Externa, v. 21, n° 4. abr/jun 2013, p. 2.

⁴⁵⁴ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 569.

atores que figuram como basilares na cinemática internacional. Quando se trata de regulação internacional dos investimentos estrangeiros e comércio internacional, um paralelo se faz necessário trazer à tona: multilateralismo *versus* bilateralismo e força do regionalismo. Apesar de o multilateralismo ter se solidificado no campo do comércio internacional, ainda existe muito debate sobre tal forma de regulação internacional no âmbito dos investimentos estrangeiros, já que o fenômeno da bilateralização impera. O Direito do Comércio Internacional e Direito Internacional dos Investimentos são comparáveis na medida que a sua evolução e funcionamento se assemelham. É possível dizer que se tratam de dois ramos do direito internacional relativamente recentes, que possuem tanto a base convencional, quanto a jurisprudencial⁴⁵⁵.

A forma de regulação, entretanto, não é a única discussão que se ressalta ao tratar da relação entre comércio internacional e investimentos estrangeiros. Muito pelo contrário, existem diversos pontos de contato.

Ioana Tudor coloca os seguintes semelhanças entre Direito Internacional dos Investimentos e direito da OMC, afirmando que são dois direitos inventivos: cada um passou a se especializar e utilizar conceitos e técnicas específicos advindos do próprio direito internacional tradicional, os quais foram adaptados e remodelados às necessidades de cada disciplina. Enquanto o comércio internacional está amplamente regulado após a Rodada do Uruguai, os investimentos quase não são regulados por uma regra uniforme internacional como é feito na OMC. Assim, o comércio internacional está fundamentado em uma regulação multilateral e o IED se respalda em regras esparsas, através de inúmeros acordos bilaterais. Houve uma explosão do desenvolvimento da regulação do comércio internacional desde 1995, enquanto que, no âmbito dos investimentos, pouca evolução para alcançar o multilateralismo ocorreu desde então⁴⁵⁶.

Michael Porter esclarece que o comércio internacional e investimentos estrangeiros podem, ao mesmo tempo, promover a produtividade nacional, como também ameaçá-la. São dois temas que contribuem para a produtividade nacional, através da especialização e segmentação da indústria onde as empresas conseguem ser mais produtivas e importar onde elas são menos produtivas. Nenhuma nação consegue ser competitiva em todos os

⁴⁵⁵ TUDOR, Ioana. Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés. In: CHAISSE, Julian; BALMELLI; Tiziano (eds.). Essays on the future of the world trade organization. Lugano: Edis. v. 1, 2008, p. 174-175.

⁴⁵⁶ TUDOR, Ioana. Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés. In: CHAISSE, Julian; BALMELLI; Tiziano, (eds.). Essays on the future of the world trade organization. Lugano: Edis. v. 1, 2008, p. 171-173.

campos. Por outro lado, comércio internacional e investimentos estrangeiros também podem vir a ameaçar o crescimento nacional expondo as indústrias de um Estado aos padrões de produtividade internacionais. Isto porque, as indústrias domésticas perdem a capacidade de competição dentro de um mercado internacional com alta produtividade e o padrão de vida daquele país resta ameaçado⁴⁵⁷.

Assim, na economia internacional atual, comércio e investimento não são apenas complementares, mas cada vez mais inseparáveis. Dois lados da mesma moeda do processo de globalização⁴⁵⁸. O cenário atual se demonstrou marcado por uma intensa rede de comércio e investimento, que evoluiu amplamente nas margens do direito internacional. A consequência desse cenário se resumiu à eliminação das fronteiras entre regulação do comércio internacional e investimentos estrangeiros, que passaram a exigir formas de regulação e controle coordenados em nível internacional⁴⁵⁹. Em virtude da relevância desse fenômeno, decidiu-se trazer os seus elementos de distinção e complementaridade à este trabalho.

Como início do método comparativo, buscou-se tratar da forma de regulação internacional dos investimentos estrangeiros e comércio internacional. O primeiro aspecto de relevância encontra-se refletido na forma de regulação de cada disciplina. O bilateralismo permeia o Direito Internacional dos Investimentos com uma explosão de BITs e fracasso das tentativas de multilateralismo. O comércio internacional, por sua vez, apresenta uma evolução dos FCNs para o multilateralismo da OMC.

O regionalismo, entretanto, vigora no âmbito dos investimentos estrangeiros e comércio internacional através do NAFTA, ASEAN e os acordos preferenciais no âmbito da OMC. Os acordos regionais vem sendo utilizados menos como um instrumento de

⁴⁵⁷ *“International trade and foreign investment can both improve a national’s productivity as well as threaten it. They support rising national productivity by allowing a nation to specialize in those industries and segments of industries where its companies are more productive and to import where its companies are less productive. No nation can be competitive in everything. The ideal is to deploy the nation’s limited pool of human and other resources into the most productive uses. Even those nations with the highest standards of living have many industries in which local companies are uncompetitive. Yet international trade and foreign investment also can threaten productivity growth. They expose a nation’s industries to the test of international standards of productivity. An industry will lose out if its productivity is not sufficiently in local wage rates. If a nation loses the ability to compete in a range of high-productivity/high-wage industries, its standard of living is threatened.”* PORTER, Michael E. *The Competitive Advantage of Nations*. Harvard Business Review, march-april 1990, p. 77.

⁴⁵⁸ WTO Press Release No. PRESS/42. Foreign Direct Investment Seen as Primary Motor of Globalization, Says WTO Director-General. 13 de Fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr042_e.htm>. Acesso em 08 jun.2014.

⁴⁵⁹ THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*. v. 41, n° 2. Jul/dez 1998, p. 59.

integração regional e mais como um instrumento de acesso a mercados, resultando em consequências custosas ao multilateralismo, como a própria fragmentação. Portanto, cumpre indagar se os efeitos do regionalismo na atualidade são positivos ou negativos para a relação entre comércio internacional e investimentos estrangeiros.

No espírito deste trabalho, importante se faz ressaltar as facetas do multilateralismo no campo do comércio e investimentos estrangeiros. No tocante ao comércio, claro está que o multilateralismo venceu, apesar as críticas atuais sob égide da Rodada de Doha e sobrevida do regionalismo. No cenário dos investimentos, entretanto, o multilateralismo restou fracassado, uma vez que todas as tentativas internacionais geraram incansáveis controvérsias e restaram infrutíferas.

Além disso, os pontos de contato restam evidentes através da regulação dos investimentos no âmbito da OMC, a relação do tratamento não-discriminatório quanto aos investimentos estrangeiros e comércio internacional e as decisões envolvendo investimentos apresentadas pelos painéis arbitrais dentro do sistema do comércio internacional.

Não é só. O estudo da atuação das TNCs realizando investimentos estrangeiros e os contratos de financiamento internacionais ressaltam essas características intrínsecas de duas disciplinas que se relacionam e demonstram que podem vir a ser reguladas de maneira comum diante da sua complementaridade.

3.1 O fenômeno da bilateralização dos investimentos estrangeiros *versus* multilateralismo no comércio internacional

Bilateralismo, por óbvio, se diferencia do multilateralismo no seu próprio conceito e forma de negociação. O desenvolvimento do Direito Internacional dos Investimentos com base no bilateralismo vem a contrastar significativamente com o multilateralismo emergente das instituições internacionais nas áreas do Direito Internacional Econômico, Direito do Comércio Internacional e Direito Monetário Internacional. Enquanto o multilateralismo dominou essas relações comerciais através do GATT, OMC e FMI, as iniciativas para o multilateralismo no âmbito dos investimentos restaram fracassadas⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ SCHILL, Stephan W. The Multilateralization of International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds. *Trade, Law and Development*, v. II, n° 59, 2010, p. 60.

Como já asseverado, o IED é uma das principais fontes de financiamento externo dos países em desenvolvimento⁴⁶¹. Com a atração de investimento estrangeiro e o seu estímulo ao desenvolvimento, milhares de BITs foram celebrados⁴⁶².

Diferentemente do regime do comércio internacional atual, o Direito Internacional dos Investimentos não é unificado e multilateralizado. Na verdade, trata-se de uma disciplina regulada por um conjunto de acordos bilaterais, onde não há uniformização de regras internacionais⁴⁶³.

Diversos países, especialmente aqueles em desenvolvimento, com o desejo de atrair investimento estrangeiro, começaram a negociar BITs em razão da possibilidade de estímulo ao desenvolvimento⁴⁶⁴. A proliferação desses acordos é, assim, reflexo da prática e necessidade do mercado internacional.

Cumprido salientar que o bilateralismo tem suas raízes mais profundas. Nos primórdios do direito internacional, notadamente, no final do século XVIII, o bilateralismo vigorava com conceito de igualdade, em que um Estado poderia negociar no mesmo nível que o contratante. No entanto, ainda era um momento em que as atitudes unilaterais tomadas por um Estado eram meios aceitáveis em resposta à violação dos direitos por parte de outro Estado⁴⁶⁵.

Fazendo referência ao tradicionalismo do direito internacional, Bruno Simma relembra que esta disciplina foi construída inicialmente com base no bilateralismo, onde ao mesmo tempo que os Estados se relacionavam diplomaticamente, delimitava-se a extensão dos seus territórios internacionalmente. No entanto, o bilateralismo foi sendo

⁴⁶¹ FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008, p.33. “*The flow of private capital is one of the major drivers of the global economy in the twenty-first century. African countries are active participants in the global regime that protects and regulates the flow of foreign direct investment (FDI), contributing to the regime mostly as recipients of capital*”. ODUMOSU-AYANU, Ibironke T. South-South Investment Treaties, Transnational Capital and African Peoples. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 21, 2013, p. 172.

⁴⁶² SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*, v. 51, n° 2, 2010, p. 428.

⁴⁶³ LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p. 180.

⁴⁶⁴ “Os TBIs, juntamente com outros aspectos do regime de investimento internacional procuram promover o livre fluxo de capitais por entre fronteiras”. Ressalte-se aqui que a denominação utilizada para tais acordos é tratados bilaterais sobre investimentos (TBIs), entretanto, neste trabalho utilizar-se-á acordos bilaterais sobre investimento (em inglês, BITs). ALVAREZ, José E. *Tratados bilaterais de investimento: a BIT on costum*. Tradução de: Bruno Fernandes Dias e Christa Maria Calleja. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49

⁴⁶⁵ LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p.70-71.

gradativamente substituído pelo interesse comunitário em que se abrange todos os Estados, mas também os seres humanos em si, e começou a se modificar o direito internacional tradicional. O elemento comunitário veio, portanto, sobrepondo, substituindo, e abolindo o fenômeno da bilateralização no direito internacional⁴⁶⁶.

Ocorre que, no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos, o bilateralismo permaneceu como mecanismo regulatório principal. Enquanto o BIT é um instrumento internacional através do qual dois países definem regras com o objetivo de regular os investimentos realizados pelos seus nacionais no território de cada um desses países⁴⁶⁷, o multilateralismo do comércio internacional regula as trocas de bens e prestação de serviço em uma rede interconectada de Estados-membros.

No âmbito do comércio, o bilateralismo permaneceu vigente como modelo durante anos, visando principalmente facilitar a troca de bens e regular o transporte marítimo de mercadorias. Não existia preocupação em regular o investimento, mas esses acordos podiam, eventualmente, conter alguma previsão sobre a titularidade de propriedade e compensação por expropriação realizada pelos governos locais⁴⁶⁸. Os FCNs eram, primordialmente, negociados e concluídos entre países desenvolvidos, enquanto que os BITs⁴⁶⁹ são normalmente concluídos entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, já que o número de BITs concluído entre países em desenvolvimento permanece muito baixo⁴⁷⁰. No entanto, os FCNs desenvolveram e evoluíram para um sistema multilateral de comércio, enquanto que os investimentos estrangeiros permanecem bilateralizados pelos BITs.

Jeswald Salacuse defende que os BITs tem três objetivos: promoção, liberalização e proteção do investimento realizado. No tocante à proteção, analisando a natureza e objetivo das disposições dos BITs, assim como, as controvérsias que surgiram a partir de

⁴⁶⁶ “Therefore, community elements are nowadays overlapping, superseding and sometimes even abolishing the old-fashioned bilateralist structures”. CRAWFORD, James Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrgonful Acts. In: FASTENRATH, Ulrich (Org). From Bilateralism to Community Interest in International Law: Essays in Honour of Judge Bruno Simma. Oxford University Press, 2011, p. 229-230.

⁴⁶⁷ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. Harvard International Law Journal. V. 46, no 1, 2005, p. 67.

⁴⁶⁸ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. Harvard International Law Journal. V. 46, no 1, 2005, p. 72.

⁴⁶⁹ Ao longo deste trabalho, optou-se por utilizar a sigla em inglês BIT.

⁴⁷⁰ LEAL-ARCAS, Rafael. International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance. Edward Elgar Pub, 2010, p. 187.

investidores que se viram lesados, o autor defende que os BITs alcançaram o objetivo da proteção do investimento estrangeiro. Apesar da proteção não ser absoluta, os investidores gozam de um nível de proteção maior em relação aos riscos de mudança regulatória do que aqueles investidores que não estão cobertos por um BIT⁴⁷¹. Pelo lado da liberalização econômica, o autor conclui que os BITs tem contribuído indiretamente e de forma modesta à liberalização do mercado. Considerando que a liberalização econômica é um processo complexo e depende de diversos fatores como políticas regulatórias, legislação local, instituições, BITs são instrumentos que facilitam esse processo e encorajam o IED nos países em desenvolvimento⁴⁷².

Kenneth Vandeveld divide o desenvolvimento histórico da elaboração dos BITs através dos seguintes períodos: (i) período colonial, em que o comércio e disposições acerca da proteção da propriedade figuravam no mesmo acordo. Os Estados não negociavam separadamente acordos sobre comércio e investimentos, uma vez que o foco principal das negociações era estabelecer relações comerciais e a proteção da propriedade tinha viés secundário. Por outro lado, o campo de elaboração e conclusão de acordos era mais limitado, uma vez que a capacidade de executabilidade dos mesmos era mais restrita⁴⁷³; (ii) período pós-colonial, marcado pela proteção concreta dos investidores que passaram a ter um remédio efetivo para violação dos seus direitos por parte dos Estados hospedeiros⁴⁷⁴; (iii) era global, com início no fim da década de 1980 e profundas mudanças no contexto da forma que os acordos internacionais sobre investimento eram negociados. As previsões sobre investimento começaram a permear acordos multilaterais como no seio da OMC. Além disso, foi o período em que houve uma explosão no número de BITs e que os acordos bilaterais e regionais passaram a prever regras sobre comércio e investimentos de forma complementar. Nessa nova era, as diferenças de conceitos que existiam no passado foram eliminadas. Isto é, existiam medidas sobre investimentos em acordos de todos os níveis, como bilateral, regional multilateral. Os acordos poderiam versar sobre

⁴⁷¹ SALACUSE, Jeswald W; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, v. 46, no 1, 2005. p. 90.

⁴⁷² “*on the promotional effects of a U.S. BIT, we find strong evidence that BITs have, to a significant extent, attained their stated goal of promoting investment*”. SALACUSE, Jeswald W; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*. V. 46, no 1, 2005, p. 95; 11.

⁴⁷³ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 161.

⁴⁷⁴ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 175.

comércio de bens, serviços e investimentos ou qualquer combinação desses três. Do mesmo modo, as partes poderiam ser países desenvolvidos ou países em desenvolvimento⁴⁷⁵.

Os primeiros BITs foram elaborados por países europeus como Alemanha e Suíça, conforme leciona Thomas Waelde⁴⁷⁶. Com as dificuldades e deficiências que o Direito Internacional dos Investimentos apresentava no período pós-guerra, iniciou-se um processo de luta pela proteção dos interesses do investidor e das companhias que investiam em território estrangeiro. Nesse momento, o investimento estrangeiro ganhou força como atividade econômica importante. Investidores estrangeiros que buscavam proteção internacional encontravam uma estrutura deficiente em diversos aspectos, com disposições pouco claras e princípios questionáveis⁴⁷⁷. Com isso, as negociações para acordos que fossem mais completos, específicos e exigíveis, deram a largada para os acordos bilaterais⁴⁷⁸.

Entre 1946 e 1966, 21 acordos bilaterais foram celebrados. Esses acordos passaram a incluir disposições para proteção da propriedade, tratamento igualitário entre investidores nacionais e estrangeiros, assim como, cláusula da nação mais favorecida⁴⁷⁹. No período pós-guerra, os acordos bilaterais passaram a focar no investimento, uma vez que as relações sobre comércio estavam sendo agora negociadas no âmbito do GATT⁴⁸⁰.

A partir da década de 1990, iniciou-se um movimento de conclusão de BITs, dominando o panorama regulatório sobre investimentos. A partir de meados de 1990,

⁴⁷⁵ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 175-183.

⁴⁷⁶ WAELDE, Thomas. International law of foreign investment: towards regulation by multilateral treaties. *Business Law International*. v. 1999, issue 1. p. 51. Em 1959, o primeiro BIT foi concluído entre a Alemanha e Paquistão e, posteriormente, concluiu-se um BIT entre a Alemanha e República Dominicana, uma vez que a Alemanha tinha perdido todo o investimento estrangeiro no final da Segunda Guerra Mundial. LOWENFELD, Andreas. *International Economic Law*. 2. ed. Oxford University Press, 2008, p. 554.

⁴⁷⁷ “For example, customary international law had virtually nothing to say about the right of foreign investors to make monetary transfers from the host country. Second, the principles that did exist were often vague and subject to varying interpretations”. SALACUSE, Jeswald W; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, v. 46, no 1, 2005, p. 68.

⁴⁷⁸ SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law. *Studies in International Financial, Economic, and Technology Law*, v. 8, 2007, p.242.

⁴⁷⁹ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 162-163.

⁴⁸⁰ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 166.

medidas protetivas de investimentos começaram a fazer parte de acordos sobre comércio, assim como, procedimentos visando regular controvérsias entre investidor-Estado. Entre 1995 e 2005, praticamente dobrou o número de BITs⁴⁸¹. O número de BITs cresceu exponencialmente, sendo visto como a principal forma de regulação dos investimentos estrangeiros no direito internacional moderno e se caracterizando como um dos fenômenos mais relevantes do direito internacional nos últimos quinze anos⁴⁸².

O cenário atual do arcabouço jurídico dos investimentos revela um número impressionante de 2.857 BITs⁴⁸³, demonstrando a necessidade de coerência e harmonização das normas que regulam os investimentos. Isto porque, a fragmentação da normativa jurídica internacional sobre investimentos leva a incertezas, conflitos, falta de transparência e insegurança jurídica⁴⁸⁴. De fato, a heterogeneidade gerada pelo alto número de acordos bilaterais torna impossível conceber o Direito Internacional dos Investimentos como um sistema unificado de direito, gerando formas de tratamentos preferenciais, diferenciados e discriminatórios⁴⁸⁵. O panorama complexo da regulação sobre os

⁴⁸¹ STIGLITZ, Joseph E. Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities. *American University International Law Review*. V. 23, n° 3. 2007. p. 453, nota de rodapé n° 4. Ver também GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties that hurt them: Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, 1998, p. 640.

⁴⁸² VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. *University of California, Davis*, v. 12, 2005-2006, p. 157.

⁴⁸³ *“More than 1,300 of today’s 2,857 bilateral investment treaties (BITs) will have reached their “anytime termination phase” by the end of 2013, opening a window of opportunity to address inconsistencies and overlaps in the multi-faceted and multi-layered IIA regime, and to strengthen its development dimension.”* World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development. p. x.

⁴⁸⁴ Joseph Stiglitz ressalta que os acordos bilaterais sobre investimentos não são simétricos, assim como, não são acordos democráticos. Além disso, o autor ressalta as pressões diplomáticas que países desenvolvidos exercem sobre países mais pobres sem poder de barganha para que acordos desfavoráveis a estes últimos sejam celebrados, bem como, se tratam de acordos desbalanceados, favorecendo empresas transnacionais de um lado, sem atribuir-lhes responsabilidades consistentes. STIGLITZ, Joseph E. Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities. *American University International Law Review*, v. 23, n° 3, 2007, p. 451-474. *“An investment treaty between two developed states, both of whose nationals expect to invest in the territory of the other, would be based on the notion of reciprocity and mutual protection. However, this bargain would not seem applicable in the context of a treaty between a developed, capital-exporting state and a poor, developing country whose nationals are unlikely to invest abroad.”* SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, v. 46, no 1, 2005, p. 77.

⁴⁸⁵ *“This development suggests a chaotic and unsystematic aggregate of the law governing international investment relations. Rather than constituting a consistent and coherent system of law, one would expect an extreme divergence and fragmentation in the field”.* SCHILL, Stephan W. The Multilateralization of International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds. *Trade, Law and Development*, v. II, n° 59, 2010, p. 61.

investimentos revela fragmentação, especialização e duplicação das normas e acordos bilaterais, o que pode gerar o fenômeno chamado de “*treaty shopping*”⁴⁸⁶.

Diversos foram os motivos para o crescimento dos BITs. Os países em desenvolvimento buscavam a atração de investimentos estrangeiros, enquanto os países desenvolvidos precisavam alcançar a proteção dos seus investidores como reação defensiva às expropriações realizadas pelos governos locais sem compensação justa e a preço de mercado⁴⁸⁷. Jeswald Salacuse ressalta que o incentivo por trás da rápida expansão dos BITs estava fundamentado no desejo de as empresas industrializadas investir de forma segura nos países em desenvolvimento⁴⁸⁸. Conforme esclarece José Alvarez, a finalidade primordial dos BITs consiste em assegurar proteção efetiva aos investidores estrangeiros e permitir mecanismos de solução de controvérsias entre investidor e Estado⁴⁸⁹.

No entanto, há quem argumente que os países desenvolvidos negociam os acordos bilaterais intencionando vantagens como concorrência industrial ao invés de proteção dos direitos do investidor⁴⁹⁰. Até porque, os países desenvolvidos detêm mais investidores capazes de realizar IED do que os países em desenvolvimento. Esse cenário, diminui a capacidade dos países em desenvolvimento em exigir regras de proteção, ou seja, não há reciprocidade quanto ao poder de barganha entre as partes de um BIT⁴⁹¹. No mesmo

⁴⁸⁶ WEISS, Friedl. Trade and Investment. In: Muchlinski, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph.(eds.) The Oxford International Handbook of International Investment Law. Oxford University Press, 2008, p. 191.

⁴⁸⁷ “*In the United States in particular, the decision to negotiate BITs was very much motivated by a desire to create a network of treaties adopting the standard of prompt, adequate and effective compensation for expropriation*” VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 71.

⁴⁸⁸ “*Without a BIT, international investors are forced to rely on host country law alone for protection, which entails a variety of risks to their investments. Host governments can easily change their own domestic law after a foreign investment is made, and host country officials may not always act fairly or impartially toward foreign investors and their enterprises*”. SALACUSE, Jeswald W; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. Harvard International Law Journal, v. 46, no 1, 2005, p. 75.

⁴⁸⁹ ALVAREZ, José E. Tratados bilaterais de investimento: a BIT on costum. Tradução de: Bruno Fernandes Dias e Christa Maria Calleja. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 48.

⁴⁹⁰ GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties that hurt them: Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties. Virginia Journal of International Law, v. 38, 1998, p.688.

⁴⁹¹ Sobre reciprocidade: “Eles dependem e são baseados na reciprocidade específica para sua legitimidade e execução, e não evidenciam objetivos comuns de serem aplicados por meios comuns”. ALVAREZ, José E. Tratados bilaterais de investimento: a BIT on costum. Tradução de: Bruno Fernandes Dias e Christa Maria Calleja. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 52. “*Although the process of treatification of international investment law seems to be continuing unabated, it also presents a puzzle: why do developing countries, who usually have few national*

sentido, afirma Sornarajah, os BITs são mais como acordos de adesão do que resultado de negociação bilateral entre países, resumindo a imposição por parte de países exportadores de capital a países em desenvolvimento⁴⁹².

Autores como Stephan Schill, entretanto, defendem que, apesar da fragmentação, insegurança jurídica e falta de consistência gerada pelo bilateralismo, os BITs e as decisões arbitrais tem desenvolvido uma estrutura uniforme para regular o investimento estrangeiro. Assim, o Direito Internacional dos Investimentos tem se multilateralizado através do bilateralismo⁴⁹³. Ademais, os BITs podem acomodar os interesses de duas partes mais facilmente, possuindo uma negociação menos sofisticada do que um acordo multilateral, o qual depende de endereçar interesses de inúmeros países simultaneamente. As perspectivas de atração de investimento através dos BITs é mais intensa do que através de um acordo multilateral, em que esses benefícios parecem ser mais tênues e teóricos.

Enquanto os países desenvolvidos estão interessados em concluir acordos bilaterais com determinados países em desenvolvimento⁴⁹⁴, não teriam aqueles interesse em concluir

investors in need of protection abroad, sign investment treaties whose effect is to restrain governmental action in their dealings with foreign investors? Concluding and sustaining a treaty, like any agreement, requires the existence of a basic bargain between the parties, a bargain where both sides believe they derive benefits. An investment treaty between two developed States, both of whose nationals expect to invest in the territory of the other, would be based on the notion of reciprocity and mutual protection. One side promises to protect the investments of the other side's nationals in return for protection of its own national's investments in the other side's territory. But that basic bargain would not seem to apply in a BIT between a developed, capital-exporting State and a poor developing country whose nationals are unlikely to invest abroad. One may therefore ask why poor countries whose nationals have little prospect in the near future, if ever, of undertaking foreign investments would sign a BIT whose purpose is to protect the investments of foreigners. Why would it be in that developing country's interest to constrain its sovereignty by concluding a treaty whose very purpose is to limit the host government's ability to take what it may judge in the future to be necessary legislative and administrative action to advance and protect national interests?" SALACUSE, Jeswald W. *The Treatification of International Investment Law. Studies in International Financial, Economic, and Technology Law*, v. 8, 2007, p.244.

⁴⁹² SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.176-177. Sobre a característica de acordo de adesão, ressalta José Alvarez: “Num outro ensaio, eu também abordei o rumor de que consequências jurídicas surgem do fato de que *algumas* negociações de TBIs, especialmente nos primeiros anos, pareciam-se mais com sessões de treinamento realizadas pelos países ocidentais, exportadores de capitais, do que como negociações entre soberanos iguais”. ALVAREZ, José E. *Tratados bilaterais de investimento: a BIT on costum*. Tradução de: Bruno Fernandes Dias e Christa Maria Calleja. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 62.

⁴⁹³ “*Instead of being prone to almost infinite fragmentation, international investment law is developing into a uniform governing structure for foreign investment based on uniform principles with little room for insular deviation. Paradoxically, international investment law is therefore multilateralizing on the basis of bilateral treaties*”. SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds*. *Trade, Law and Development*, v. II, n° 59, 2010, p. 61.

⁴⁹⁴ No que tange a amplitude dos BITs, impende-se ressaltar que apesar do número significativo de BITs, não existe nenhum acordo entre os Estados Unidos e qualquer um dos países que formam o grupo do BRICs que

um acordo multilateral concedendo liberalização a investidores de diversos países, inclusive os desenvolvidos que poderiam se tornar fortes competidores das suas empresas nacionais⁴⁹⁵. Destaca-se a indagação de Andreas Lowenfeld em ser incompreensível como os mesmo países que aceitam regras em acordos bilaterais, não podem aceitar essas mesmas disposições em acordos multilaterais. A razão para isso, segundo o autor, é que muitos países em desenvolvimento não querem dizer realmente o que acordam através dos BITs⁴⁹⁶.

Ressalte-se que, até duas décadas atrás, os acordos sobre investimento endereçavam apenas investimentos. Recentemente, a tendência tem sido negociar disposições sobre investimentos em um contexto mais amplo, também endereçando temas de comércio. A esses acordos dá-se o nome de acordos de livre comércio - *free trade agreements* (em inglês, FTA). Assim, a tendência internacional tem se direcionado para a conclusão de acordos bilaterais e regionais sobre cooperação econômica regional ou bilateral, ao invés de se concluir acordos apenas sobre investimentos ou comércio individualmente⁴⁹⁷.

Apesar das tentativas de se multilateralizar o Direito Internacional dos Investimentos, o bilateralismo e regionalismo tem prevalecido⁴⁹⁸. Ao contrário do que ocorre no comércio, não existe um único tratado multilateral sobre investimentos, nem um padrão a ser seguido por todos os Estados. O multilateralismo personificou-se nos acordos sobre o comércio e o bilateralismo expandiu-se nos investimentos. “O Brasil, apesar de signatário de vários desses acordos, nunca chegou a ratificá-los”⁴⁹⁹.

são Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. ALVAREZ, José E. Tratados bilaterais de investimento: a BIT on costum. Tradução de: Bruno Fernandes Dias e Christa Maria Calleja. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50.

⁴⁹⁵ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, v. 46, no 1, 2005, p. 78.

⁴⁹⁶ LOWENFELD, Andreas. *Investment Agreements and International Law*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, n° 1, p. 127.

⁴⁹⁷ “*This trend seems to have started with the agreement between Canada and the United States in 1989, which formed the basis for the NAFTA concluded in 1994 between these two states and Mexico*”. DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 14.

⁴⁹⁸ “*time and again, after failed attempts to conclude multilateral trade – or investment – agreements, bilateralism and various forms of regionalism have sprouted, by default as it were*”. WEISS, Friedl. *Trade and Investment*. In: Muchlinski, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (eds.). *The Oxford International Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, p. 206.

⁴⁹⁹ NASSER, Rabih Ali. *Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 153.

Na acepção estrita do termo, o ‘multilateralismo’ consiste no estágio em que múltiplos Estados interagem entre si no direito internacional contemporâneo. Obviamente, o termo multilateral distingue-se do bilateral pelo número de Estados participantes nas negociações. Um acordo multilateral é um acordo aceito por vários Estados, mas não necessariamente todos os Estados⁵⁰⁰. Para a visão multilateral, consenso passa a ser um importante elemento, já que o mesmo coloca em discussão a soberania nacional dos Estados e diminui a capacidade dos Estados em atuar de forma unilateral nos casos de violação de regras multilaterais⁵⁰¹.

Nos últimos 60 anos, verificou-se, então, um movimento em prol da multilateralização, que se veste de duas formas. Primeiramente, através de uma explosão de organizações internacionais do direito internacional público como a ONU, FMI e Banco Mundial. Em segundo lugar, através de uma proliferação de regras multilaterais, formalizadas em tratados ou não, que endereçam o tema de conflitos de lei e cooperação internacional, constantes do direito internacional privado. Esse movimento a favor do multilateralismo transformou o caráter do direito internacional, tornando o nome da disciplina um anacronismo⁵⁰².

O multilateralismo pode ser visto como um mecanismo mais viável e adequado para proteger os interesses dos Estados fracos e fortes de forma equânime, assim como manter um grau necessário de paz e estabilidade⁵⁰³. E mais, este conceito tem sido crucial para a promoção do fluxo de mercadorias e serviços durante o século que se passou. Seria difícil imaginar a história econômica pós-Segunda Guerra Mundial sem as decisões multilaterais tão importantes para a reconstrução, incorporação dos países em

⁵⁰⁰ O símbolo do multilateralismo foi a criação da Organização das Nações Unidas em 1945. LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p. 39.

⁵⁰¹ Nos últimos 60 anos, verificou-se um movimento em prol da multilateralização, que se veste de duas formas: em primeiro lugar, uma explosão de organização internacionais do direito internacional público como a ONU, FMI e Banco Mundial; em segundo lugar, houve uma proliferação de regras multilaterais, formalizadas em tratados ou não, que endereçam o tema de conflitos-de-lei e cooperação internacional, constantes do direito internacional privado. Esse movimento a favor do multilateralismo transformou tanto o caráter do direito internacional que até o termo “direito internacional” passa a ser um anacronismo. HEAD, John W. *Supranational Law: How the Move Toward Multilateral Solutions is Changing the Character of International Law*. *Kansas Law Review*, v. 42, 1994, p. 606.

⁵⁰² HEAD, John W. *Supranational Law: How the Move Toward Multilateral Solutions is Changing the Character of International Law*. *Kansas Law Review*, v. 42, 1994, p. 606.

⁵⁰³ LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p. 40.

desenvolvimento, integração dos países em transição no sistema multilateral do comércio⁵⁰⁴.

Dentro do contexto do comércio internacional, o multilateralismo tem prevalecido, conforme se analisou no capítulo anterior. A OMC, como resultado de oito negociações multilaterais de liberalização de comércio, tem por objetivo melhorar os padrões de vida, assegurar o pleno emprego, crescimento amplo e estável, otimização dos recursos naturais, preservação do meio-ambiente, tudo isso através da liberalização do comércio de bens e serviços⁵⁰⁵.

Diante da globalização intensa e perda da identificação da nacionalidade dos produtos, o impacto das políticas econômicas se tornou cada vez mais intenso. Além disso, a liberalização do comércio através do tratamento não discriminatório e redução das barreiras tarifárias e não-tarifárias representam os objetivos que se queria alcançar. O multilateralismo do comércio internacional desempenha um importante papel nesse cenário, impulsionando um crescimento econômico que pode vir a ser cada vez maior.

Considerando as críticas e dificuldades geradas pela fragmentação do bilateralismo, os prejuízos sofridos pela diversidade de regras criadas pela ausência de um instrumento unificado, algumas foram as tentativas de se alcançar o multilateralismo no contexto do Direito Internacional dos Investimentos. O exemplo do comércio internacional era uma mola propulsora que incentivava as organizações internacionais a inserir o tema dos investimentos na sua agenda ou a criar um novo instrumento multilateral sobre investimentos.

3.2 O Multilateralismo no Direito Internacional dos Investimentos: fracasso (in)esperado?

Os obstáculos para se alcançar o multilateralismo no campo dos investimentos foram diversos quando se buscava consenso para formação de um acordo uniforme. Diversas foram as tentativas de se elaborar um instrumento multilateral ao longo das

⁵⁰⁴ SIMMONS, Beth A. From unilateralismo to bilateralism: Challenges for the multilateral trade system. In: NEWMAN, Edward; THAKUR, Ramesh; TIRMAN, John. (eds.). *Multilateralism under Challenge? Power, International Order, and Structural Change*. Tokyo: United Nations University Press, 2007, p. 441-460.

⁵⁰⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_stand_for_e.htm>. Acesso em 10 jul. 2014.

décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial, porém nenhuma delas logrou êxito ou encontrou unanimidade, esbarrando frequentemente em muro de controvérsias e divergências. Identificar a necessidade do multilateralismo no campo dos investimentos depende de verificar a prática substancial e expansiva dos BITs. No cenário internacional atual é possível verificar acordos multilaterais que incluem o tema dos investimentos na sua agenda, entretanto, estes não são focados precipuamente em investimentos e, por assim dizer, deveriam ser chamados de “acordos econômicos multilaterais”⁵⁰⁶ ou ainda acordos regionais que tratam de comércio e investimentos⁵⁰⁷.

Como já asseverado anteriormente, o número de BITs cresceu exponencialmente sem que houvesse uniformidade nas normas ou decisões. A necessidade de uniformização e sistematização tornou-se urgente. Ademais, era muito importante delimitar temas como expropriação⁵⁰⁸, proteção do investidor, devida compensação, tratamento justo e equitativo. Por outro lado, os BITs poderiam servir como forma de influência para a elaboração de acordos multilaterais. A prática bilateral foi utilizada como instrumento para elaboração de convenções multilaterais no campo dos investimentos como, por exemplo, a influência de um procedimento arbitral entre investidor e Estado⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ WAELDE, Thomas. International law of foreign investment: towards regulation by multilateral treaties. *Business Law International*. v. 1999, issue 1, p. 51;54.

⁵⁰⁷ “*This emerging trend of combining trade and investment in economic agreements is developing at regional and interregional levels.*” FALSAFI, Alireza. *Regional Trade and Investment Agreements: Liberalizing Investment in a preferential Climate*. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 36, 2008-2009, p. 43.

⁵⁰⁸ Sobre expropriação no campo dos investimentos ver artigos: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá . Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, p. 127-178.

⁵⁰⁹ Interessante abordagem que Thomas Waelde faz em relação às diferenças dos acordos bilaterais e multilaterais sobre investimentos. Apesar de óbvia diferença com respeito à abrangência das regras desses acordos, o autor ressalta as tendências sobre as quais os acordos bilaterais são formados e a base das suas negociações e conteúdo: “*There is one more significant difference between BITs and MITs. BITs tend to be influenced by the practice and current model used by the sponsoring (usually developed) country. Some "grandfatherly" influence may come from earlier OECD model instruments. This means one can distinguish between American, German and United Kingdom BITs. This is only to be expected: BITs are promoted and negotiated by the foreign economic affairs agency of the particular home country of investors. They are therefore the result of considerable intra-agency debate and bargaining (especially the United States model). A particular type of BIT will therefore develop and the variations within the type will reflect both the evolution of the model and the reaction of the (usually developing) host state. Non-developed country treaties will in most cases consist of elements adopted from BITs concluded by a developing country with a developed country and then used onwards with other developing country counterparts. MITs, on the other hand, tend to draw considerable influence from the great multilateral trade treaties, in particular the GATT/ WTO agreements*”. WAELDE, Thomas. *International law of foreign investment: towards regulation by multilateral treaties*. *Business Law International*, issue 1, 1999, p. 52-53.

Segundo Rafael Leal-Arcas existem cinco justificativas para se elaborar uma regulação multilateral sobre investimentos: (i) importância crescente de empresas transnacionais com capital detido por diferentes investidores de diversos países; (ii) papel do IED nos países menos desenvolvidos; (iii) aumento da eficiência; (iv) diminuição do fluxo de IED com a ausência de regulação harmonizada; (v) maior interação entre comércio e investimento⁵¹⁰.

Nesse ínterim, sucessivas foram as tentativas em desenvolver um acordo multilateral com objetivo de regular os investimentos estrangeiros⁵¹¹. Os ensaios para se alcançar o multilateralismo foram realizados no âmbito da ONU, Banco Mundial e OCDE, dentre as quais o MAI foi a iniciativa mais relevante.

Além de ensaios para elaboração de instrumentos multilaterais concentrados em regular os investimentos, também desenvolveram-se regras sobre investimentos estrangeiros no seio de outros acordos multilaterais como no âmbito da Carta de Havana e da OMC⁵¹².

Desde a abortada Carta de Havana, muitos países em desenvolvimento e alguns países desenvolvidos viam o IED através de empresas transnacionais como forma de colonialismo e exploração, sendo as transnacionais uma forma de ameaça à sua soberania e segurança nacional. A partir da maior incidência de expropriação de investimentos estrangeiros, os países desenvolvidos buscaram uma forma de proteção dos seus investidores através do bilateralismo, regionalismo ou multilateralismo.

Em 1957, Hermann Josef Abs sugeriu uma Carta Magna para proteção da propriedade estrangeira na forma de um tratado internacional, para que se implementassem padrões específicos de proteção, instalando-se um tribunal arbitral permanente com objetivo de aplicar os preceitos da Carta Magna e fazer valer os direitos dos investidores

⁵¹⁰ LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p. 249.

⁵¹¹ WEISS, Friedl. *Trade and Investment*. In: Muchlinski, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. (eds.) *The Oxford International Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, p. 182.

⁵¹² A Carta de Havana possuía previsão para regular investimentos estrangeiros realizados pelas grandes empresas, inclusive propostas de controle de práticas de negócios restritivas e proteção da segurança de investimento estrangeiro. Além disso, esta convenção previa uma regra de que os países importadores de capital poderiam controlar as condições de entrada e estabelecimento do investimento entrante. Tais regras causaram uma forte oposição dos países, principalmente, dos Estados Unidos que, como já foi mencionado anteriormente, não conseguiu ratificação do Congresso Americano para sua entrada em vigor. MUCHLINSKI, Peter T. *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1037.

estrangeiros. Hermann Josef Abs e Sir Hartley Shawcross elaboraram em conjunto uma convenção multilateral que culminou no primeiro rascunho Abs-Shawcross⁵¹³. Esta iniciativa levou ao primeiro movimento da OCDE com objetivo de criar um acordo multilateral sobre investimento estrangeiro em 1962, em que o projeto sobre a convenção de proteção de bens estrangeiros é apresentado em rascunho inicial. Posteriormente, em 1967, o chamado “*Le projet de convention de l’OCDE sur la protection des biens étrangers*”⁵¹⁴ é finalmente aprovado e implementado através da resolução do conselho da OCDE, em que já se considerava a importância da movimentação de capital para o desenvolvimento⁵¹⁵. Este primeiro trabalho da OCDE, contudo, fracassou em razão do fato de que a Convenção possuía aplicabilidade além dos membros da OCDE⁵¹⁶. Com isso, a OCDE contentou-se em apenas orientar os países que concluíssem acordos bilaterais a seguir a convenção multilateral como modelo⁵¹⁷.

Em 1961, o Banco Mundial apresentou uma iniciativa para endereçar discussões acerca de temas como desenvolvimento econômico, cooperação internacional e investimento internacional privado. Diante das diversas controvérsias na cinemática internacional, decidiu-se por evoluir com um sistema de resolução de disputas imparcial sem buscar um acordo materialmente relevante no campo dos investimentos⁵¹⁸. O resultado

⁵¹³ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 8.

⁵¹⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *Le projet de convention de l’OCDE sur la protection des biens étrangers* Disponível em: <<http://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/44853865.pdf>>. Acesso em 03 maio 2014.

⁵¹⁵ “Le traité prévoyait l’application du principe du traitement juste et équitable des biens des ressortissants des autres États parties, ainsi que le principe de non-discrimination. Les risques d’atteinte sans compensation à l’investissement étranger entre pays développés (les membres de l’O.C.D.E.) étant minimes et les apports du traité aux instruments déjà en vigueur entre les États membres ne représentant que peu de substance, le projet a été mis en échec”. LATTY, Franck. L’O.C.D.E. et l’encadrement juridique de l’Investissement. In: DAILLIER, Patrick; LA PRADELLE, Géraud de; GHÉRARI, Habib. *Droit de l’Économie Internationale*. Centre de droit international de l’Université Paris X. Paris: Pedone, 2004, p. 729.

⁵¹⁶ LOWENFELD, Andreas. *Investment Agreements and International Law*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, n° 1, p. 123.

⁵¹⁷ “In 1967, the Council of the OECD, by a resolution adopted on October 12, 1967, commended the draft convention to Member States as a model for bilateral investment protection treaties (BIT) and as a basis for ensuring the observance of the principles of international law that it contained (...) Indeed, the MAI was often “sold” as a “multilateralisation” of BITs with some additional provisions.” MUCHLINSKI, Peter T. *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?* *The International Lawyer*, v. 34, n°. 3. 2000, p. 1036.

⁵¹⁸ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 8.

desta iniciativa foi alcançado em 1965 através da Convenção ICSID⁵¹⁹. Até a entrada em vigor da Convenção do ICSID em 1966, as arbitragens entre indivíduo e Estado eram raras e geralmente não se aceitavam como componentes do direito internacional⁵²⁰.

Paralelamente ao projeto de Convenção sobre bens estrangeiros, a OCDE desenvolveu em 1961 outros instrumentos como o Código de Liberalização de Movimento de Capital⁵²¹ e o Código de Liberalização de Operações Correntes Invisíveis⁵²². Esses instrumentos constituíam regras sobre a liberalização do movimento de capitais além-fronteiras de forma progressiva e não-discriminatória, assim como, o direito de estabelecimento introduzido em 1984 ao Código de Liberalização de Movimento de Capital⁵²³. Segundo a OCDE, o Código de Liberalização de Movimento de Capital permanece como “único instrumento multilateral atualmente disponível que promove a liberalização dos movimentos de capitais”⁵²⁴. Apesar do fato de que nenhuma dessas propostas entraram em vigor, elas influenciaram, de certa forma, o desenvolvimento do movimento a favor dos BITS⁵²⁵.

Na década de 1980, com a queda de fluxo de investimento, os países em desenvolvimento começaram a atrair investimentos estrangeiros, momento em que se viu necessidade de elaborar políticas e regras para se regular o tema. Na década de 1990, destacam-se as iniciativas do Banco Mundial e da OCDE para multilateralização dos investimentos. Em 1992, o Banco Mundial elaborou as Diretrizes para tratamento do IED

⁵¹⁹ “The Executive Directors took final action on the Convention on 18 March 1965 and the Convention entered into force one-and-a-half years later on 14 October 1966, one month after the twentieth country had deposited its instrument of ratification”. BROCHES, Aron. *The Convention on the Settlement of Investment Dispute*. Recueil des Cours. The Hague Academy of International Law, 1972, p. 342-348.

⁵²⁰ LOWENFELD, Andreas. *Investment Agreements and International Law*. Columbia Journal of Transnational Law, v. 42, n° 1, p. 125.

⁵²¹ Código de Liberalização de Movimento de Capital. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/CapitalMovements_WebEnglish.pdf>. Acesso em 04 maio 2014.

⁵²² Código de Liberalização de Operações Correntes Invisíveis. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/InvisibleOperations_WebEnglish.pdf>. Acesso em 04 maio 2014.

⁵²³ MUCHLINSKI, Peter T. *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?* The International Lawyer, v. 34, n° 3, 2000, p. 1036.

⁵²⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. *O Código da OCDE sobre Liberalização dos Movimentos de Capitais: quarenta anos de experiência*. 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2510954.pdf>>. Acesso em 04 maio 2014.

⁵²⁵ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITS Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain*. Harvard International Law Journal, v. 46, n. 1, 2005. p. 72.

concentrados sobre os investimentos estrangeiros no território de qualquer membro das instituições pertencentes ao grupo do Banco Mundial. A aplicabilidade das regras que compõem as Diretrizes pode ser direcionada de forma complementar aos acordos bilaterais e multilaterais⁵²⁶. As Diretrizes tinham por objetivo a proteção do investidor, entretanto, permitindo que os Estados hospedeiros viessem a controlar a entrada e estabelecimento dos investidores estrangeiros⁵²⁷.

Em 1995, os países membros da OCDE iniciaram negociações para o rascunho de uma nova convenção nos moldes do GATT - o MAI⁵²⁸. As negociações duraram entre 1995 e 1998 e se basearam nas premissas dos BITs. O draft final do MAI foi apresentado em 22 de abril de 1998⁵²⁹. Considerando que, dentre as tentativas de se elaborar um instrumento multilateral, a iniciativa da OCDE foi a mais consistente e avançada.

No entanto, diversos foram os obstáculos enfrentados pelos defensores do MAI. Peter Muchlinski aponta para as principais discussões envolvendo o MAI como (i) ambiente de negociações; (ii) conteúdo do MAI; e (iii) outros temas que foram decisivos para o acordo não progredir⁵³⁰. O autor ressalta que as origens das negociações se desenvolveram através das iniciativas dos EUA em 1991 argumentando que um instrumento sobre investimentos mais abrangente precisava ser elaborado. Os EUA desejavam que a OCDE adotasse um instrumento com altos padrões de liberalização, proteção do investidor e procedimento de solução de disputas. Do mesmo modo, vieram pleitos da Comissão Europeia em 1995, perseguindo o ideal de um acordo multilateral sobre investimentos. Esta última defendia a elaboração de um acordo negociado no âmbito da OMC, dado ao amplo número de Estados que essas regras alcançariam, um procedimento de solução de disputas vinculativo, direito da União Europeia de negociar no âmbito da OMC como membro singular em representação aos seus Estados-membros.

⁵²⁶ BANCO MUNDIAL. World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>. Acesso em 04 maio 2014.

⁵²⁷ MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1037.

⁵²⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Documentos das Negociações do Acordo Multilateral de Investimentos. Disponível em: <<http://www1.oecd.org/daf/mai/>>. Acesso em 03 maio 2014.

⁵²⁹ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 10.

⁵³⁰ MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1038.

Apesar do interesse em levar as negociações para a OMC, o acordo permaneceu sendo elaborado no seio da OCDE⁵³¹.

Além dos mencionados obstáculos, uma intensa crítica formulada pela oposição veio da sociedade civil e, principalmente, das ONGs. Após divulgação do MAI em agosto de 1997, as ONGs debateram intensamente sobre a monopolização das negociações iniciais e elaboração do conteúdo do acordo em segredo, dentro de um grupo fechado dos membros da OCDE. A ausência de audiência pública e interesse pela opinião da sociedade civil nesse estágio inicial criou um ar de hostilidade ao projeto que se tornou difícil de ser sustentado no plano político⁵³².

O conteúdo do próprio acordo gerou massivas discussões sobre o que deveria ser ou não incluído em cada seção deste instrumento, composto por doze temas, dentre eles estavam presentes os seguintes (i) tratamento do investidor e investimentos; (ii) proteção dos investimentos; (iii) resolução de disputas; (iv) exceções e salvaguardas; (v) serviços financeiros; e (vi) aspectos tributários⁵³³.

Em geral, deve-se dizer que, usualmente, um acordo sobre investimentos inicia suas previsões a partir do objetivo, escopo e definições sobre investimento e investidor. Peter Muchlinski ressalta que a definição apresentada para esse termos eram abrangentes demais. Enquanto o conceito de investidor englobava não somente nacionais, mas também residentes permanentes, pessoas jurídicas e quaisquer outras entidades constituídas ou organizadas sob as leis aplicáveis do Estado parte ao acordo, o conceito de investimento abrangia qualquer ativo cuja propriedade ou controle, direto ou indireto, fosse de um investidor. Significa dizer que qualquer investimento que um investidor possuísse ou controlasse indiretamente, mesmo que fora do território de um Estado-parte, seria protegido pelo MAI. Essa previsão permitia que as TNCs pudessem gerenciar seu fluxo de capital de forma mais flexível utilizando facilmente suas afiliadas no cenário internacional. Esta última definição apresentava uma lista não-exaustiva de tipos de investimento em que

⁵³¹ MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1039.

⁵³² WAELDE, Thomas. International law of foreign investment: towards regulation by multilateral treaties. *Business Law International*, issue 1, 1999, p. 56.

⁵³³ MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1040.

figuravam contratos de construção, concessões, licenças, financiamentos, propriedade intelectual, hipotecas, com exceção dos investimentos de portfólio⁵³⁴.

Com relação às exigências prévias à entrada do capital estrangeiro no território de um Estado-parte, o MAI exigia liberalização das regras de entrada e estabelecimento do investimento, previsões igualmente previstas pelo Código de Liberalização de Movimento de Capital, NAFTA e os BITs negociados pelos EUA. O MAI colocava a liberalização das condições de entrada no centro do acordo.

O princípio da não-discriminação se encontrava presente no MAI através da cláusula da nação mais favorecida e do tratamento nacional. Enquanto a exigência de não conceder ao investidor tratamento menos favorável àquele concedido a um investidor nacional de um Estado não gerou controvérsias, o tratamento não-discriminatório referente aos direitos de entrada e estabelecimento geraram contestações. Em razão das dificuldades em se cumprir o tratamento nacional, a oposição foi gerada em relação à expansividade do termo⁵³⁵.

Além dos elementos anteriormente elencados, qualquer regra de requisito de desempenho a ser cumprida pelo investidor seria absolutamente proibida no âmbito do MAI como, por exemplo, regras de conteúdo local, transferência de tecnologia, emprego de nacionais, estabelecimento de *joint venture* com empresas locais, entre outros. Expropriações, por sua vez, deveriam observar o princípio do padrão mínimo, mas compensações incluíam também previsão sobre expropriações indiretas. Essa previsão gerava consequência para países que tinham regimes regulatórios mais rígidos, levando ao fato de que as regras que limitassem de forma mais restritiva investimentos com lucros poderiam ser entendidas como expropriação⁵³⁶.

Por fim, o procedimento de resolução de disputas também gerou controvérsias, especialmente, acerca das previsões sobre disputas entre investidor e Estado. Isto porque, o MAI concedia direitos especiais para o investidor em questionar decisões nacionais com relação ao direito material do MAI. Na hipótese de restar infrutífera as negociações ou

⁵³⁴ Enquanto alguns Estados entendiam ser muito abrangente a definição de investimentos no MAI, outros entendiam que o escopo da definição era muito limitado. MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, no. 3, 2000, p. 1040-1041.

⁵³⁵ MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1043.

⁵³⁶ MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1045.

consultas, o investidor estaria livre para submeter a controvérsia à corte competente ou às autoridades administrativas do Estado-parte. As ONGs viram essa regra como um privilégio a mais para o investidor estrangeiro neutralizar a legitimidade de leis e regras nacionais através da possibilidade de acessar um tribunal internacional sob a alegação de que os padrões protetivos dos acordos de investimento foram violados. Peter Muchlinski ressalta que essas previsões já faziam parte de outros acordos como NAFTA e MERCOSUL, bem como, de outros BITs⁵³⁷.

Após a divulgação do MAI, verificou-se a resistência concreta de países em desenvolvimento para que fosse concluído o acordo multilateral, principalmente, pela Índia e Malásia. Algumas razões, para tanto, foram expostas como fundamento dessa resistência, tais como: (i) o despreparo dos países para efetivar normas no campo dos investimentos; (ii) o tema dos investimentos estrangeiros deveria permanecer na competência da legislação nacional; (iii) os BITs já produziam a proteção necessária às partes; (iv) os estudos sobre investimentos deveriam ser desenvolvidos no âmbito do UNCTAD, dentro do contexto de desenvolvimento como um todo; (v) nenhum dos países desenvolvidos estava disposto a receber investimentos estrangeiros ou incentivava políticas de investimento; (vi) o tipo de regulação não garantia crescimentos dos investimentos estrangeiros e, por fim, (vi) muitos países em desenvolvimento tinham preferência em investir suas indústrias nacionais em relação a promover a entrada de investimento estrangeiro⁵³⁸.

Dolzer e Schreuer apresentam diversos fundamentos para o fracasso do MAI. Os EUA foi um país que não se interessou realmente em defender a iniciativa proposta pela OCDE, uma vez que o suporte político interno para ratificação do acordo parecia ser incerto, bem como, o nível de proteção do investimento estrangeiro aparentava ser insatisfatório diante do volume de compromissos. Por outro lado, na Europa, a França decidiu, no fim das negociações, que o acordo poderia não ser compatível com o desejo de proteção da cultura francesa. E, ainda, as ONGs alegaram que os debates travados com a OCDE tinham ausência de informação e transparência. Por fim, discutia-se se a OCDE consistia o fórum adequado para as discussões de um instrumento multilateral sobre

⁵³⁷ MUCHLINSKI, Peter T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? *The International Lawyer*, v. 34, n.º. 3, 2000, p. 1046.

⁵³⁸ WEISS, Friedl. Trade and Investment. In: Muchlinski, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph.(eds.) *The Oxford International Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, p.188-189.

investimentos, já que se tratava de uma organização que representava principalmente os países exportadores de capital⁵³⁹.

Em outubro de 1998, o Primeiro Ministro francês informou que a França não participaria mais das negociações do MAI, uma vez que representavam como inaceitáveis e ameaçadoras à soberania nacional. Na semana seguinte, o representante dos membros da OCDE e a Comissão Europeia anunciaram que as negociações do MAI estariam encerradas.

Tendo em vista os diversos conflitos para elaborar um acordo multilateral sobre investimentos e o império do bilateralismo em conjunto com o regionalismo sobre esse tema, comércio e investimentos são regidos por regulações de níveis distintos.

Ocorre que, a liberalização do comércio depende da liberalização dos investimentos. Isto porque, não é possível conceitualmente separar totalmente investimento do comércio, o conceito de investimentos não pode ser mais restrito a investimento direto e, por fim, existem milhares de acordos bilaterais regendo os investimentos estrangeiros.

Não existe no momento uma solução para a ausência de um acordo multilateral sobre investimentos, nem previsão de existir em um futuro próximo. Ainda será necessário analisar se a comunidade internacional continuará a aceitar o panorama legal internacional do bilateralismo sobre investimentos ou se buscará alcançar vantagens de um panorama normativo mais homogêneo⁵⁴⁰.

De fato, a elaboração de normas reconhecidas internacionalmente sobre investimentos terá um conseqüente impacto sobre o comércio internacional, transferência de capital e tecnologia. Além disso, padrões nas plantas de produção, direitos sociais, preços, empregos e medidas de financiamento também sofrerão impacto. Contudo, não podemos esquecer que existe uma constante mutação da economia global que, décadas atrás, não nos permitiria sequer pensar em empresas globalizadas como as existentes nos dias atuais.

⁵³⁹ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 10.

⁵⁴⁰ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 11.

3.3 Acordos Regionais: alternativa no comércio internacional e nos investimentos estrangeiros

O Regionalismo é um método de integração, mas se tornou um desafio para o multilateralismo na cinemática atual⁵⁴¹ e uma saída para o bilateralismo. Trata-se de uma das melhores formas de supranacionalidade e integração entre Estados de um mesmo bloco. O símbolo do regionalismo é a União Europeia, em que os Estados soberanos se ligam para formar uma única entidade unida política e economicamente⁵⁴², assim como eleger um órgão jurisdicional para proteger não só as instituições deste sistema, como também os direitos individuais de cada cidadão⁵⁴³.

Rafael Leal-Arcas ressalta que a maior motivação para a promoção do regionalismo integrado é baseada nos benefícios econômicos e comerciais. Isto porque, a integração de pequenos mercados com objetivo de formar um só grande bloco oferece mais oportunidades àqueles países menos atrativos. Ademais, a União Europeia vem a negociar, como bloco e ente singular, benefícios comerciais através de outros acordos bilaterais, regionais⁵⁴⁴ ou até multilaterais, já que no caso da OMC, a União Europeia é um membro independente.

⁵⁴¹ DIETER, Heribert. *The Multilateral Trading System and Preferential Trade Agreements: Can the Negative Effects Be Minimized?* *Global Governance*, v. 15, 2009, p. 393.

⁵⁴² “No plano institucional, a União Européia realiza uma combinação entre as técnicas da intergovernamentalidade e da supranacionalidade. No plano estritamente jurídico, a integração europeia caracteriza-se por uma ordem jurídica autônoma, baseada na primazia do direito comunitário sobre os direitos nacionais e na possibilidade de recorrer à jurisdição para aplicação dessas normas”. VENTURA, de Freitas Lima. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri, SP: Manole. 2003. p. 2. Cumpre ressaltar que “a integração europeia não dispensa, porém, o papel dos Estados nem faz desaparecer o conceito de soberania: apenas consagra a teoria da limitação da soberania estadual. Dito doutra forma, o motor da integração vai ser a bivalência – melhor: a dialética – entre, por um lado, a integração e, por outro, a soberania ou a interestadualidade. E essa construção, ainda que sempre tenha encontrado expressão nos Tratados, obteve neles uma concretização ainda mais acentuada a partir do Tratado da União Europeia, quando este veio criar a União através de um diálogo entre a integração (expressa no pilar comunitário) e a interestadualidade (materializada nos dois pilares intergovernamentais)”. QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 26.

⁵⁴³ LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p. 72.

⁵⁴⁴ Ressalta o autor que “*The EU has a lot to gain from the integration of small, fragmented markets into larger economic units in which EU products can circulate more easily. Market size has become an important criterion for investment and trade decisions by private companies and serves as a strong incentive for European traders and investors.*” LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p. 74.

Diante do bilateralismo, símbolo dos investimentos, e multilateralismo, do comércio internacional, o regionalismo pode ser considerado, por muitos, uma opção de equilíbrio. Isso porque, o regionalismo poderia vir a se tornar uma alternativa para a discussão do multilateralismo fracassado e bilateralismo gerador de conflitos, dificuldades de interpretação e questionamentos acerca da sua capacidade de regular os investimentos estrangeiros como um todo.

O multilateralismo pode ser visto, por um lado, como um violador da regra da soberania nacional e, por outro lado, como uma forma de se proteger Estados política e economicamente mais fracos daqueles considerados grandes potências. Com essa tendência, passou-se da “coexistência” para a “cooperação” entre Estados no ambiente internacional de negociação como, por exemplo, no âmbito do comércio internacional.

Ocorre que, o multilateralismo vem sofrendo duras críticas, especialmente, no âmbito da OMC. Desde a Conferência Ministerial realizada em Seattle, Estados Unidos, em 1999, quando iniciaram os questionamentos sobre as modificações necessárias para que as funções da OMC no campo da negociação e supervisão sejam cumpridas, o sistema multilateral do comércio vem sendo questionado⁵⁴⁵. Alguns defendem que o sistema Bretton Woods, formando o tripé junto à OMC foi, claramente, criado e designado para as potências mundiais no sistema internacional, não havendo lugar para os países “perdedores” neste sistema. Com a crise do multilateralismo⁵⁴⁶ e o insucesso da Rodada de Doha, ressurgem os conceito do regionalismo, fortemente presentes nas relações dos investimentos estrangeiros.

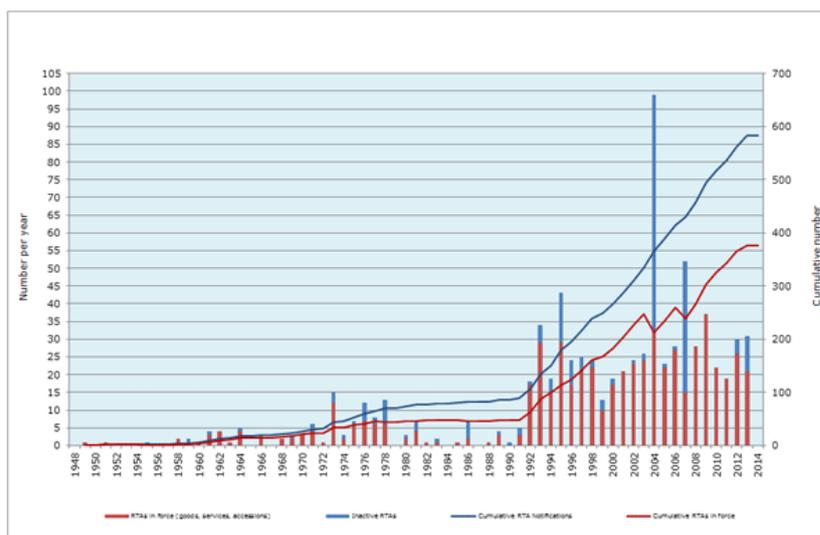
Vera Thorstensen apresenta duas facetas paradoxais em relação ao conceito do regionalismo na OMC. A multiplicação dos acordos regionais no contexto do comércio internacional tem gerado controvérsias, uma vez que resulta em interesses opostos. Enquanto fortalece o sistema multilateral do comércio, o regionalismo estaria criando regras próprias e violadoras deste sistema⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ THORSTENSEN, Vera. Os Acordos Regionais e as Regras da OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). OMC e o Comércio Internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 161.

⁵⁴⁶ “*The current sense of ‘crisis’, at the beginning of the twenty-first century, is shared by analysts of different ideological and theoretical predispositions, and seems to be a ‘truly’ historical turning point*” NEWMAN, Edward. Multilateral Crises in Historical Perspective. In: NEWMAN, Edward; THAKUR, Ramesh; TIRMAN, John. (eds.). Multilateralism under Challenge? Power, International Order, and Structural Change. Tokyo: United Nations University Press, 2007, p. 161.

⁵⁴⁷ THORSTENSEN, Vera. Os Acordos Regionais e as Regras da OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). OMC e o Comércio Internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 161.

No âmbito da OMC, em virtude da relevância do tema, que passou a se destacar nos fóruns internacionais desde o início da década de 1990, criou-se em 1996 um Comitê especificamente dedicado ao tema dos Acordos Regionais sobre Comércio (em inglês, CRTA). Este Comitê tem duas funções principais: analisar individualmente os acordos regionais e verificar as consequências sistemáticas destes acordos para o sistema multilateral do comércio, assim como, analisar a relação entre os próprios acordos regionais. Em janeiro de 2014, o Comitê constatou um total de 583 notificações de Acordos Regionais, dos quais 377 entraram em vigor⁵⁴⁸. Em geral, Estados Unidos, Japão e China tem sido os países que mais promoveram a conclusão de acordos preferenciais⁵⁴⁹. O gráfico abaixo demonstra o fluxo de notificações de Acordos Regionais ao GATT/OMC durante o período de 1948 a 2014, incluindo-se também aqueles acordos que não entraram em vigor.



Fonte: Secretariado da OMC⁵⁵⁰

Apesar de parecer contraditório dentro do sistema da OMC, o regionalismo é permitido como exceção ao princípio da nação mais favorecida. Essa autorização encontra-

⁵⁴⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. REGIONAL TRADE AGREEMENTS. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm#work>. Acesso em 02 maio 2014.

⁵⁴⁹ “In particular, the United States, the EU, Japan, and China have been pushing these deviations from nondiscrimination. The United States now seems to offer PTAs to those countries that are willing to accept the (market opening) US template for preferential agreements”. DIETER, Heribert. The Multilateral Trading System and Preferential Trade Agreements: Can the Negative Effects Be Minimized? *Global Governance*. v. 15, 2009, p. 395.

⁵⁵⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/regfac_e.htm>. Acesso em 02 maio 2014.

se fundamentada no âmbito da OMC através do artigo XXIV do GATT⁵⁵¹, os quais são chamados de Acordos Preferenciais de Comércio (em inglês, PTA). A tensão entre esses acordos e o multilateralismo é evidente⁵⁵². Além da previsão no GATT, os acordos regionais também passam a serem regulados pelo artigo V do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (em inglês, GATS).

Os dados demonstram que os PTAs tem se multiplicado de forma muito mais rápida nos últimos 20 anos e “que o regionalismo e o multilateralismo estão sendo construídos simultaneamente; e que os acordos preferenciais de comercio não podem ser ignorados pelo sistema multilateral”⁵⁵³.

Estados que buscam acesso a mercados por intermédio de tarifas mais reduzidas tem se configurado como a explicação mais tradicional para a proliferação dos PTAs. Trebilcock, Howse e Eliason defendem que esta proliferação desvalorizam o próprio conceito de preferencial⁵⁵⁴. Isso porque, ao mesmo tempo que o país A conclui um acordo preferencial com o país B, o país A também celebrava acordos preferencias com países C e D. Com isso, o conceito de preferencial perdeu o seu valor e a capacidade de redução tarifária desses acordos restou cada mais reduzida.

Os PTAs geram uma erosão do princípio da não-discriminação, basilar no sistema multilateral do comércio, que construiu o progresso das relações comerciais aos longos das

⁵⁵¹ “O Artigo XXIV, basicamente, estabelece os objetivos dos ARCs (Parágrafo 4), define regras para as relações comerciais externas de um ARC com as terceiras partes (Parágrafo 5), bem como regras para as relações comerciais entre as partes do acordo (Parágrafo 8)”. THORSTENSEN, Vera. Os Acordos Regionais e as Regras da OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). OMC e o Comércio Internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 161.

⁵⁵² “PTAs are treaties between two or more countries granting preferential market access and therefore advancing trade liberalization and economic integration among parties to the PTA. While non-reciprocal trade preferences often offered by developed to developing countries have similar effects. (...) In the GATT/WTO, these agreements are officially known as Regional Trade Agreements (RTAs), but the label PTA has become predominant in scholarly literature (...). Yes, the tension between PTAs and multilateralism is inherent within the foundational treaties of the GATT/ WTO itself. Article XXIV of the GATT creates an exception for PTAs, enabling countries to enter into GATT-compliant PTAs, subject to certain disciplines. Article XXIV recognizes only three forms of PTAs: customs unions, free trade areas (FTAs) and ‘interim agreements’”. TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 83.

⁵⁵³ THORSTENSEN, Vera. O Multissistema da Regulação do Comércio Global: proposta de novo referencial teórico e nova metodologia de análise. Working Paper. 2011. Disponível em: <<http://moodle.stoa.usp.br/mod/resource/view.php?id=38531>>. Acesso em 20 abr. 2014. p. 10.

⁵⁵⁴ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 87.

décadas do século passado. Isso porque, os PTAs, como a própria epígrafe determina, concedem privilégios aos membros partes e discriminam os demais⁵⁵⁵.

Com relação à crítica do impacto dos acordos regionais no âmbito do comércio multilateral, Vera Thorstensen assevera que, de um lado se encontram as críticas sobre a proliferação dos acordos regionais, apresentando os riscos que eles apresentam como desvio dos principais princípios do sistema multilateral, sistema dual para regras de concorrência e antidumping no âmbito do comércio, jurisprudência inconsistente com as decisões da OMC. Por outro lado, existem defensores que afirmam que os acordos regionais impulsionam a liberalização do comércio, principalmente, no que toca as barreiras não-tarifárias, fortalecendo o sistema multilateral do comércio⁵⁵⁶.

Jagdish Bhagwati alcunha o fenômeno da expansão dos acordos preferenciais como ‘tigela de spaghetti’ (em inglês, *spaghetti bowl*). Exemplo típico desses mecanismos são as regras de origem, que consistem na utilização do critério da nacionalidade para aplicar tratamento tarifário diferenciado aos produtos dos países signatários dos acordos. Assim, ao utilizar o referido termo, o autor defende que os acordos preferenciais utilizam o critério da discriminação quanto à nacionalidade para estabelecer o que o tratamento determina como ‘preferencial’⁵⁵⁷.

A maioria dos acordos que vem se formando são concluídos entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, os chamados acordos Norte-Sul⁵⁵⁸. O UNCTAD, todavia, ressalta a proliferação dos acordos regionais no campo dos

⁵⁵⁵ “By definition, preferential agreements exclude countries. PTAs are liberalizing and countries do make concessions in them, but these are limited to the signatories and not extended to others. Thus, preferential agreements discriminate. This, of course, weakens nondiscrimination, which was the central pillar of the postwar trade regime. Nondiscrimination was intentionally the core norm of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), embodied in Article I. The idea behind this clause was not purely, perhaps not even primarily, economic. Nondiscrimination was considered to contribute to the stability of international relations. Increasingly, policymakers seem to forget that international relations cannot flourish in an atmosphere of discrimination and exclusion”. DIETER, Heribert. The Multilateral Trading System and Preferential Trade Agreements: Can the Negative Effects Be Minimized? *Global Governance*. v. 15. 2009. p. 394.

⁵⁵⁶ THORSTENSEN, Vera. Os Acordos Regionais e as Regras da OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). *OMC e o Comércio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 165-166.

⁵⁵⁷ “Rules of origin, which are inherently arbitrary despite the extensive codifications that accompany them, multiply under FTAs because different members have different external tariffs. (...) More generally, it is increasingly arbitrary to operate a trade policy on the assumption that one can identify which product comes from which country”. BHAGWATI, Jagdish. *Preferential Trade Agreements: The Wrong Road*. Law and Policy in International Business, v. 27, 1995-1996, p. 866.

⁵⁵⁸ DAHRENDORF, Anke. Global proliferation of bilateral and regional trade agreements: A threat for the World Trade Organization and/or for developing countries? Maastricht Faculty of Law Working Paper. n° 6. April 2009. p. 6.

investimentos, em especial, na região Sul-Sul, realizados entre países em desenvolvimento. No entendimento do UNCTAD, esses acordos regionais deveriam se configurar como uma ferramenta para facilitar o fluxo de investimentos. Entretanto, o número acentuado de acordos passou a criar regras inconsistentes e sobrepostas, aumentando consideravelmente as disputas entre investidor-Estado. Um movimento nesses termos acaba por diminuir a capacidade de desenvolvimento, ao invés de aumentar ou integrar os mercados e as políticas econômicas dos Estados⁵⁵⁹.

No contexto dos investimentos estrangeiros, o regionalismo é fundamentalmente marcado pelo NAFTA que, além de representar um importante fato histórico para a evolução de acordos econômicos internacionais, o seu capítulo XI é símbolo do regionalismo no seio dos investimentos estrangeiros. As medidas sobre investimentos no seio desse acordo regional contém obrigações abrangentes que vão além daquelas previstas no âmbito da OMC, como será tratado a seguir.

O regionalismo acaba por tornar a rede de obrigações internacionais mais complexa e propícia à inconsistência, gerando desafios e oportunidades. No entanto, o regionalismo pode ser uma alternativa ao bilateralismo, uma vez que se os Estados que fazem parte de BITs decidem substituí-los por um acordo regional que verse sobre investimentos, reduziria aproximadamente 10% dos BITs atuais⁵⁶⁰.

Bilateralismo e regionalismo foram, por um longo período, refutados como meios de negociação e articulação entre Estados. No entanto, o bilateralismo acabou por se solidificar no contexto dos investimentos e o regionalismo ressurgiu no cenário do comércio de bens e serviços, concorrência e propriedade intelectual, especialmente, durante o período que o multilateralismo passa por uma crise.

A proliferação do regionalismo relacionada ao insucesso do multilateralismo na atualidade, não significa dizer que o multilateralismo não é o caminho certo para regular os investimentos estrangeiros ou comércio internacional⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Disponível em: <http://unctad.org/en/pages/newsarchive.aspx?ReferencePageId=3744&Product_x0020_Taxonomy=News>. Acesso em 03 maio 2014.

⁵⁶⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking: Consolidation or Complexity? N° 3, June 2013. p. 1. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d8_en.pdf>. Acesso em 11 jul. 2014.

⁵⁶¹ Crítica acerca do bilateralismo no âmbito do comércio internacional, Pascal Lamy fez grande ressalva no discurso sobre o destino da Rodada de Doha: “*Bilateral agreements are by their very nature discriminatory. They have obvious limitations in terms of issues covered since they do not tackle the toughest areas where trade restrictive and distorting measures, such as subsidies, still prevail. They may lead to trade diversion as opposed to trade creation. And they complicate the trading environment of economic operators who have to*

A necessidade de harmonização das normas internacionais sobre investimentos e criação de um conjunto de regras homogêneas sobre o tema e a relevância do multilateralismo para o comércio internacional é inquestionável. Os acordos regionais vem sendo utilizados menos como um instrumento de integração regional e mais como um instrumento de acesso a mercados⁵⁶², resultando em consequências custosas ao multilateralismo⁵⁶³. Até porque, na maioria dos casos, os países não aceitam fazer concessões no âmbito multilateral, enquanto o fazem nos acordos bilaterais ou regionais⁵⁶⁴.

Claro está que existe vantagem no desenvolvimento do regionalismo, como já fora mencionado: a liberalização do comércio, um acesso a mercados preferencial e redução de barreiras tarifárias. No entanto, importante se fazer questionar acerca das consequências desse fenômeno para o multilateralismo.

No contexto do comércio internacional, segundo Rafael Leal-Arcas, o regresso ao sistema regional de acordos internacionais pode afetar os membros da OMC, em especial, aqueles menos competitivos, assim como, gerar graves prejuízos ao ambiente de comércio e investimento multilateral atual⁵⁶⁵.

O crescimento do regionalismo no âmbito dos investimentos estrangeiros poderia representar um meio de racionalizar e integrar, criando um ambiente mais coerente e desenvolvido para as políticas sobre investimentos. O UNCTAD, todavia, defende que o regionalismo não tem sido um fenômeno de coesão. Na verdade, tem contribuído para a multiplicação de níveis internacionais regulatórios, aumentando a complexidade e inconsistência da regulação sobre investimentos estrangeiros. Uma análise feita sobre diversos acordos de investimentos entre 2006 e 2012 demonstra que o regionalismo não

abide by a spaghetti bowl of different rules. In short, bilateral agreements are not the easy way out.”
WORLD TRADE ORGANIZATION. Lamy: “US leadership will be key to the fate of the Round”.
Disponível em: <http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl61_e.htm>. Acesso em 03 maio 2014.

⁵⁶² DAHRENDORF, Anke. Global proliferation of bilateral and regional trade agreements: A threat for the World Trade Organization and/or for developing countries? Maastricht Faculty of Law Working Paper, 2009-6, p. 6.

⁵⁶³ LEAL-ARCAS, Rafael. International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance. Edward Elgar Pub, 2010, p. 77.

⁵⁶⁴ LOWENFELD, Andreas. Investment Agreements and International Law. Columbia Journal of Transnational Law, v. 42, n° 1, p. 126.

⁵⁶⁵ LEAL-ARCAS, Rafael. International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance. Edward Elgar Pub, 2010, p. 79; 82.

tem sido capaz de reduzir o número dos BITs permitindo, em geral, a sua coexistência em paralelo com os acordos regionais⁵⁶⁶.

Com isso, tanto no contexto do comércio internacional, como dos investimentos estrangeiros, o regionalismo tem se configurado como uma alternativa mais capaz de adaptar as exigências e necessidades de cada Estado-membro, mas não tem representado a solução final para o crescimento exagerado do número do BITs, nem contribuído para diminuir as críticas ao multilateralismo da OMC.

3.4 O regime dos investimentos estrangeiros no comércio internacional

A complexa relação entre medidas de investimentos estrangeiros, liberalização do comércio e protecionismo foram permeando as relações entre comércio internacional e investimentos estrangeiros. Sem previsibilidade e estabilidade, o comércio e fluxos de investimentos passam a ser mais arriscados e diminutos. A presença de políticas que reduzam os riscos dos investimentos, a eficiência de várias atividades da economia aumentaria, contribuindo para o crescimento de todos. A crise de 1929, que resultou em uma maior intervenção do Estado na economia e diminuiu a força do liberalismo econômico, por outro lado, veio a impulsionar o desenvolvimento de regras para regular o comércio internacional. O Estado passou a ser mais presente, adotando tarifas aduaneiras, regras de ajuda à exportação, controle de câmbio, entre outras medidas⁵⁶⁷.

As consequências desta crise resultaram na necessidade de maior transparência, aumentando a integridade dos mercados, reforçando a cooperação internacional e reformando as instituições financeiras⁵⁶⁸. A intensa expansão dos investimentos

⁵⁶⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking: Consolidation or Complexity? N° 3, june 2013, p. 4. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d8_en.pdf>. Acesso em 11 jul. 2014.

⁵⁶⁷ A ordem econômica internacional é estabelecida progressivamente a partir de 1815, com suas origens na Idade Média. Na época mercantilista ela é fortemente organizada pelos Estados, deixando de assim ser no curso do século XIX que passa a ficar nas mãos da iniciativa privada. Após a Primeira Guerra Mundial, houve uma tentativa de se retornar ao regime liberal anterior a 1914, mas uma tendência de intervenção do Estado na economia aparece e se reforça com a revolução russa de 1917. CASTILLO, Maria. Les grandes etapes de l'évolution de l'ordre économique international. In: DAILLIER, Patrick ; LA PRADELLE, Géraud de; GHÉRARI, Habib (ed.) Droit de l'économie Internationale. Paris: Pedone, 2004,. p. 9-18.

⁵⁶⁸ Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy. Washington. 15 de Novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.america.gov/st/texttrans-english/2008/November/20081117173241xjsnommis0.4479639.html>>. Acessado em 12 mar. 2014.

estrangeiros nas últimas décadas dependeu fortemente da liberalização do comércio de bens⁵⁶⁹.

Ao longo dos anos em que se desenvolveram as rodadas de negociação da OMC, a redução de barreiras tarifárias se tornou estratégia insuficiente para os Estados-membros, diante da necessidade de se incluir novos temas para debates no seio da OMC. Na ótica desses Estados, existiam outras barreiras ao desenvolvimento do comércio internacional como a concorrência, investimentos, meio-ambiente e direitos humanos.

O tema dos investimentos ganhou, portanto, relevância para o comércio internacional, uma vez que as medidas protetivas contra os investimentos estrangeiros e fluxo de capital passaram a ser consideradas como medidas que distorcem o comércio internacional, isto é, “um problema relacionado ao comércio internacional”⁵⁷⁰.

Assim, o tema de investimentos estrangeiros no âmbito da OMC não foi inserido de imediato. Concluída a Rodada de Tóquio em 1979, novas formas de inclusão de medidas sobre investimentos no âmbito do GATT como, por exemplo, medidas de exigência de desempenho, conteúdo local e índice de nacionalização começaram a ser discutidas. As propostas para inclusão dessas medidas sofreram forte oposição dos países em desenvolvimento, os quais defendiam que o GATT não deveria regular medidas sobre investimento⁵⁷¹.

Em 1990, houve um consenso global dos Estados convictos no sistema liberal de mercado com governos democráticos e em um ambiente que criasse regras mais favoráveis aos investidores estrangeiros. No entanto, nem o GATT, nem a OMC, abordaram de forma direta e ampla o tema da regulação dos investimentos estrangeiros. Pelo contrário, nos dois casos, abordou-se o tema dos investimentos apenas com relação a casos específicos o que levou aos Estados a negociarem cada vez mais instrumentos bilaterais⁵⁷².

⁵⁶⁹ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 580.

⁵⁷⁰ TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). *Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, p. 563.

⁵⁷¹ TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). *Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998, p. 563.

⁵⁷² GUGLER, Philippe; CHAISSE, Julien. Foreign Investment Issues and WTO Law. In: CHAISSE, Julien; BALMELLI, Tiziano. *Essays on the Future of the World Trade Organization. Policies and Legal Issues*, v. I. Editions interuniversitaires suisses – Edis, 2008, p.137.

Friedl Weiss menciona algumas iniciativas no âmbito da OMC para discussão e formação de acordos sobre investimentos, como os grupos de pesquisa e discussões em conferências ministeriais⁵⁷³. Em 1996, durante a Conferência Ministerial de Singapura, o tema acerca de elaboração de um acordo multilateral sobre investimentos foi levantado, dois anos após entrada em vigor do Acordo TRIMs, mesmo período em que se criou o Grupo de Trabalho sobre Investimento e Comércio⁵⁷⁴.

Na Rodada de Doha, por exemplo, se concluiu que o escopo das discussões ia além da relação de investimentos com o comércio, como é caso do Acordo TRIMs no seio da OMC. Além disso, nesse mesmo momento, restou acordado que os investimentos de curto-prazo (investimentos de portfólio) estariam excluídos dos debates.

Em 2004, os esforços com relação à promoção dos investimentos no âmbito da OMC também foram reduzidos. Ainda não existe preparo para aceitar um acordo multilateral sobre investimentos no âmbito da OMC sob o argumento de reduzir o espaço regulatório dos Estados e o impacto e efeitos internos de um acordo como este precisariam ser estudados⁵⁷⁵.

Com isso, o tema dos investimentos e comércio internacional no comércio internacional é apresentado a partir de quatro óticas: Carta de Havana, Acordo TRIMs, TRIPS e GATS. Importante ressaltar que a ótica dos investimentos estrangeiros no âmbito da OMC tem uma diferente perspectiva já que “os instrumentos da OMC voltados para os investimentos estrangeiros não são voltados à proteção dos ativos já investidos, mas na liberalização de mercados e, portanto, à fase do pré-estabelecimento”⁵⁷⁶.

Dessa forma, o objetivo deste subcapítulo é tratar da regulação do tema de investimentos no âmbito da OMC e trabalhar com as questões reflexivas aqui apresentadas

⁵⁷³ *First WTO Ministerial Conference in Singapore in 1996; Working Group on the Relationship between Trade and Investment (WGTI); Fourth WTO Ministerial conference in Doha in 2001; Fifth Ministerial Conference at Cancun.* WEISS, Friedl. Trade and Investment. In: Muchlinski, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph.(eds.) *The Oxford International Handbook of International Investment Law.* Oxford University Press, 2008, p.188-189.

⁵⁷⁴ GUGLER, Philippe; CHAISSE, Julien. Foreign Investment Issues and WTO Law. In: CHAISSE, Julien; BALMELLI, Tiziano. *Essays on the Future of the World Trade Organization. Policies and Legal Issues*, v. I. Editions interuniversitaires suisses – Edis, 2008, p. 137.

⁵⁷⁵ “Brazil and India in particular took this position. The support of the United States for a multilateral treaty was again limited, for reasons similar to those in 1998 within the OECD”. DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law.* Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 11.

⁵⁷⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro.* Curitiba: ed. Juruá, 2010, p. 96.

para que se analise a possibilidade de um ambiente adequado para desenvolver o tema dos investimentos e se melhorias podem ser alcançadas.

3.4.1 Visão geral dos investimentos estrangeiros a partir da Carta de Havana e GATT

A Carta de Havana de 28 de Março de 1948 que vinha instituir OIC, apesar de fracassada por falta de ratificação do Congresso americano, já continha previsões sobre investimentos. Nos artigos 11 e 12 da Carta de Havana⁵⁷⁷ haviam disposições sobre investimentos que constituíram uma das razões principais para o fracasso das negociações para a criação da OIC⁵⁷⁸.

O artigo 11 tratava de meios para promover o desenvolvimento e a reconstrução que, por sua vez, vinha a caracterizar fluxo de capitais como investimento. Sornarajah ressalta que este artigo determinava que nenhuma medida sem justificativa ou injustificável deveria ser tomada contra os investimentos realizados⁵⁷⁹. O artigo 12 tratava diretamente do investimento internacional para desenvolvimento econômico e reconstrução, reconhecendo a importância do investimento público e privado para promoção do desenvolvimento e consequente progresso social. O fluxo de investimentos seria promovido a partir do momento em que os países membros oferecessem oportunidades de investimento e segurança aos nacionais de outros países membros⁵⁸⁰. Com fundamento no artigo 12, os países Membros determinariam quais os critérios para admitir a entrada do investimento estrangeiro em seu país, determinando os requisitos para titularidade dos investimentos existentes e futuros. Além disso, os Membros adotar a segurança adequada aos investimentos realizados e, também, deveriam evitar discriminação entre investimentos estrangeiros e nacionais.

⁵⁷⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em:
<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em 25 maio 2014.

⁵⁷⁸ TUDOR, Ioana. Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés. In: CHAISSE, Julian; BALMELLI; Tiziano, (eds.). Essays on the future of the world trade organization. Lugano: Edis, v. 1, 2008, p. 173, nota de rodapé nº 8.

⁵⁷⁹ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.262.

⁵⁸⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em:
<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em 25 maio 2014.

O GATT, por sua vez, tratava de forma periférica o tema dos investimentos, uma vez que este instrumento estava focado em promover o comércio de bens e eliminar barreiras tarifárias. Desse modo, o Direito do Comércio Internacional se desenvolveu de forma separada do Direito Internacional dos Investimentos até a formação da OMC⁵⁸¹.

As medidas sobre investimento pré-Rodada do Uruguai não tinham a abrangência e especificidade que foram desenvolvidas após essa rodada com a instituição de um acordo sobre investimentos - o Acordo TRIMS. Nesse sentido, também não houve um número significativo de decisões que envolvessem medidas de investimento no âmbito do GATT. Pelo contrário, o caso envolvendo Canadá e EUA configurou o único caso antes da constituição da OMC.

No GATT, o foco da atenção às medidas sobre investimento estava restrito àquelas medidas que gerassem efeito direto sobre o comércio de bens. Trebilcock, Howse e Eliason citam algumas medidas contra ou a favor do investidor estrangeiro que podiam violar as normas do GATT, quais são elas: regra de conteúdo local, requisito de exportação, imposição de restrição à importação pelo investidor estrangeiro, exigência de que o investidor reinvesta no país onde se encontra localizado o seu investimento ou impedimento de repatriação de lucros para o seu país de origem⁵⁸². Assim, poucas medidas de investimento adotadas com relação à proteção do comércio, de fato, recaiam no âmbito do GATT. As regras do GATT tinham um escopo bastante limitado em relação às medidas de investimento⁵⁸³.

Com isso, para se caracterizar uma medida contra investimento estrangeiro como violadora das normas do GATT necessário se fazia tratar da relação direta e intrínseca com a proteção do mercado, elemento característico violador da liberalização do comércio. A título exemplificativo, regras de conteúdo local são regras discriminadoras de produtos importados em relação a produtos nacionais e, conseqüentemente, violadoras do princípio do tratamento nacional previsto no artigo III do GATT. Repatriação de lucros e requisitos de investimento consistem violações ao artigo XV do GATT.

⁵⁸¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.262.

⁵⁸² TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 580-581.

⁵⁸³ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 580.

Requisitos de exportação, por sua vez, não se caracterizam como medidas protetivas do mercado local e, com isso, violadoras das normas do GATT. Ocorre que, requisitos de exportação ligados ao subsídio ao investimento estrangeiro, em algumas circunstâncias, poderiam ser levados ao subsídio de exportação banido pelo artigo XVI do GATT. Requisitos de exportação também poderiam levar ao dumping internacional, uma vez que eles podem gerar um custo de comercialização abaixo do custo normal de produção⁵⁸⁴.

A decisão envolvendo o Canadá e Estados Unidos a respeito do “Foreign Investment Review Act”⁵⁸⁵ norma elaborada e instituída no Canadá (em inglês, FIRA) em 1973, foi o único caso sobre investimentos decidido no âmbito do GATT⁵⁸⁶, o qual trata centralmente das medidas de investimento estrangeiro antes da criação da OMC.

O caso ocorreu em 1982 e houve grande controvérsia se essa disputa deveria ser ou não travada no seio do mecanismo de solução de controvérsia do GATT, Flávia Troyano define o objeto do caso:

“Nesse caso o Canadá, utilizando a sua legislação FIRA, impôs ao investidor estrangeiro uma série de exigências, limitações, a serem seguidas: a) a compra de bens de origem canadense em detrimento daqueles importados, b) a produção de bens que teriam de ser, ao contrário, importados e c) a exportação de uma quantidade específica da sua produção. Os Estados Unidos arguíram que essas exigências eram inconsistentes com os Artigos III(4), III(5), concernente à obrigação de tratamento nacional referente à taxação e à regulamentação internas (“National Treatment on International Taxation and Regulation”), Artigo XI, concernente à obrigação de eliminação geral das restrições quantitativas (“General Elimination of Quantitative Restrictions”) e, Artigo XVI(1c), concernente aos subsídios (“Subsidies”), todos do Acordo Geral”⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 581.

⁵⁸⁵ “According to Section 2(1) of this Act, the Parliament adopted the law ‘in recognition that the extent to which control of Canadian industry, trade and commerce has become acquired by persons other than Canadians and the effect thereof on the ability of Canadians to maintain effective control over their economic environment is a matter of national concern’ and that it was therefore expedient to ensure that acquisitions of control of a Canadian business or establishments of a new business by persons other than Canadians be reviewed and assessed and only be allowed to proceed if the government had determined that they were, or were likely to be, of ‘significant benefit to Canada’. Panel Report on Canada: Administration of the Foreign Investment Review Act, BISD 30S/140, adopted on 7 February 1984, hereafter called FIRA. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014. p. 2.

⁵⁸⁶ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 581.

⁵⁸⁷ TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 564.

O Canadá instituiu uma Agência chamada “Foreign Investment Review Agency” que tinha por objetivo verificar as propostas de investimento apresentadas por investidores estrangeiros. Essa Agência deveria verificar as propostas, revisá-las, aceitá-las ou não, ou, ainda, modificá-las. Os critérios utilizados pela Agência para aceitar um investimento no território canadense envolviam o crescimento nas exportações e geração de empregos, transferência de tecnologia, avanços nas políticas nacionais de indústria e economia. No período entre abril de 1974 a setembro de 1982, o governo do Canadá decidiu sobre 4.103 propostas de investimento estrangeiro a ser realizado dentro do seu território nos termos do “Foreign Investment Review Agency”, em que 2.448 dessas propostas vinham dos Estados Unidos⁵⁸⁸. Desse modo, conforme mencionado, os EUA alegaram que as previsões canadenses geravam violações ao GATT com relação a medidas de conteúdo local, produção local e requisitos de exportação mínima⁵⁸⁹.

As alegações dos EUA circundavam sobre requisitos impostos pela regra canadense que determinava que o investidor estrangeiro deveria exportar uma porcentagem dos seus produtos manufaturados, assim como, a compra obrigatória de matéria-prima canadense para produção de produtos no Canadá. Tratavam-se de medidas que davam preferência a produtos e matéria-prima canadense em detrimento das importadas⁵⁹⁰.

Em primeiro lugar, o painel do GATT decidiu sobre a competência do GATT para solucionar disputas que envolvessem legislação sobre investimentos, uma vez que este tema não era coberto pelo GATT. Os EUA defenderam que o caso FIRA não envolvia legislação sobre investimentos em si, mas os requisitos dessa norma que impactavam diretamente o comércio internacional e, por essa razão, deveriam ser analisados pelo GATT⁵⁹¹.

O painel do GATT entendeu pela sua competência para decidir o caso FIRA e decidiu que a disposição que determinava que o investidor estrangeiro deveria adquirir produtos canadenses ou produtos de fontes canadenses em detrimento de outros produtos importados sem nenhuma qualificação violava o artigo III(4) do GATT, uma vez que

⁵⁸⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014. p. 4.

⁵⁸⁹ TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert; ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 581.

⁵⁹⁰ CANADA - ADMINISTRATION OF THE FOREIGN INVESTMENT REVIEW ACT. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014. p. 1.

⁵⁹¹ Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014. p. 1.

concedia um tratamento mais favorável aos produtos nacionais do que aos produtos importados⁵⁹². No entanto, o painel entendeu não ter tido violação dos artigos XI e XVII do GATT, o que, nas palavras de Rabih Ali Nasser, teria sido uma decisão que chamou “a atenção dos EUA para o fato de que o uso de Trims não estava claramente proibido no âmbito do Gatt”⁵⁹³.

3.4.2 Regras sobre investimento na Organização Mundial do Comércio: visão geral dos investimentos no TRIMS, GATS, TRIPS

A partir da Rodada de Tóquio, houve consenso de que deveriam ser discutidas medidas de investimento no âmbito do GATT. Importante salientar que no período entre 1960 e a Rodada de Tóquio, muitos países em desenvolvimento fizeram uso das medidas de investimento (requisitos de conteúdo local ou requisitos de desempenho) como forma de desenvolvimento da sua indústria nacional, tendo como objetivo a melhoria da sua balança de pagamentos⁵⁹⁴.

Na década de 1980, formou-se um grupo de discussão sobre as políticas econômicas e comerciais e medidas de investimento, assim como o uso generalizado de requisitos de desempenho. Em 1982 os Estados Unidos apresentaram a solicitação de consulta contra o Canadá no caso FIRA, questionando a legislação canadense, já mencionado anteriormente.

O grupo de discussão realizou reuniões periódicas de 1987 até 1990. Rabih Ali Nasser lembra que ao longo das reuniões, os posicionamentos contrários entre os países em desenvolvimento e países desenvolvidos começaram a se consolidar. Segundo o autor, os países desenvolvidos defendiam que as medidas de investimento “restringiam e distorciam o comércio”; a proibição dessas medidas era possível com fundamento no GATT; um

⁵⁹² “The Panel found that undertakings to purchase goods of Canadian origin without any qualification exclude the possibility of purchasing available imported products so that the latter are clearly treated less favourably than domestic products and that such requirements are therefore not consistent with Article III:4.” Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/82fira.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014. p. 13.

⁵⁹³ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 156.

⁵⁹⁴ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 154-155.

acordo sobre as medidas TRIMs não podia se restringir aos efeitos das medidas, devendo o mesmo ser elaborado em separado do GATT⁵⁹⁵.

Os países em desenvolvimento defendiam que não deveria existir uma ideia de nocividade absoluta das medidas de investimento, sendo necessário demonstrar a relação direta entre a medida e o efeito distorcido ao comércio para poder caracterizá-la⁵⁹⁶. Os EUA defendiam, por exemplo, que deveria se estabelecer no âmbito do GATT, um código sobre investimentos baseado no princípio do livre acesso aos mercados. Com base nesse princípio, as medidas de investimento reguladas pelo GATT não iam mais se limitar aos requisitos de conteúdo local e discriminação de produtos importados. Na verdade, buscava-se alcançar políticas dos Estados-membros que não estivessem somente ligadas ao impacto sobre comércio⁵⁹⁷.

Nem todos os Estados-Membros tinham a mesma visão dos EUA e viam o papel das negociações na Rodada do Uruguai com objetivo de desenvolver regras mais detalhadas e explícitas sobre medidas inconsistentes com os princípios do GATT⁵⁹⁸. Na Rodada do Uruguai, as negociações começaram a tratar de como seriam finalmente reguladas as medidas de investimento⁵⁹⁹. Houve, entretanto, grande oposição entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos quanto ao conteúdo do acordo que seria elaborado. Enquanto os países desenvolvidos defendiam a regulação das medidas de investimentos, que eram vistas como prejudiciais ao comércio, os países em desenvolvimento queriam “limitar as negociações somente aos efeitos que eram diretamente e negativamente significantes para o comércio”, dado a necessidade de atrair investimentos e regulá-los⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 160.

⁵⁹⁶ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 161.

⁵⁹⁷ TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert; ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 584.

⁵⁹⁸ TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert; ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 584.

⁵⁹⁹ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.263.

⁶⁰⁰ “Eles expressaram a necessidade que tinham da utilização de investimentos diretos estrangeiros e sustentaram que algumas TRIMs, como, por exemplo, as exigências de desempenho, eram necessárias para direcionar o investimento direto estrangeiro de acordo com os objetivos do país”. TROYANO, Flávia

Com a conclusão da Rodada do Uruguai, passaram a existir dois acordos base que regulavam investimento diretamente no âmbito da OMC: o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (em inglês, TRIMs) e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (em inglês, GATS). Outros três acordos tem apenas efeitos indiretos sobre investimentos, quais sejam: o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual (em inglês, TRIPS), Acordo sobre Compras Governamentais (em inglês, GPA), Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (em inglês, ASCM). O TRIPS determina proteção de ativos intangíveis que formam a base das atividades das empresas transnacionais⁶⁰¹.

O Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (Acordo TRIMs)

Os países em desenvolvimento ainda sustentavam que as empresas transnacionais adotavam medidas anticoncorrenciais e que o Acordo TRIMs seria capaz de diminuir e atingir essas práticas, anulando seus efeitos⁶⁰².

O Acordo TRIMs não é, entretanto, um documento completo, o seu objetivo era tratar de medidas de investimento mais especificamente ligadas ao comércio internacional do que as medidas protetivas do GATT. O âmbito de aplicação do acordo está mais ligado a temas que envolvam medidas de investimento causando efeitos distorcidos ao comércio, proibindo os Estados de utilizar requisitos de desempenho que violem as previsões do GATT⁶⁰³.

A ideia do Acordo TRIMs era “estender a regulação do Gatt às políticas de ajuste estrutural como um todo (...) sem se limitar a medidas como as Trims”, diante do nítido

Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 565.

⁶⁰¹ GUGLER, Philippe; CHAISSE, Julien. Foreign Investment Issues and WTO Law. In: CHAISSE, Julien; BALMELLI, Tiziano. Essays on the Future of the World Trade Organization. Policies and Legal Issues. Editions interuniversitaires suisses – Edis, v.I, 2008, p. 138.

⁶⁰² A autora denomina as práticas anticoncorrenciais e comercialmente restritivas como RBPs (em inglês, Restrictive Business Practices). Como exemplos dessas práticas tem-se a transferência de preço, a venda controlada, a fixação de preços, repartição de mercado, assim como, matriz provendo recursos para a subsidiária estrangeira por um valor superfaturado. Lembra ela que essas medidas são utilizadas para aumentar os lucros dessas empresas transnacionais em detrimento dos lucros dos países hospedeiros. TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 565-566.

⁶⁰³ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.266.

panorama de que os acordos que existiam à época não eram capazes de controlar as medidas de investimentos adotadas pelos países⁶⁰⁴, especialmente, pelos países em desenvolvimento.

A preocupação com os requisitos de desempenho como medidas de obstáculo ao comércio e investimento começou a ser desenvolvida na Rodada do Uruguai. O Acordo TRIMs buscou impedir qualquer forma de violação aos artigos III e XI do GATT que tratam, respectivamente, do tratamento nacional e eliminação das restrições quantitativas. O Acordo TRIMs não é um documento completo. O âmbito de aplicação deste acordo está mais ligado a temas que envolvem medidas de investimento causando efeitos distorcidos ao comércio, proibindo os Estados de utilizar requisitos de desempenho que violem as previsões do GATT⁶⁰⁵. O objetivo era evitar que Estados-membros da OMC viessem a impor restrições locais como conteúdo local e outros requisitos como condição para criação ou execução de projetos de investimento estrangeiro⁶⁰⁶.

A justificativa para se elaborar medidas sobre investimentos no âmbito da OMC consiste no fato de que essa “relação estreita que supostamente possuem com o comércio de bens e o seu potencial de, em não sendo adequadamente regulados, causar distorções nos fluxos comerciais”⁶⁰⁷. Assim, nas palavras de José Alvarez, o Acordo TRIMs ajudou a encorajar a inclusão de restrições comparáveis aos requisitos “de desempenho que distorçam o comércio no âmbito de acordos de investimento, e há uma sobreposição significativa entre os objetivos buscados pelos acordos TRIPS e GATS também”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 151.

⁶⁰⁵ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.266.

⁶⁰⁶ SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. Harvard International Law Journal, v. 46, n° 1, 2005, p. 94.

⁶⁰⁷ “NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 156.

⁶⁰⁸ ALVAREZ, José E. Tratados bilaterais de investimento: a BIT on costum. Tradução de: Bruno Fernandes Dias e Christa Maria Calleja. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.) Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 78.

Desse modo, o Acordo TRIMs foca em duas medidas que são aquelas que estabelecem “percentuais mínimos de conteúdo local na produção e as restrições às importações por meio de sua vinculação ao desempenho exportador”⁶⁰⁹.

Com relação ao Acordo TRIMs, Welber Barral leciona que apesar da negociação das regras restritivas no âmbito deste acordo, diversos países vinham ampliando a lista de medidas restritivas aos investimentos estrangeiro quando da negociação de acordos preferenciais⁶¹⁰.

O Acordo TRIMs é formado substancialmente por nove artigos que definem seu escopo de aplicabilidade (Artigo 1), tratamento nacional e restrições quantitativas (Artigo 2), exceções nos termos do GATT, que são as exceções gerais e exceções de segurança (Artigo 3), previsões específicas para os países em desenvolvimento (Artigo 4), notificações e disposições transitórias dos países em desenvolvimento no intuito de eliminar todas as medidas de investimentos incompatíveis com o Acordo (Artigo 5), obrigação dos Estados-membros com a transparência (Artigo 6), estabelecimento do Comitê sobre Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio (Artigo 7) para acompanhar a implementação e bom funcionamento do acordo, aplicabilidade das regras sobre solução de controvérsias do GATT 1994 nas disputas relacionadas ao acordo (Artigo 8), revisão do Acordo TRIMs a ser realizada pelo Conselho de Comércio de Bens (Artigo 9).

Em primeiro lugar, o artigo 1º determina o campo de aplicabilidade das suas regras, restringindo-se às medidas de investimento relativas a comércio de bens, o que, por sua vez, vem a excluir “serviços, incentivos para investimento e várias exigências de desempenho” do seu escopo⁶¹¹.

Rabih Ali Nasser esclarece o que podem ser compreendidas por medidas de investimento, que são as regras dispostas nas legislações nacionais que

“i) impõem determinadas condições ou exigências aos investimentos estrangeiros realizadas no país; ou ii) vinculam a concessão de benefícios (em geral subsídios, tais como isenções fiscais) aos agentes privados interessados em investir no país à adoção de determinadas medidas. As Trims podem ter por objetivo tanto impor aos investidores um comportamento que atenda aos

⁶⁰⁹ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 152.

⁶¹⁰ BARRAL, Welber (Org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 22.

⁶¹¹ TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 567.

interesses nacionais no que se refere a desenvolvimento econômico, quanto estimular a adoção de determinados comportamentos pelos agentes privados. São instrumentos de que os governos nacionais podem dispor para moldar a atuação dos investidores de forma a que se beneficie ao máximo o desenvolvimento nacional”⁶¹².

O Artigo 2º dispõe a proibição de medidas que sejam incompatíveis com as disposições do Artigo III (tratamento nacional) ou do Artigo XI (eliminação geral de restrições quantitativas) do GATT, determinando uma lista ilustrativa de medidas de investimento que não devem ser adotadas. Assim, importante salientar que o caráter ilustrativo dessa lista demonstra que outras medidas podem vir a ter impacto sobre o comércio. Significa dizer, as medidas ilustradas foram consideradas aquelas claramente violadores dos artigos III e XI do GATT, existindo outras medidas de investimento relacionadas ao comércio como exigência de fabricação, desempenho na exportação, entre outras, cuja identificação pode vir a ser suprida pela própria jurisprudência da OMC⁶¹³.

Com o artigo 2º busca-se evitar que os países membros venham a adotar medidas que: “i) estabeleçam a obrigatoriedade de se utilizar produtos de fabricação nacional no processo produtivo; ou ii) restrinjam o uso de produtos importados a um percentual dos produtos nacionais; ou iii) restrinjam de qualquer outra forma a importação de produtos”⁶¹⁴.

O artigo 3º dispõe acerca das exceções determinando que “todas as exceções ao amparo do GATT 1994 se aplicarão, conforme apropriado, às disposições do presente Acordo”, referindo-se diretamente às exceções previstas no Artigo XX (exceções gerais) e Artigo XXI (exceções de segurança) do GATT.

Por outro lado, o artigo 4º prevê uma ajuda aos países em desenvolvimento para que, mesmo que violando as disposições dos Artigos III e XI do GATT 1994, adotem medidas de investimento que sejam prejudiciais ao comércio, com objetivo de regular sua balança de pagamentos, sempre que por determinado curto período de tempo e no limite da necessidade deste país⁶¹⁵.

⁶¹² NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 164.

⁶¹³ CARMODY, Chi. TRIMS and the Concept of Investment under the WTO Agreement. In: CARMODY, Chi; IWASAWA, Yuji; RHODES, Sylvia (Eds.). Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence. American Society of International Law, 2003, p. 328.

⁶¹⁴ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 160.

⁶¹⁵ “Um país em desenvolvimento Membro estará temporariamente livre do cumprimento das disposições do Artigo 2 em conformidade e na medida em que o Artigo XVIII do GATT 1994, o Entendimento sobre as

O artigo 5º trata da possibilidade de controle das medidas de investimento. Foram estabelecidos prazos diferenciados para cumprimento da regra de eliminação de medidas de investimento aos países em desenvolvimento e prazo mais extenso aos países de menor desenvolvimento relativo. Flavia Troyano lembra que “o acordo TRIMS representa um ‘compromisso’, uma ‘transação’” e que o acordo TRIMS foi concluído de forma muito ineficiente. Na verdade, este focou em tratar e regular as medidas de investimento aplicadas pelos países em desenvolvimento, decidindo por não abordar medidas adotadas pelas empresas transnacionais consideradas como anticoncorrenciais. A representação desta situação se encontra no artigo 9, em que se determina a obrigatoriedade de uma revisão com objetivo de verificar a necessidade de complementação do Acordo⁶¹⁶.

Em 1996, a partir da Conferência Ministerial de Singapura foi estabelecido um Grupo de Trabalho sobre a relação entre comércio e investimento com o intuito de preparar a revisão do Acordo TRIMS que seria iniciada em 1999⁶¹⁷.

Importante salientar os diversos posicionamentos a respeito deste acordo, positivos e negativos, a saber essencialmente que o Acordo TRIMS não inova, mas codifica o que foi decidido no caso FIRA pela própria OMC, mesmo ignorando o que determina as Práticas de Business Restritivas (em inglês, RBPs) praticadas pelas TNCs. Pelo lado positivo, o Acordo TRIMS define um fórum onde as disputas sobre investimentos passam a ser solucionadas.

Os países em desenvolvimento utilizam medidas de requisito de conteúdo local para injetar estímulo à indústria nacional e abrir concorrência com a os investidores estrangeiros. Com isso, durante as negociações do Acordo TRIMS, sempre se colocavam contra a elaboração de um acordo mais abrangente⁶¹⁸. Os países desenvolvidos se

Disposições Relativas ao Balanço de Pagamentos do GATT 1994 e a Declaração sobre Medidas Comerciais Tomadas por Razões de Balanço de Pagamentos adotada em 28 de novembro de 1979 (BISD 26S/205-209) permitam ao referido Membro deixar de cumprir as disposições dos Artigos III e XI do GATT 1994”.

TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 572.

⁶¹⁶ TROYANO, Flávia Andraus. Medidas de investimento relacionadas ao comércio. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (coord.). Guerra Comercial ou Intergração Mundial pelo Comércio?: a OMC e o Brasil. São Paulo: LTr, 1998, p. 572-573.

⁶¹⁷ BREWER, Thomas L; YOUNG, Stephen. Investment Issues at the WTO: The architecture of rules and the Settlement of Disputes. Journal of International Economic Law. Oxford University Press, 1998, p. 458.

⁶¹⁸ “Por esse ponto de vista, a resistência dos países em desenvolvimento em aceitar um acordo amplo sobre Trims no âmbito da Rodada Uruguai era plenamente justificável” NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do;

posicionavam de acordo com “a sua condição de exportadores de capital e investimentos”⁶¹⁹, o que justifica a intenção desses países em proteger o investimento realizados por seus investidores no território estrangeiro.

O Acordo TRIMS é visto como um fracasso da Rodada do Uruguai em ter progresso significativo nas discussões sobre o tema dos investimentos. O acordo não proíbe requisitos de desempenho relativos ao investimento que afetam o comércio que já não tenham sido proibidos pelo GATT. Na verdade, o Acordo TRIMS deve ser interpretado como uma ratificação do status que já existe nas regras do GATT⁶²⁰.

O Acordo Geral sobre Comércio e Serviços (GATS)

O GATS é o acordo que possui mais disposições acerca dos investimentos, considerando que os serviços disponibilizados por uma empresa estrangeira são cobertos por ele. Assim, o GATS abrange o consumo internacional, presença comercial e de pessoas, suprimento internacional como forma de serviços disponibilizados por investidores estrangeiros. O estabelecimento de uma presença comercial lida diretamente com investimentos, uma vez que requer que seja realizado um investimento para desfrutar do benefícios do estabelecimento comercial⁶²¹.

Desse modo, o GATS cobre o tema dos investimentos estrangeiros no âmbito de serviços, estabelecendo a competência da OMC em um setor substancial da economia de cada Estado-membro. Em primeiro lugar, a definição de comércio no âmbito do acordo GATS inclui investimentos. Ademais, as previsões do GATS com relação a acesso à mercado se referem especificamente a *joint-ventures* e limitações na porcentagem de propriedade estrangeira e, assim, incorpora o IED no acordo. No GATS, os países se submeteram a obrigações gerais e compromentimentos específicos. As obrigações gerais aplicam-se a todas as partes e setores, enquanto que os compromentimentos específicos se aplicam apenas a determinados países de forma individual para setores e modos

SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 165.

⁶¹⁹ NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 166.

⁶²⁰ BREWER, Thomas L; YOUNG, Stephen. Investment Issues at the WTO: The architecture of rules and the Settlement of Disputes. Journal of International Economic Law. Oxford University Press. 1998. p. 452.

⁶²¹ GUGLER, Philippe; CHAISSE, Julien. Foreign Investment Issues and WTO Law. In: CHAISSE, Julien; BALMELLI, Tiziano. Essays on the Future of the World Trade Organization. Policies and Legal Issues. Editions interuniversitaires suisses – Edis, v. I, 2008, p. 139.

específicos⁶²².

As disposições do GATS em relação ao provedor dos serviços vem a ser o comprometimento da OMC em proteger o investimento estrangeiro. O artigo 2º do GATS determina a proteção através da cláusula da nação mais favorecida, o artigo 3º dispõe sobre certas obrigações de transparência, o artigo 6º impõe restrições na regulação nacional. Assim, a OMC possui competência para solucionar casos sobre investimentos estrangeiros no setor de serviços⁶²³.

Os princípios base do GATS são a não-discriminação e o tratamento nacional, entretanto, não se tratam de princípios gerais e dependem de comprometimentos específicos feitos pelas partes. O tratamento nacional é aplicável somente aos setores de serviços que são listados no programa de cada Estado e sempre quando não existirem condições específicas. Assim, caso o Estado interprete que não há viabilidade de o investidor estrangeiro competir com empresários locais, ele poderá determinar medidas “discriminatórias”⁶²⁴. No mesmo sentido, determinam-se as previsões sobre nação mais favorecida. O GATS determina que existem algumas exceções a esta última cláusula que não devem durar mais que dez anos⁶²⁵. Isto é, a cláusula da nação mais favorecida é substancialmente qualificada no anexo do acordo em que se listam as exceções de cada país no sentido de respeitar este princípio, permitindo que sejam impostas condicionantes ao princípio ou, ainda, reciprocidade⁶²⁶.

O Acordo sobre os Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)

⁶²² BREWER, Thomas L; YOUNG, Stephen. Investment Issues at the WTO: The architecture of rules and the Settlement of Disputes. Journal of International Economic Law. Oxford University Press, 1998, p. 460.

⁶²³ VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. Journal of International Law & Policy. University of California, Davis, v. 12, 2005-2006, p. 176.

⁶²⁴ “Individual countries’ agreements to provide national treatment and market access on a sector-by-sector basis are provided in Schedules of Specific Commitments. These specific commitments combine ‘positive’ lists and ‘negative’ lists. In the positive lists, each government indicates those service industries for which it is making liberalization commitments; in the negative lists, each government itemizes for each of the modes of supply and for national treatment and market access the exceptions to its commitments in the listed industries”. BREWER, Thomas L; YOUNG, Stephen. Investment Issues at the WTO: The architecture of rules and the Settlement of Disputes. Journal of International Economic Law. Oxford University Press, 1998, p. 463.

⁶²⁵ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.264-265.

⁶²⁶ BREWER, Thomas L; YOUNG, Stephen. Investment Issues at the WTO: The architecture of rules and the Settlement of Disputes. Journal of International Economic Law. Oxford University Press, 1998, p. 460.

O Acordo TRIPS trata do investimento de forma indireta, ao dispor sobre as previsões e padrões de tratamento dos direitos da propriedade intelectual. Considerando que a propriedade intelectual é definida como investimento em acordos bilaterais e regionais sobre investimento, a conexão entre Acordo TRIPS e investimento estrangeiro é clara.

No entanto, é preciso salientar que o Acordo TRIPS tem por objetivo tratar de questões de pirataria e não busca dispor sobre proteção dos investimentos realizados. Duas áreas de batalha entre propriedade intelectual e investimento surgem no âmbito deste acordo que é o licenciamento compulsório no setor de remédios e a utilização do conhecimento indígena⁶²⁷.

Para Brewer e Young, o Acordo TRIPS é relevante para investimentos estrangeiros uma vez que, usualmente, envolve transferência de tecnologia entre empresas mãe e suas afiliadas e muitas dessas tecnologias ainda estão protegidas por patentes, copyrights e direitos de marca. Este acordo estabelece padrões de proteção, bem como transparência na implementação desses padrões, disponibilizando o sistema de solução de controvérsias da OMC para procedimentos que circundam a propriedade intelectual⁶²⁸.

Feito um panorama acerca dos instrumentos da OMC que tratam dos investimentos estrangeiros, conclui-se que estes são pouco abrangentes e incompletos. Existem diversos temas que causam controvérsia entre os países membros da OMC no âmbito dos investimentos que não são tratados pelos Acordos TRIMs, TRIPS e GATS.

No que toca a definição de investimentos, a posição dos países em desenvolvimento é no sentido de que apenas investimentos a longo prazo deveriam ser incluídos, excluindo investimentos de portfólio diante do seu caráter de instabilidade. Assim, resta bastante improvável que os países em desenvolvimento concordem com a inclusão de outros investimentos diferentes do investimento a longo prazo sempre que se negociar um acordo sobre investimentos. Esses países preferem proteger seus investimentos de longo prazo através das suas associações, como as *joint ventures* criadas e, também, proteger a atividade *greenfield* ao invés das fusões e aquisições de empresas existentes. Por outro lado, os países desenvolvidos tendem a preferir definições de investimento mais abrangentes, que incluem os investimentos de portfólio.

⁶²⁷ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed, New York: Cambridge University Press, 2010, p.266.

⁶²⁸ BREWER, Thomas L; YOUNG, Stephen. *Investment Issues at the WTO: The architecture of rules and the Settlement of Disputes*. *Journal of International Economic Law*. Oxford University Press, 1998, p. 463.

Além disso, existe controvérsia sobre o conceito de investidor. Quanto à pessoa física, em geral, não há divergência, com exceção aos indivíduos que possuem dupla nacionalidade, conforme disposto anteriormente. A divergência nasce quando se trata da nacionalidade da pessoa jurídica. Isto porque, existem diferentes doutrinas sobre a nacionalidade da pessoa jurídica de acordo com a tradição jurídica de cada país. Muitos países exigem que TNCs atuem através de subsidiárias localmente constituídas que, após sua constituição, passariam a ser consideradas empresas locais, isto é, sem a proteção de um acordo sobre investimentos⁶²⁹.

A terceira controvérsia reside nos padrões de tratamento dos investimentos estrangeiros. Os países desenvolvidos entendem que se deve conceder a proteção do tratamento nacional no pré-estabelecimento do investimento, enquanto essa posição se configura como inaceitável para os países em desenvolvimento. Do mesmo modo, existem controvérsias a respeito do tratamento dos investimentos estrangeiros após o seu estabelecimento no país hospedeiro. Os países em desenvolvimento dificilmente aceitarão deixar de regular as TNCs após o seu estabelecimento como forma de controle das suas atividades⁶³⁰.

Medidas como requisitos de desempenho são vistas como necessárias e aceitáveis por países em desenvolvimento como forma de promover seu próprio desenvolvimento econômico. Índia e China já indicaram sua oposição à limitações como essa. Do mesmo modo, os países em desenvolvimento apresentam dificuldades em aplicar a devida compensação nos casos de expropriação⁶³¹.

Com isso, muitos países em desenvolvimento recuaram na discussão sobre novas regras sobre investimentos no âmbito da OMC. Percebe-se esse movimento quando, na Conferência de Cancun em setembro 2003, o tema dos investimentos fracassou sem ser possível determinar exatamente os responsáveis. Assim, o projeto de negociar novas normas sobre investimentos estrangeiros na OMC foi descartado. Do mesmo modo,

⁶²⁹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.269.

⁶³⁰ “*Pre-entry national treatment is used only by the United States and Canada in their bilateral investment treaties. The European states do not use them*” (...) “*The regulation of the operation of the foreign investment after entry is also regarded as a right of the host state, as foreign investment, unlike trade in goods, is an essentially intrusive activity which takes place entirely within the territorial boundaries of the state*”. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.269-273.

⁶³¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.271-272.

decidiu-se por remover este tema da pauta de negociações na Rodada de Doha⁶³² em agosto de 2004⁶³³. Na verdade, é preciso dizer que não existiu uma razão específica para o fracasso⁶³⁴.

3.4.3 Regras sobre investimento no NAFTA

O NAFTA tem atraído bastante atenção no cenário internacional através do seu capítulo sobre investimentos - o capítulo XI⁶³⁵ - o qual serviu como modelo e inspiração para elaboração do MAI. No âmbito dos investimentos estrangeiros, talvez seja um dos mais importantes acordos regionais sobre investimentos e comércio internacional na atualidade, considerando o número de casos de arbitragem que já foram iniciados com base nas normas previstas no seu capítulo XI⁶³⁶.

O NAFTA é um acordo regional que surgiu junto com diversos BITs e como resultado do fenômeno da globalização. Os objetivos do NAFTA focam em eliminar as barreiras ao comércio, estender proteção ou direitos relativos à propriedade intelectual, aumentar a competição do mercado e promover os investimentos estrangeiros. O NAFTA é considerado revolucionário, pois vai além do tradicional tratado multilateral sobre

⁶³² Understanding the WTO: The Doha agenda. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/doha1_e.htm>. Acesso em 08 jun.2014.

⁶³³ WORLD TRADE ORGANIZATION. The Doha Declaration explained. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm>. Acesso em 26 jan.2014.

⁶³⁴ TUDOR, Ioana. Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés. In: CHAISSE, Julian; BALMELLI, Tiziano, (eds.). Essays on the future of the world trade organization. Lugano: Edis. 2008. V. 1. p. 172. Nota de rodapé nº 6. Ver também KHOR, Martin. An Analysis of the WTO's Fifth Ministerial Conference (Cancun, 10-14 September 2003). Disponível em: <<http://www.g24.org/TGM/khorgva.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2014, e assim "In the summer of 2004, WTO Member conceded that 'no work towards negotiations on [investment]'" durante a Rodada de Doha. GUGLER, Philippe; CHAISSE, Julien. Foreign Investment Issues and WTO Law. In: CHAISSE, Julien; BALMELLI, Tiziano. Essays on the Future of the World Trade Organization. Policies and Legal Issues. Editions interuniversitaires suisses – Edis, v.I., 2008, p. 137.

⁶³⁵ FALSAFI, Alireza. Regional Trade and Investment Agreements: Liberalizing Investment in a preferential Climate. Syracuse Journal of International Law and Commerce. v. 36, 2008-2009, pp.44.

⁶³⁶ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p.253.

comércio e concede proteção ao investidor de uma nação em desenvolvimento, assim como de uma nação desenvolvida⁶³⁷.

Importante salientar que as regras sobre investimentos previstas no NAFTA são as mesmas que foram instituídas no Acordo de Livre Comércio entre EUA e Canadá, assim como, nos modelos do BIT modelo instituído pelos EUA. Com isso, o NAFTA contém regras sobre investimentos estrangeiros que foram desenvolvidas pelos EUA durante alguns anos e que lhes são favoráveis, como é o caso das normas que protegem exaustivamente o investidor, reduzindo a capacidade de controle nacional sobre o IED⁶³⁸. A proteção prevista no Capítulo XI possui por objetivo promover e proteger os investimentos estrangeiros das ações arbitrárias do governo, encorajando o crescimento econômico.

O NAFTA tem tentado aliviar os problemas associados ao risco do investimento estrangeiro, através de determinações de proteções mais reais no caso de investimentos realizados por investidores do Canadá, México e EUA. O principal objetivo do Capítulo XI é promover o investimento entre os Estados-membros⁶³⁹, tanto no seu pré-estabelecimento, como pós-estabelecimento. As disposições deste capítulo dão segurança aos investidores no momento da realização do investimento em um desses países, assim como, define “*minimum standards of treatment*” (em inglês, MST) para garantir aos investidores um tratamento de acordo com o direito internacional, incluindo o tratamento justo e equitativo (em inglês, FET)⁶⁴⁰. Do mesmo modo, o NAFTA estabelece regras de cláusula da nação mais favorecida, bem como, do tratamento nacional.

Com relação à definição de investimentos, os países desenvolvidos tendem a preferir definições de investimento mais abrangentes, que incluem os investimentos de portfólio. A preferência de definição desses países inclui ativos tangíveis e intangíveis conforme estabelecido no NAFTA⁶⁴¹

⁶³⁷ GRAY, Michelle E. Broadening NAFTA Article 1105 Protections: A small price for international investment. 48 Houston Law Review, n° 383, 2011, p. 389.

⁶³⁸ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p.253.

⁶³⁹ “*eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties*”. NAFTA Artigo 102. NAFTA Secretariat. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&ctl=SectionView&mid=1588&sid=5a1b5f25-8904-4553-bf16-fef94186749e&language=en-US#102>>. Acesso em 20 jul. 2014.

⁶⁴⁰ GRAY, Michelle E. Broadening NAFTA Article 1105 Protections: A small price for international investment. 48 Houston Law Review, n° 383, 2011, p. 400.

⁶⁴¹ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.267-268.

Assim, as medidas sobre investimento no âmbito do NAFTA possuem mais abrangência do que aquelas estabelecidas no seio da OMC. Por exemplo, o NAFTA contém obrigação do tratamento nacional em relação a investidores e investimentos, assim como um direito geral de investimento – direito ao estabelecimento – sujeito a certas limitações e exceções. O NAFTA também requer que a expropriação dos investimentos estrangeiros seja recompensada por um valor de mercado justo e que os investidores possuam um padrão mínimo de tratamento no direito internacional. É um acordo que também prevê obrigações de transparência e mecanismos de solução de conflito, visando criar um ambiente de segurança jurídica para o investidor.

O NAFTA permitiu que os investidores processem diretamente o governo estrangeiro e criou um processo específico para resolução de conflitos entre investidor-Estado. Assim, parte do Capítulo XI prevê garantias substantivas de direito material e outra parte prevê garantias processuais para resolução de conflitos. Essas proteções estão previstas no NAFTA sem exigir a criação de leis específicas nacionais por parte dos Estados signatários⁶⁴².

O NAFTA prevê no seu artigo 102 a transparência como um princípio básico⁶⁴³, que assegura que um agente imparcial como, por exemplo, uma corte julgue a demanda apresentada, assim como qualquer informação ou norma relevante se torne pública. A transparência visa facilitar a comunicação entre os órgãos que promulgam as normas e os interessados, determinando a publicação em avanço das medidas adotadas por um Estado-membro, dando a oportunidade aos *stakeholders* para que façam comentários, bem como, permitindo que tribunais administrativos venham a revisar as normas elaboradas⁶⁴⁴.

Com relação às garantias de direito material, prevê-se a proteção contra discriminação e o requerimento do tratamento do padrão mínimo, onde se inclui o FET. Assim, o artigo 1102 impõe a cláusula do tratamento nacional e o artigo 1103 a cláusula da

⁶⁴² GRAY, Michelle E. Broadening NAFTA Article 1105 Protections: A small price for international investment. 48 Houston Law Review, n° 383, 2011, p. 391.

⁶⁴³ “The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency” NAFTA Artigo 102. NAFTA Secretariat. Disponível em: <<https://www.nafta-secretariat.org/Default.aspx?tabid=97&ctl=SectionView&mid=1588&sid=5a1b5f25-8904-4553-bf16-fef94186749e&language=en-US#102>>. Acesso em 20 jul. 2014.

⁶⁴⁴ KOTERA, Akira. Regulatory Transparency. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. ed. The Oxford Handbook of International Investment Law. USA: Oxford University Press, 2008, p. 617.

nação mais favorecida⁶⁴⁵. O artigo 1105 prevê a proteção dos investimentos realizados através do FET e MST. Esse dispositivo é visto como proteção absoluta do investidor e tem gerado diferentes interpretações nas decisões de arbitragens entre investidor e Estado. Como é difícil determinar a intenção das partes na elaboração do NAFTA, essas proteções estão passando por uma considerável mudança em função das interpretações das decisões arbitrais. O artigo 1105 era visto inicialmente como proteção adicional ao costume internacional, apesar de não existir um fundamento para tal entendimento colocado pelas decisões arbitrais, a chamada interpretação pré-FTC⁶⁴⁶.

Posteriormente, os Estados-membros do NAFTA se reuniram para discutir a interpretação do artigo 1105 e, em 2001, elaboraram um documento chamado “*Notes of Interpretation of certain Chapter 11 Provisions*”⁶⁴⁷, cujas disposições se tornariam obrigatórias. Neste documento, determinou-se que a primeira parte do artigo 1105 prevê o tratamento mínimo dos investidores estrangeiros previsto no próprio costume internacional. O conceito de FET e do princípio da proteção e segurança total não requerem tratamento além daquele dispensado no costume internacional. Além disso, a violação de qualquer artigo do NAFTA ou de outro acordo internacional não significa dizer que houve uma violação do artigo 1105(1)⁶⁴⁸.

Considerando os objetivos do NAFTA em estimular o investimento além-fronteiras e gerar segurança jurídica para os investidores, é meramente peculiar que se venha determinar uma limitação na interpretação do artigo 1105. O próprio rascunho da proposta

⁶⁴⁵ NAFTA Secretariat. Disponível em: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=97&ctl=SectionView&mid=1588&sid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25&language=en-US#A1101>>. Acesso em 22 jul.2014.

⁶⁴⁶ Michelle Gray cita três decisões ilustram esta interpretação, quais sejam: *Metalclad vs. Mexico, S.D. Myers vs. Canada* e *Pope & Talbot vs. Canada*. Segundo a autora, cada tribunal avaliou as proteções do artigo 1105 de maneira diferente, utilizando distintos métodos de interpretação, entretanto, todos chegaram a resultados consistentes, com interpretações semelhantes, determinando que o artigo 1105 dispõe uma proteção que vai além daquela estipulada pelo direito costumeiro internacional. GRAY, Michelle E. Broadening NAFTA Article 1105 Protections: A small price for international investment. 48 Houston Law Review, n° 383, 2011, p. 397-399.

⁶⁴⁷ Disponível em: <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp>. Acesso em 22 jul. 2014.

⁶⁴⁸ “*Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).*” Disponível em: <http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp>. Acesso em 22 jul. 2014.

de redação inicial do artigo 1105 confirma ainda mais a concepção de que este artigo veio trazer proteção adicional aos investidores.

Diante da controvérsia apresentada acerca da proteção dispensada pela interpretação do artigo 1105 do NAFTA, necessário se faz revisar o sentido dessa cláusula para consolidar o entendimento do objetivo de proteção do investimento estrangeiro. No entendimento de Michelle Gray existem algumas alternativas para esse impasse: definir uma interpretação mais abrangente daquela existente hoje ou aplicar um padrão do direito costumeiro internacional mais desenvolvido às arbitragens que surgirem. Além disso, importante ressaltar que existe dificuldade em ampliar a interpretação do artigo 1105. Em primeiro lugar em razão da pressão pública para diminuir as proteções estabelecidas no Capítulo XI e, segundo, uma vez que os Estados-membros do NAFTA tem medo de que o aumento da proteção do investimento estrangeiro poderia diminuir o poder de soberania do Estado⁶⁴⁹.

Portanto, o Capítulo XI do NAFTA, assim como diversos outros acordos de investimento, foi criado para promover e proteger o investimento estrangeiro, buscando criar um ambiente estável para o investidor.

A importância de regras mais solidificadas e menos controversas sobre a regulação e proteção dos investimentos estrangeiros e comércio internacional é de vital importância para o funcionamento da economia mundial e desenvolvimento econômico.

3.5 A não-discriminação no comércio internacional e no Direito Internacional dos Investimentos: princípios alternativos ou relacionados?

No contexto do panorama analítico da relação entre comércio internacional e investimentos estrangeiros, identificou-se a importância da análise dos principais princípios no âmbito das duas disciplinas. Presentes nos dois contextos, os princípios da não-discriminação possuem alcançar efeitos similares tanto no setor do comércio, como nos investimentos. Além disso, decidiu-se trazer aspectos do tratamento justo e equitativo no campo dos investimentos estrangeiros.

⁶⁴⁹ GRAY, Michelle E. Broadening NAFTA Article 1105 Protections: A small price for international investment. 48 Houston Law Review. n° 383, 2011, p. 415-417.

Os princípios que visam evitar a discriminação são fundamentais para que a OMC possa seguir seu caminho. São dois os pilares em que os Estados-Membros devem se fundamentar para tratar uns aos outros e os produtos nacionais de cada país de maneira equânime. O fundamento dos princípios regentes das relações comerciais entre países membros da OMC se baseia na igualdade formal que nem sempre deve ser a regra. No seio da OMC estabeleceu-se um princípio geral da não-discriminação, do qual nascem dois outros princípios: o tratamento da nação mais favorecida (Artigo I do GATT) e o tratamento nacional (Artigo III do GATT).

“A cláusula da nação mais favorecida estende a todos os membros da OMC as vantagens, imunidades, prerrogativas e concessões dadas a um Estado, e o princípio do tratamento nacional veda quaisquer discriminações entre os produtos importados e os bens nacionais”⁶⁵⁰. Trata-se de um princípio fundamental no Direito Internacional dos Investimentos e no Direito do Comércio Internacional.

No comércio internacional, sua primeira previsão foi consolidada através do tratado concluído em 1417 entre o Rei Henrique IV da Inglaterra com o João, Duque de Borgonha estendendo aos ingleses os mesmo benefícios concedidos aos franceses, holandeses, escoceses⁶⁵¹ e nos BITs, este princípio originou-se dos antigos acordos FCN.

Um princípio que determina que todas as partes contratantes devem conceder às demais partes o tratamento que concedem a um país em especial. Nenhum país pode conceder a outro vantagens comerciais especiais, nem discriminar um país em especial.

O tratamento da cláusula da nação mais favorecida no âmbito dos investimentos tem por efeito estender os mesmos direitos a todos os investidores. Essa cláusula depende fortemente do escopo da conduta do Estado. Isto porque, a partir do momento em que o Estado determina que outro país deve desfrutar de um benefício, deve ele estender esse mesmo direito a todos os demais países. No contexto dos investimentos, a aplicabilidade mecânica prevista no comércio não é a mesma. Isto porque, acordos sobre investimentos contem negociações que cobrem diferentes áreas e a aplicabilidade mecânica gera um efeito distorcido sobre as negociações feitas preliminarmente⁶⁵².

⁶⁵⁰ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54

⁶⁵¹ SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 67.

⁶⁵² DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 207.

A razão para que os investidores procurem proteção com fundamento na cláusula da nação mais favorecida é evitar a discriminação que lhe colocaria em uma posição de desvantagem comparativa com investidores de outros países. Assim, a ideia por trás deste princípio é assegurar oportunidades competitivas equiparativas entre investidores de diferentes países⁶⁵³.

Com isso, existe uma variedade nas cláusulas de nação mais favorecida nos acordos sobre investimentos. Os autores Dolzer e Schreuer lembram que existe o padrão em que a cláusula de nação mais favorecida é combinada com o tratamento nacional, determinando que o padrão de tratamento ao investidor estrangeiro deve ser equivalente ao tratamento concedido ao investidor nacional e ao investidor de outro Estado. Em outra versão, não se especifica o tratamento dispendido ao investidor em si, mas sim que todas as regras previstas naquele acordo não podem ser menos favoráveis aos investidores do Estado-parte em que os investimentos realizados por investidores estrangeiros⁶⁵⁴.

A aplicabilidade da cláusula da nação mais favorecida no âmbito dos investimentos estrangeiros tem gerado certa controvérsia. Isto porque, além da possibilidade de um investidor alegar que um benefício ou proteção concedidos ao investidor de um terceiro Estado deve ser estendida a ele, essa cláusula permitiria que os efeitos de um BIT mais benéfico a um Estado se tornasse argumento para que demais Estados venham a exigir o mesmo tratamento e benefício concedidos àquele Estado⁶⁵⁵, o que geraria um efeito avalanche.

Com relação ao princípio do tratamento nacional, no âmbito do comércio internacional, este foi instituído através do artigo III no GATT, em que se determina que os bens importados devem receber o mesmo tratamento concedido a produto equivalente de origem nacional. Este princípio se baseia no conceito de igualdade, buscando assegurar condições iguais de concorrência a todos os produtos, seja qual for a sua origem.

Com essa subdivisão, o princípio do tratamento nacional na OMC possui dois aspectos: tratamento não-discriminatório entre produtos similares provenientes de

⁶⁵³ SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012, p. 67.

⁶⁵⁴ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 207.

⁶⁵⁵ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 205.

diferentes Estados-membros da OMC, assim como, tratamento igualitário entre produtos estrangeiros e nacionais⁶⁵⁶.

No Acordo TRIMS, o tratamento nacional consiste na obrigação do Estado hospedeiro do investimento em conceder ao investidor estrangeiro tratamento tão favorável quanto aquele conferido ao investidor nacional que se encontra nas mesmas circunstâncias. O tratamento nacional serve para eliminar distorções concorrenciais, melhorando as eficiências das operações nas economias envolvidas, porquanto os investidores nacional e estrangeiro são submetidos às mesmas condições de competitividade no mercado do país hospedeiro.

O tratamento nacional no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos determina o padrão de tratamento dos investidores. Esse princípio pretende impedir qualquer discriminação entre o investidor estrangeiro e seu competidor nacional. Apesar de ter suas origens na doutrina Calvo⁶⁵⁷, o objeto do tratamento nacional naquela doutrina era completamente diferente, uma vez que se partia do princípio de que o investidor estrangeiro teria maior proteção no seu país de origem do que no país hospedeiro. Naquela época envolvia um conceito de padrão mínimo de tratamento do investidor estrangeiro, muito diferente do que se defende atualmente nos acordos sobre investimentos⁶⁵⁸.

O propósito deste princípio no contexto dos investimentos estrangeiros, portanto, consiste em obrigar que o país hospedeiro venha fazer uma discriminação negativa entre o investidor estrangeiro e nacional no momento em que elabora novas normas e determina um tratamento mais favorável ao investidor nacional. O propósito desse padrão de tratamento é diferente do que se propôs décadas atrás, quando esse conceito buscava limitar qualquer direito de um investidor estrangeiro poderia derivar do direito internacional. Nos BITs europeus o texto da cláusula do tratamento nacional permaneceu inalterado nas últimas décadas. Nos BITs concluídos pelos Estados Unidos, houve uma mudança de entendimento. Anteriormente aplicava-se a premissa de que o tratamento

⁶⁵⁶ RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice. *Droit du Commerce International*. Paris : Dalloz, 2007, p. 40.

⁶⁵⁷ “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.” LERNER, Diego Fraga. *Os Regimes Jurídicos de Proteção ao Investimento Estrangeiro Direto: O Papel Desempenhado pelos Países Emergentes*. 2009. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009, p. 52.

⁶⁵⁸ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 335.

nacional deveria ser verificado em “situações similares” e, atualmente, a premissa mudou para “circunstâncias similares”.

Consideram-se três aspectos para determinar o caráter da discricionariedade no campo dos investimentos. Primeiramente, trata-se da comparação entre o investidor estrangeiro e o nacional. É necessário verificar se os dois investidores estão realizando exatamente o mesmo negócio no país hospedeiro, uma vez que o escopo da análise a ser feito com respeito à violação deste princípio circunda o tipo de investimento e negócio realizado pelo investidor. Em segundo lugar, a análise deve englobar a existência de diferença ou não e, em terceiro, a relevância do caráter intencional da discriminação por parte do governo do país hospedeiro. Isto é, deve-se analisar se o país hospedeiro atingiu seu objetivo em discriminar e se poderiam utilizar outros meios alternativos para reduzir o impacto gerado ao investidor estrangeiro⁶⁵⁹. A comparação para verificar o tratamento discriminatório envolve investidores operando em setores similares que venham a competir entre si, sempre que envolvam circunstâncias similares. O tratamento discriminatório pós-entrada é mais comum, dado que se relaciona com o desenvolvimento econômico do país hospedeiro, em que vantagens são concedidas à indústria nacional⁶⁶⁰.

Sornarajah ressalta que nos acordos sobre investimento mais modernos instaura-se uma proteção baseada no tratamento nacional no estágio pré-acesso ao mercado estrangeiro, que concede o direito do investidor a entrar no país hospedeiro. Ressalta-se que muitos acordos possuem uma lista exaustiva de setores exclusivos que não permitem acesso ao investidor estrangeiro, entretanto, nesses acordos, os setores não-exclusivos devem ser acessíveis ao investidor no estágio pré-investimento, permitindo sua entrada e seu direito de estabelecimento.

Essas exceções a setores exclusivos são mais comuns quando o acordo lança mão da proteção no estágio pré-entrada no mercado. Pós-entrada do investidor no mercado permite que este receba tratamento de forma equivalente ao investidor nacional, conforme já mencionado. Assim, o princípio do tratamento nacional se torna uma forma de liberalização do movimento de capital⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 198.

⁶⁶⁰ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 203; 337.

⁶⁶¹ “All states, including the United States, have exempted a variety of sectors from the scope of pre-entry national treatment. The idea is that they start with the general proposition regarding free movement of investment but make exemptions of sectors to which the proposition does not apply. It is a technique taken

Nesse passo, importante ressaltar que a cláusula do tratamento nacional se aplica primordialmente quando o negócio se estabelece, ou seja, verifica-se a sua violação após entrada do investidor estrangeiro no território do país hospedeiro. Alguns BITS, especialmente aqueles concluídos entre EUA e Canadá, prevêm a aplicação do tratamento nacional no direito de acesso ao mercado nacional⁶⁶².

Acordos regionais também vem adotando essa prática de investimento pré-entrada do investidor no país hospedeiro. O capítulo XI do NAFTA foca tanto na liberalização do movimento de capital, quanto na proteção do investimento estrangeiro. O ASEAN também contém previsões que procuram proteger e liberar o investimento, equilibrando entre liberalização e metas regulatórias nacionais. Importante ressaltar que nenhuma decisão arbitral tratou, até o momento, do tema do tratamento nacional no estágio pré-acesso a mercado do país hospedeiro⁶⁶³.

De fato, um perfeito tratamento nacional que não seja discriminatório é difícil de se alcançar, uma vez que dificilmente se atinge a definição de circunstâncias similares determinante para se estabelecer se houve ou não violação deste princípio ou não. Uma empresa transnacional dificilmente se encaixará num conceito de circunstância similar dentro do contexto de investimentos, uma vez que a sua própria natureza e tamanho já a torna distinta dos seus competidores nacionais. Em outras palavras, o próprio termo ‘circunstâncias similares’ utilizado para caracterizar e analisar a violação deste princípio vem a tornar inefetivo o mesmo⁶⁶⁴.

Joost Pauwelyn ressalta que existe uma separação entre os casos de comércio e investimento no âmbito do tratamento nacional. Os tribunais no âmbito do NAFTA rejeitam os testes realizados pela OMC e, esses últimos não tem demonstrado qualquer interesse nos desenvolvimentos mais recentes das disputas sobre investimentos do NAFTA. As concepções iniciais de que comércio internacional é focado em eficiência e competitividade, enquanto investimentos foca em segurança e justiça vem se reduzindo

over from trade instruments. The statement of national treatment as applicable to both phases is a change that has been made in these treaties. The change is clearly attributable to the acceptance of neo-liberal views”. SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 335-336.

⁶⁶² DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 199.

⁶⁶³ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 335; 337.

⁶⁶⁴ SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 203.

lentamente. Os acordos sobre investimento vem abrangendo, cada vez mais, a proteção pós-investimento, assim como, a entrada e liberalização do investimento, enquanto o comércio internacional tem se preocupado em cobrir a área dos investimentos⁶⁶⁵. Desse modo, deve-se buscar maior convergência e homogeneização entre o conceito de um princípio que poderia vir a ser uniforme e comum para o comércio internacional e investimentos estrangeiros.

Por último, no âmbito dos investimentos, o princípio do tratamento justo e equitativo tem grande relevância teórica e prática. É possível dizer que se configura como o princípio de maior relevância prática nesse sistema. Trata-se de um princípio presente em todo acordo sobre investimentos e que também se encontra na cláusula que determina o tratamento não-discriminatório⁶⁶⁶. A maior parte das arbitragens envolvendo investimentos estrangeiros relaciona-se com este princípio de forma relevante ou secundária em que o investidor alega a sua violação.

A menção ao tratamento justo e equitativo foi feita na Carta de Havana no seu artigo 11.2(a)(i)⁶⁶⁷, assim como no artigo I da Convenção Abs-Shawcross sobre investimento estrangeiro de 1959⁶⁶⁸. Do mesmo modo, o MAI, no seu artigo 1.1 tratava do tratamento justo e equitativo⁶⁶⁹.

A natureza e o objetivo da cláusula do tratamento justo e equitativo está diretamente relacionada ao princípio utilizado pelos países de direito civil que fazem uso

⁶⁶⁵ ORTINO, Frederico. Trade and Investment Disputes: Complement or Conflict. In: WTO: Law and Process. Sixth Annual WTO Conference, 2006, p. 314.

⁶⁶⁶ ORTINO, Frederico. Trade and Investment Disputes: Complement or Conflict. In: WTO: Law and Process. Sixth Annual WTO Conference, 2006, p. 305.

⁶⁶⁷ “*to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another*”. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em 30 maio 2014.

⁶⁶⁸ “Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures”. Disponível em: <<http://unctad.org/sections/dite/iaa/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>>. Acesso em 30 maio 2014.

⁶⁶⁹ “1.1. Each Contracting Party shall accord to investments in its territory of investors of another Contracting Party fair and equitable treatment and full and constant protection and security. In no case shall a Contracting Party accord treatment less favourable than that required by international law”. Disponível em: <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>>. Disponível em: 30 maio 2014.

de um princípio geral de boa-fé para garantir as lacunas que regras específicas venham a gerar no texto de um acordo sobre investimentos⁶⁷⁰.

Este princípio representa um conceito único de tratamento padronizado ao investimento estrangeiro, princípio autônomo, regra de direito internacional, não determinado pela legislação nacional do país hospedeiro. Segundo Dolzer e Schreuer, os tribunais tem enfatizado a independência deste princípio em relação ao princípio do tratamento nacional, podendo o princípio do tratamento justo e equitativo ser violado mesmo que o investidor seja tratado de forma não-discriminatória com relação aos nacionais do país hospedeiro⁶⁷¹.

Do panorama realizado, conclui-se que o objetivo da cláusula da nação mais favorecida no contexto do comércio internacional e investimentos estrangeiros é equivalente, ou seja, almeja-se eliminar a distinção entre Estados entre si e investidores entre si, respectivamente, garantindo a concorrência leal. No âmbito dos investimentos estrangeiros, aplicabilidade mecânica prevista no comércio gera um efeito distorcido sobre as negociações feitas preliminarmente pelos Estados-partes de um BIT. Além disso, a cláusula da nação mais favorecida permitiria que outros Estados exigissem a equiparação de previsões de um BIT firmado por um Estado, efeito inaplicável no âmbito do comércio internacional, o qual é marcado pelo multilateralismo.

Com relação ao tratamento nacional, no âmbito do comércio internacional os critérios para a sua aplicação em relação aos bens são objetivos e mais facilmente de serem implementados. No contexto dos investimentos estrangeiros, necessário se faz verificar se existem circunstâncias similares entre o investidor estrangeiro e nacional. Essa análise torna difícil a aplicação do princípio do tratamento nacional, uma vez que as características principais dos investidores estrangeiros já o tornam em circunstâncias diferenciadas por si só.

Por fim, verificou-se que o tratamento nacional pode ser exigido no estágio pré-estabelecimento do investimento ou pós-estabelecimento, dependendo do que determina o BIT. Alguns acordos possuem previsão de uma lista exaustiva de setores exclusivos a

⁶⁷⁰ “Indeed, the substance of the standard of fair and equitable treatment overlaps with the meaning of good faith in its broader setting, including the related notions of *venire contra factum proprium* and *stoppel*”. DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 132.

⁶⁷¹ “Indeed, the substance of the standard of fair and equitable treatment overlaps with the meaning of good faith in its broader setting, including the related notions of *venire contra factum proprium* and *stoppel*”. DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 133.

investidores nacionais que não permitem o acesso dos investidores estrangeiros, se caracterizando um mecanismo aceitável de discriminação exclusiva.

3.6 As decisões da OMC e os potenciais impactos para a regulação internacional dos investimentos estrangeiros relacionados ao comércio internacional

Apesar de o ICSID ter sido criado em 1965, apenas em 1987 surgiu a primeira arbitragem entre investidor e Estado. Entre 1987 e 1998, 14 casos foram registrados, mas apenas 2 decisões emitidas. A partir de 2000, teve uma explosão de casos sobre investimentos, computando o total de 314 casos no âmbito do ICSID em 2012⁶⁷².

No âmbito do GATT, entre 1948 e 1998, apenas 200 procedimentos foram registrados e na OMC houve uma evolução espetacular entre 1995 e 2006, em que foram registrados 340 casos⁶⁷³. Até junho de 2014, 482 casos foram registrados no âmbito da OMC⁶⁷⁴.

Apesar da existência de certas similitudes entre os dois sistemas de controvérsias da OMC e ICSID, importante se faz analisar a possibilidade de contribuição da jurisprudência da OMC para a interpretação dos BITs. Um canal de diálogo entre o corpo de decisões no âmbito do comércio e a arbitragem no campo dos investimentos pode vir a ser estabelecido⁶⁷⁵.

⁶⁷² World Investment Report 2013. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 11 jul. 2014. p.111.

⁶⁷³ TUDOR, Ioana. Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés. In: CHAISSE, Julian; BALMELLI; Tiziano, (eds.). Essays on the future of the world trade organization. Lugano: Edis. v. I, 2008, p. 174.

⁶⁷⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/find_dispu_cases_e.htm?year=any&subject=none&agreement=none&member1=none&member2=none&complainant1=true&complainant2=true&respondent1=true&respondent2=true&thirdparty1=false&thirdparty2=false#results>. Acesso em 11 jul. 2014.

⁶⁷⁵ HOWSE, Robert; CHALAMISH, Efraim. The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: A Reply to Jürgen Kurtz. The European Journal of International Law V. 20 no. 4, 2010, p. 1087.

Com o crescimento dos BITs e aumento da sua importância no cenário internacional, os investidores estrangeiros podem vir a se beneficiar da redução de inconsistência nas decisões e medidas da OMC⁶⁷⁶.

Verhoosel defende que investidores estrangeiros também realizam comércio propriamente dito, uma vez que a relação dentro da organização estrutural de uma empresa transnacional é propriamente caracterizada como comércio. Desse modo, quando uma medida governamental afeta o comércio ou, ainda, as próprias transações entre afiliadas de uma empresa, é certamente possível que os investimentos estrangeiros sofram as consequências dessa medida⁶⁷⁷.

Importante esclarecer que, sob olhar nu, o sistema de solução de controvérsias da OMC tem pouco em comum com o sistema de arbitragem investidor-Estado sobre investimentos. A arbitragem, aparentemente, parece ser mais vantajosa para o investidor do que o sistema da OMC, principalmente, em razão da necessidade de apelo político e necessidade de apoio governamental ao iniciar um procedimento no âmbito da OMC⁶⁷⁸.

Além disso, existem algumas questões sobre o caráter de executabilidade das decisões oriundas do sistema de investimentos e do sistema da OMC que podem vir a gerar desconfiança a respeito do benefício do sistema multilateral do comércio. Enquanto no contexto dos investimentos, a regra é a recompensa financeira dos prejuízos sofridos pelo investidor diante da violação do seu direito no país hospedeiro, não há, neste caso, obrigação direta do Estado em reduzir ou eliminar a inconsistência normativa ou regulatória que gerou a violação do direito daquele investidor. Tal disputa gera uma tensão política entre o investidor e o país hospedeiro, reduzindo a possibilidade do investidor em continuar com seus negócios no país hospedeiro⁶⁷⁹. Em particular, o investidor deverá

⁶⁷⁶ VERHOOSSEL, Gaetan. The Use of Investor-State arbitration under bilateral investment treaties to seek relief for breaches of WTO law. *Journal of International Economic Law*. Oxford University Press, v. 6, n° 2. 2003, p. 493.

⁶⁷⁷ VERHOOSSEL, Gaetan. The Use of Investor-State arbitration under bilateral investment treaties to seek relief for breaches of WTO law. *Journal of International Economic Law*. Oxford University Press, v. 6, n° 2. 2003, p. 494.

⁶⁷⁸ MOLINUEVO, Martin, Can Foreign Investors in Services Benefit from WTO Dispute Settlement? Legal Standing and Remedies in WTO and International Arbitration. NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2006/17, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1090892>>. Acesso em 01 jul. 2014. p. 311.

⁶⁷⁹ “*the foreign investor may be compensated for the economic damages that the discriminatory regulation has provoked, while the mistreatment suffered under the host country’s regulatory framework may persist*”. MOLINUEVO, Martin, Can Foreign Investors in Services Benefit from WTO Dispute Settlement? Legal Standing and Remedies in WTO and International Arbitration. NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2006/17, 2006. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1090892>>. Acesso em 01 jun. 2014. p. 314.

procurar executar sua decisão no âmbito nacional daquele Estado, isto é, o investidor estrangeiro precisará, conseqüentemente, enfrentar as cortes locais para fazer valer a sua decisão. Controversa é a iniciativa do investidor de se ver obrigado a exigir o cumprimento da arbitragem no âmbito jurisdicional do país hospedeiro, violador dos seus direitos, já que, inicialmente, não tinha interesse o investidor de seguir esse caminho, levando-o a procurar a arbitragem internacional para fazer valer seus direitos⁶⁸⁰.

O sistema de solução de controvérsia da OMC apresenta uma perspectiva diferente. Isto porque, existe uma preocupação muito mais concentrada em fazer com que os Estados-membros da OMC venham cumprir com as obrigações e regras no sistema multilateral do comércio do que se preocupar com a reparação material pelos danos sofridos e direitos violados. Por assim dizer, o objetivo primordial da solução de disputas no âmbito da OMC é fazer com que as medidas violadoras dos acordos da OMC sejam destituídas⁶⁸¹.

Nesse sentido, Martín Molinuevo esclarece que a remoção da medida violadora é muito útil para aqueles investidores que possuem interesse em seguir com seus investimentos no país hospedeiro, em especial, investidores no setor de serviços, como construção, transporte, telecomunicações, dado o alto custo de investimento realizado a longo prazo. Com relação à executabilidade das decisões da OMC, a parte vencedora pode tanto promover a retaliação, quanto exigir a compensação por parte de outro Estado membro. Até então, apenas a retaliação comercial foi implementada, uma vez que ainda não houve um caso de medida compensatória voluntária. O grande benefício desse tipo de disputa versa sobre a possibilidade de manter a controvérsia a nível internacional e não ter conseqüências negativas sobre o investidor no país onde o investimento foi realizado⁶⁸².

⁶⁸⁰ Sobre a dificuldade de executar uma decisão arbitral sobre investimentos, Gaetan Verhoosel ressalta: “As a practical matter, even if you get that kind of relief from an investment treaty tribunal, good luck trying to enforce it”. ORTINO, Frederico. Trade and Investment Disputes: Complement or Conflict. In: WTO: Law and Process. Sixth Annual WTO Conference, 2006, p. 307.

⁶⁸¹ “the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements”. Artigo 19 do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMC.GATT/>> Acesso em: 08 jun. 2014. Nesse mesmo sentido: “At the WTO, there is a purely prospective obligation to bring the measure into conformity with WTO rules; no retroactive damages are awarded. Under NAFTA Chapter 11, and most BITs, the opposite is true: governments cannot be compelled to change their laws or conduct for the future; yet, investors do get compensation for past harm”. ORTINO, Frederico. Trade and Investment Disputes: Complement or Conflict. In: WTO: Law and Process. Sixth Annual WTO Conference, 2006, p. 314.

⁶⁸² MOLINUEVO, Martin, Can Foreign Investors in Services Benefit from WTO Dispute Settlement? Legal Standing and Remedies in WTO and International Arbitration. NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2006/17, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=109089>>. Acesso em 01 jun.2014. p. 316-317.

Além disso, o sistema da OMC olha para as restrições ao comércio de maneira geral, sem se ater aos prejuízos causados aos próprios indivíduos que participam do negócio em questão. Enquanto isso, o sistema de investimentos se preocupa com a violação do direito do investidor individualmente e a sua forma de recompensa⁶⁸³.

Interessante notar observação de Joost Pauwelyn que ressalta que, dos casos de arbitragem promovidos com fundamento no Capítulo XI do NAFTA, a maioria deles poderia ter sido promovido no âmbito da OMC, uma vez que tratavam essencialmente de restrições ao comércio sem versar sobre problemas com o investimento em si. Por conseguinte, mesmo que um Estado-membro não deseje iniciar uma controvérsia no âmbito da OMC, o investidor terá a possibilidade de trazer o caso para arbitragem sobre investimentos, o que pode gerar uma duplicidade de ‘jurisdições competentes’⁶⁸⁴.

3.6.1 Os principais painéis e decisões sobre investimentos no âmbito da OMC

Ressalte-se que na era do GATT, somente dois dispositivos eram relacionados à solução de controvérsias: artigos XXII e XXIII, uma vez que este acordo, por não ter sido criado para funcionar como uma organização internacional, não possuía um sistema de solução de controvérsias elaborado.

O fundamento legal que instituiu o sistema de solução de controvérsias na OMC encontra-se no Artigo 1.1 do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios, estabelecendo que as controvérsias devem versar sobre quaisquer acordos da OMC. Assim, apenas Estados Membros podem se beneficiar e apresentar controvérsias no âmbito da OMC.

A base de decisões da OMC relacionadas aos investimentos estrangeiros demonstra que essas decisões nos trazem uma visão específica sobre o tratamento do investimento no âmbito do sistema multilateral do comércio. O conceito de investimento no seio da OMC

⁶⁸³ Interessante abordagem feita por Joost Pauwelyn que utiliza como exemplo determinada regra fiscal implementada pelo governo mexicano que gerou uma controvérsia no âmbito da OMC promovida pelos Estados Unidos em face do México com fundamento no princípio do tratamento nacional, assim como, gerou uma arbitragem com fundamento no Capítulo 11 do NAFTA promovida por investidores americanos. ORTINO, Frederico. Trade and Investment Disputes: Complement or Conflict. In: WTO: Law and Process. Sixth Annual WTO Conference, 2006, p. 314.

⁶⁸⁴ “I already mentioned that the Soft Drinks case was brought to the WTO by the US Government and under NAFTA by two US investors.” ORTINO, Frederico. Trade and Investment Disputes: Complement or Conflict. In: WTO: Law and Process. Sixth Annual WTO Conference, 2006, p. 315.

evoluiu de modesto para um conceito mais ambicioso. O corpo normativo do Acordo TRIMs é diretamente associado aos artigos III e XI do GATT, sendo difícil distinguir esses dois instrumentos. O desenvolvimento da jurisprudência sobre investimentos no âmbito da OMC é notável, mais ainda precisa prosseguir adiante, devendo sempre se preocupar com a sua legitimidade⁶⁸⁵.

Pois bem, o volume de casos que mencionam o Acordo TRIMs é, de certa forma, alto, mas muitos casos não chegaram a ser decididos, uma vez que permanecem em consulta, outros, alcançaram acordos consensuais entre as partes. A OMC declara que em 2014, no âmbito do inciso I do artigo 2º do Acordo TRIMs, já foram apresentadas 26 disputas perante o Órgão de Solução de Controvérsias e 19 disputas alegando violação do artigo 2º do Acordo TRIMs em si⁶⁸⁶.

Dito isso, importante se faz analisar os casos já decididos, que tiveram painéis instaurados no âmbito da OMC versando tanto sobre o Acordo TRIMs, como sobre temas envolvendo investimentos. A maior parte dos casos versou sobre a previsão do tratamento nacional com relação a medidas de investimento, sendo também citada à violação do artigo III do GATT.

No julgamento dos casos apresentados, ressalta-se que os painéis decidiram por analisar, em primeiro lugar, as violações do artigo III do GATT e não chegaram a considerar se o caso previsto violaria ou não o artigo 2º do Acordo TRIMs, uma vez que o artigo III já cobriria esta violação.

No caso DS27, Comunidade Europeia e Equador - Regime de Importação, Venda e Distribuição de Bananas III⁶⁸⁷, o painel discutiu especificamente sobre o artigo 2º do Acordo TRIMs, primeiro parágrafo, com relação às medidas de investimento que violavam o princípio do tratamento nacional (Artigo III do GATT)⁶⁸⁸. O painel observou que o

⁶⁸⁵ CARMODY, Chi. TRIMS and the Concept of Investment under the WTO Agreement. In: CARMODY, Chi; IWASAWA, Yuji; RHODES, Sylvia (Eds.). *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence*. American Society of International Law, 2003, p.339.

⁶⁸⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. Disputes Settlement : The disputes by Agreement. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A25#selected_agreement>. Acesso em 15 jun. 2014.

⁶⁸⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS27/R/ECU. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

⁶⁸⁸ “*We treat the claims under Article 2 of the TRIMs Agreement together with our consideration of the claims under Article III of GATT.*” WT/DS27/R/ECU. Parágrafo 7.168. WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS27/R/ECU. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

escopo do Acordo TRIMs está relacionado às medidas envolvidas com o comércio que violem diretamente o Artigo III do GATT.

No caso DS64, Comunidade Europeia e Indonésia - Certas medidas que afetam a Indústria Automobilística, o painel da OMC não quis estabelecer uma definição uniforme do que caracterizariam as medidas de investimento. Pelo contrário, o painel decidiu que a caracterização de mecanismos regulatórios e legislativos como medidas de investimento seriam baseados no exame da forma como essas medidas se relacionam com o investimento, devendo as mesmas apresentar um impacto significativo aos investimentos estrangeiros. O painel estabeleceu que dois elementos são necessários para aplicação do artigo 2º do Acordo TRIMs: a existência de uma medida TRIMs e esta medida ser inconsistente com o princípio do tratamento nacional previsto no artigo III do GATT⁶⁸⁹.

Nesse sentido, o painel do caso DS64 defendeu que as medidas fiscais e os subsídios implementados pelo governo não são objeto de preocupação do Acordo TRIMs. Na verdade, o alcance deste acordo limita-se às medidas de conteúdo local que tenham relação com o comércio uma vez que distorcem a produção doméstica, tendo impacto significativo sobre as importações⁶⁹⁰. O painel defendeu, ainda, que a previsão do artigo 2º do Acordo TRIMs é mais específico do que o artigo III do GATT. E, por fim, após concluir que as medidas eram inconsistentes com o Acordo TRIMs, o painel decidiu por não analisar o artigo III do GATT⁶⁹¹.

A definição trazida por esse painel é abrangente, oferecendo pouca base para solidificar um entendimento sobre o que consistem medidas de investimento. Além disso, no painel do caso DS64, o tratamento nacional previsto pelo Artigo III do GATT e o tratamento nacional do investidor previsto no Artigo 2º do Acordo TRIMs não são

⁶⁸⁹ “*The United States and the European Communities claim that any measure that falls within the description of Item 1(a) of the Illustrative List of the TRIMs Agreement constitutes per se a TRIM inconsistent with Article 2 of the TRIMs Agreement. For the United States, if any Member, in whatever context, requires the purchase by an enterprise of a domestic product in order to obtain an advantage, that requirement by definition has investment consequences for such an enterprise, bringing the measure within the coverage of the TRIMs Agreement and confirming its violation thereof*”. WT/DS64/12. Parágrafo 14.67. WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS64/12. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds64_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

⁶⁹⁰ “*The TRIMs Agreement is not concerned with subsidies and internal taxes as such but rather with local content requirements, compliance with which may be encouraged through providing any type of advantage*.” WT/DS64/12 Parágrafo 14.73 WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS64/12. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds64_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

⁶⁹¹ “*The TRIMs Agreement is more specific than Article III:4 as far as the claims under consideration are concerned*” WT/DS64/12. Parágrafo 14.63 WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS64/12. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds64_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

equivalentes, nem obrigações coexistem⁶⁹². Assim, existe um duplo aspecto dessa previsão: o caráter do tratamento nacional e do investimento⁶⁹³.

No painel do caso DS139, Canadá - Certas medidas que afetam a Indústria Automobilística, com Japão e Comunidade Europeia, estes últimos como reclamantes, o painel observou que não se mostrou convencido com o argumento do painel DS64, no que tange a característica mais ‘especializada’ do artigo 2º do Acordo TRIMs. A decisão do painel DS139 determinou que o artigo 2º do Acordo TRIMs deveria ser analisado antes do artigo III do GATT e, assim, decidiu analisar primeiramente a violação deste princípio no âmbito do GATT⁶⁹⁴.

Neste caso, a controvérsia surgiu no tocante à determinação da medida ser ou não uma medida de investimento, mas decidiu-se que a medida se encaixava indistintamente no anexo do Acordo TRIMs. A respeito do tratamento nacional, concluiu-se que a medida violava constantemente o artigo III do GATT, uma vez que o tratamento concedido aos produtos importados era menos favorável ao concedido aos produtos nacionais semelhantes.

Com isso, o painel decidiu por não analisar se havia ou não inconsistência com o artigo 2º do TRIMs, uma vez que qualquer medida adotada pelo Canadá para cumprir com suas obrigações e eliminar violações ao artigo III do GATT seria benéfica e saudável para as possíveis violações ao Acordo TRIMs⁶⁹⁵.

⁶⁹² “*TRIMs Agreement has an autonomous legal existence, independent from that of Article III. Consequently, since the TRIMs Agreement and Article III remain two legally distinct and independent sets of provisions of the WTO Agreement*”. WT/DS64/12. Parágrafo 14.62. WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS64/12. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds64_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

⁶⁹³ CARMODY, Chi. TRIMs and the Concept of Investment under the WTO Agreement. In: CARMODY, Chi; IWASAWA, Yuji; RHODES, Sylvia (Eds.). *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence*. American Society of International Law, 2003, p.329-330.

⁶⁹⁴ “*While we are aware of the statement made by the Appellate Body in EC – Bananas III, and referred to by the panel in Indonesia – Autos, that a claim should be examined first under the agreement which is the most specific with respect to that claim, we are not persuaded that the TRIMs Agreement can be properly characterized as being more specific than Article III:4 in respect of the claims raised by the complainants in the present case.*” WT/DS139/R. Parágrafo 10.63. WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS139/R. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

⁶⁹⁵ “*10.90 In light of the foregoing considerations, we find that Canada acts inconsistently with Article III:4 of the GATT by according less favourable treatment to imported parts, materials and non-permanent equipment than to like domestic products with respect to their internal sale or use as a result of the application of CVA requirements as one of the conditions for eligibility for the import duty exemption of motor vehicles under the MVTO 1998 and the SROs. 10.91 In light of the finding in the preceding paragraph, we do not consider it necessary to make a specific ruling on whether the CVA requirements provided for in the MVTO 1998 and the SROs are inconsistent with Article 2.1 of the TRIMs Agreement. We believe that the Panel’s reasoning in EC – Bananas III as to why it did not make a finding under the TRIMs Agreement after*

No caso DS276, EUA e Canada - Medidas relativas à exportação de trigo e tratamento de grãos importados, o painel também decidiu não analisar as alegações dos EUA acerca da violação do artigo 2º do Acordo TRIMs, uma vez que o painel já havia decidido que as medidas canadenses violavam o artigo III, parágrafo 4º do GATT⁶⁹⁶.

Feita a análise dos casos que envolvem violações de medidas sobre investimentos no âmbito da OMC, percebe-se uma tendência dos painéis instituídos em não analisar a violação ao Acordo TRIMs. Os painéis tem preferido alegar violações diretamente ao GATT e vão raramente decidir com fundamento somente no Acordo TRIMs, devido à proximidade entre TRIMs e GATT⁶⁹⁷.

Com relação às decisões que envolvem investimentos no âmbito do GATS, existem alguns fundamentos para a pouca atenção concedida pela OMC aos investimentos nos serviços.

Primeiramente, é possível dizer que as políticas domésticas em relação a serviços são mais liberais que as regras do GATS e, com isso, violações dessas regras costumam ser menos frequentes. Em segundo lugar, o GATS não estabelece obrigações de tratamento nacional pré-estabelecimento do investimento. Isto porque, entende-se que os países tendem a impor medidas discriminatórias pós-estabelecimento do que pré-estabelecimento. Por fim, os Estados não costumam entrar em disputas tanto quanto investidores contra Estado, cujo fórum para solução de controvérsias tem se concentrado nas arbitragens

it had found that certain aspects of the EC' licensing procedures were inconsistent with Article III:4 of the GATT also applies to the present case. Thus, on the one hand, a finding in the present case that the CVA requirements are not trade-related investment measures for the purposes of the TRIMs Agreement would not affect our finding in respect of the inconsistency of these requirements with Article III:4 of the GATT since the scope of that provision is not limited to trade-related investment measures. On the other hand, steps taken by Canada to bring these measures into conformity with Article III:4 would also eliminate the alleged inconsistency with obligations under the TRIMs Agreement.” WT/DS139/R WT/DS142/R. 11 de Fevereiro 2000. Parágrafo 10.63. WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS139/R. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm>. Acesso em 15 jun. 2014.

⁶⁹⁶ “*Given the Panel's conclusions above with respect to the US claim that Section 57(c) of the Canada Grain Act, Section 56(1) of the Canada Grain Regulations and Sections 150(1) and 150(2) of the Canada Transportation Act, taken together, are inconsistent with Article III:4 of the GATT 1994, the Panel has decided to exercise judicial economy with respect to the claim that these measures are also in violation of Article 2 of the TRIMs Agreement. Accordingly, the Panel will not examine the US claims under Article 2 of the TRIMs Agreement in respect of these measures.”* WT/DS276/R. Parágrafo 6.378. WORLD TRADE ORGANIZATION. WT/DS276/R. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds276_e.htm>. Acesso em 15 jun.2014.

⁶⁹⁷ “*the panel found that tax and tariff benefits contingent on meeting local requirements under Indonesia's car programs were impermissible advantages under TRIMs, but then went on to make findings under GATT Art. III:2 as well”.* CARMODY, Chi. TRIMs and the Concept of Investment under the WTO Agreement. In: CARMODY, Chi; IWASAWA, Yuji; RHODES, Sylvia (Eds.). Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence. American Society of International Law. 2003. p.329.

contra os países hospedeiros calcada em um acordo sobre investimentos. Esta última é uma razão consideravelmente importante para o baixo número de disputas relacionadas a investimentos na OMC⁶⁹⁸.

A importância dos casos da OMC e sua jurisprudência na interpretação dos BITs ainda é sujeita a debate. Schreuer e Dolzer lembram a controvérsia no caso entre *Occidental vs. Equador* em que o tribunal rejeitou o argumento de que a jurisprudência da OMC deveria ser aplicável, uma vez que enquanto as decisões da OMC são baseadas em produtos similares, a controvérsia da arbitragem sobre investimentos lida com situações similares.

No mesmo sentido, o caso *Methanex* que versava sobre a violação do Capítulo XI do NAFTA, em que o tribunal arbitral também entendeu que existia uma grande diferença entre as decisões da OMC que tratavam de produtos similares e os casos que se referiam a circunstância similares no contexto de investimentos estrangeiros do NAFTA. Em posição oposta, o tribunal arbitral do caso *Corn Products vs. Mexico* decidiu que produtos similares nos termos do GATT e as previsões sobre investimentos no âmbito do NAFTA, em seu artigo 1102, estão diretamente interconectados⁶⁹⁹.

Verifica-se, portanto, que uma linha de distinção entre o comércio e investimentos foi marcada através das decisões arbitrais, sem perspectiva de mudança ou homogeneização dos conceitos. Essa linha divisora se ressaltará sempre que o tema do tratamento nacional ou outro conceito for revisitado no âmbito do comércio com relação a investimentos e vice-versa. Enquanto os governos não decidem por unificar a regulação e jurisprudência das duas disciplinas para alcançar um consenso em relação às definições no campo dos investimentos estrangeiros e do comércio internacional, o cenário internacional permanecerá e continuará tendo que lidar com as divergências, inconsistências e paralelismo entre investimentos e comércio internacional⁷⁰⁰ na jurisprudência.

⁶⁹⁸ MOLINUEVO, Martin, Can Foreign Investors in Services Benefit from WTO Dispute Settlement? Legal Standing and Remedies in WTO and International Arbitration. NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2006/17, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1090892>>. Acesso em 01 jun.2014. p. 297-298.

⁶⁹⁹ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 205.

⁷⁰⁰ DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p. 206.

3.7 As empresas transnacionais: presença, força e potencial no comércio internacional e investimentos estrangeiros

Considerando que as TNCs são importantes atores do Direito Internacional dos Investimentos e do Direito do Comércio Internacional, procura-se tratar da relação dessas entidades com os investimentos estrangeiros⁷⁰¹. A empresa transnacional se tornou um fenômeno atual, cujas atividades são de interesse não só dos Estados hospedeiros, como também da comunidade internacional como um todo.

Em trabalho da professora Marilda Rosado, correlaciona-se a globalização à expansão do comércio internacional e investimentos estrangeiros, uma vez que através do “fenômeno da globalização com a correlata expansão do comércio internacional e dos fluxos de capital, potencializados pelos avanços na informática e telecomunicações, impõe complexa agenda aos Estados na Novíssima Ordem Internacional”⁷⁰².

TNCs e IED tem sido temas interconectados ao longo de vários séculos. Após o período das guerras mundiais, a maior parte do IED foi realizado por empresas americanas e os EUA recebiam apenas pequena parte do investimento realizado por empresas estrangeiras. Em 1980, entretanto, o investimento estrangeiro expandiu significativamente e de forma mais rápida que o comércio internacional e a globalização econômica e, assim, investidores japoneses, europeus e de outras nacionalidades cresceram exponencialmente. Com isso, os EUA se tornaram país exportador e hospedeiro de investimentos⁷⁰³.

Celso Lafer, em prefácio da obra de Luiz Olavo Baptista sobre as empresas transnacionais, já dizia que a empresa transnacional detém o “poder do controle de investimento em diversos sistemas econômicos nacionais, através dos quais organiza e

⁷⁰¹ “The issue of foreign investment is closely linked to the role of multinational corporations in the global political economy”. TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 568.

⁷⁰² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 12.

⁷⁰³ “TNCs and FDI have been around for several centuries in the form of the East India Company and other “merchant adventurers.” In the early postwar decades, most FDI was made by American firms, and the United States was host to only a small amount of FDI from non-American firms. Then, in the 1980s, FDI expanded significantly and much more rapidly than world trade and global economic output. In the early post-war decades, Japanese, West European, and other nationalities became major investors and the United States became both the world’s largest home and host economy”. GILPIN, Robert. *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order*. Princeton University Press, 2001, p.8.

explora a produção de bens e serviços para a venda nos respectivos mercados internos e nos mercados de outros países”⁷⁰⁴.

As TNCs foram e permanecem um dos atores globais com maior influência nos campos político, econômico e social da economia mundial nas últimas décadas⁷⁰⁵. Celso Mello pontua que após o período da Segunda Guerra Mundial, a atração de investimentos estrangeiros foi bastante impulsionada diante da visão de que ausente o capital estrangeiro, menor o desenvolvimento. O investidor estrangeiro tinha grande interesse em países desenvolvidos em função da sua estabilidade política e segurança jurídica. Por outro lado, os países em desenvolvimento apresentavam novas oportunidades e demandavam grande fluxo de investimentos⁷⁰⁶.

Diante da expansão e força do seu investimento, verifica-se um desenvolvimento importante no campo jurídico dos investimentos estrangeiros e comércio internacional. Isto porque, o desenvolvimento na regulação internacional e nacional, em relação alguns países, reflete diretamente o capital dessas empresas e o apetite por investimentos. Por outro lado, verifica-se um relacionamento repleto de tensões entre as TNCs e os governos dos países hospedeiros.

Dessa forma, conclui-se por uma teia interconectada de sujeitos internacionais que se encontram afetados e interessados na regulação internacional sobre investimentos e sua relação com o comércio mundial.

O IED pode assumir diversas formas: aquisição de uma empresa, compra de participação de uma companhia já existente, fusões e aquisições, alianças industriais, financiamento de projetos. O investidor pode também criar uma empresa, da qual detém 100% do capital. Nesse caso, pode-se dizer que o IED concede maior autonomia, cria uma

⁷⁰⁴ LAFER, Celso. Introdução à Guisa de Prefácio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. Empresa Transnacional e Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.3.

⁷⁰⁵ “As empresas transnacionais, assim, seja no que se refere aos investimentos diretos ou aos indiretos, juntamente com os Estados hospedeiros, compõem o rol dos principais atores do Direito Internacional dos Investimentos. Afinal, as transnacionais configuram uma forma de se cooperar com o capital internacional e permitem que os países receptores de capital tenham acesso a novas tecnologias e inovadoras formas de administrar o empreendimento.” CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). Direito Internacional dos Investimentos. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014. p. 99.

⁷⁰⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 126.

relação entre a empresa matriz e a filial estrangeira, permitindo a introdução de bens em mercados sensíveis⁷⁰⁷.

O investimento realizado através da presença de empresas em países em desenvolvimento tem duas faces a serem analisadas. A primeira se refere aos efeitos às próprias transnacionais do IED realizado, o qual pode vir a ser um benefício para elas mesmas, enquanto que essas empresas possuem acesso a mercados internacionais com baixo custo de produção, novos consumidores, maiores oportunidades de lucro, o qual seria dificilmente alcançado no seu país de origem⁷⁰⁸.

Segundo Mohamed Amal e Patrícia Kegel, o modelo de Dunning identifica três vantagens para o investimento estrangeiro direto ser realizado por empresas transnacionais, quais sejam: “vantagens de propriedade, vantagens de localização e vantagens de internalização”⁷⁰⁹. A vantagem econômica da transnacionalização das empresas é traduzida através do acesso ao mercado pelo investidor estrangeiro, uma vez que a TNC detém de porte e força competitiva, por muitas vezes, infinitamente maior do que os seus competidores nacionais. Além disso, qualquer barreira para entrada de produtos estrangeiros no território do país hospedeiro torna-se mitigada, dado que a própria TNC passa a operar dentro do próprio país.

Por outro lado, a atuação dessas entidades em outros países também possui o risco inerente ao investimento, uma vez que podem ocorrer eventos como expropriação, perda exponencial dos recursos e até expulsão do território do Estado hospedeiro. Os riscos do IED tem aumentado gradativamente desde o fim do período colonial. Após a independência dessas nações, o índice de risco que recaía sobre o IED aumentou, de forma que a alteração econômica, política e regulatória do Estado hospedeiro afeta diretamente o investimento ali realizado.

⁷⁰⁷ Fusões e aquisições se tornou um mecanismo dominante do investimento estrangeiro, uma vez que os investidores passam a se beneficiar de uma empresa nacional com experiência e presença no mercado local. As alianças industriais se traduzem nos instrumentos de joint-venture em que duas empresas independentes decidem criar uma nova empresa e se beneficiar dos seus lucros, além do benefício de acessar novos mercados. LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010, p. 166-170.

⁷⁰⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.470.

⁷⁰⁹ AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento direto externo, comércio internacional e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (org). *Comércio Internacional e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006, p.

A exemplo desse risco de investimento temos uma série de fatores que podem aumentar a chance de perda de recursos por parte do investidor, como (i) hostilidade política; (ii) nacionalismo com objetivo de dominar a economia⁷¹⁰; (iii) mudanças na economia global que podem gerar a necessidade de renegociar condições de mercado; (iv) mudança de governo que busca renegociar condições do contrato celebrado no antigo regime; (v) onerosidade do contrato; (vi) insegurança jurídica; (vii) necessidade de intervenção regulatória para proteger um interesse econômico nacional; e (viii) corrupção do governo⁷¹¹.

Portanto, quando se trata de medidas protetivas do mercado local e investimento estrangeiro, é importante ressaltar que, primeiro, para realização do investimento estrangeiro é preciso um grande volume de capital, tecnologia para expandir uma produção internacionalmente. Um grande número de empregos normalmente é criado e, muitas vezes, as empresas permanecem com a produção naquele território mesmo após a redução da barreira comercial, tarifária ou não. Se a proteção for utilizada como meio de induzir o investimento estrangeiro é importante que o mercado ofereça condições extremamente benéficas de forma comparativa.

A relação entre proteção do comércio e investimento estrangeiro gera vantagens e desvantagens para o mercado local e, por conseguinte, para os consumidores⁷¹². Vantagens, uma vez que a mudança de produção aumenta o número de empregos, transfere tecnologia e know-how para o local da produção, cria necessidade de indústrias e suprimentos locais para aquela produção. Além disso, a função protetiva do mercado pode gerar incentivos aos investimentos. Isto é, o acesso mais profundo ao mercado local de um país hospedeiro pode ser o fator fundamental para uma indústria levar sua produção⁷¹³ para aquele país.

⁷¹⁰ “Um risco inerente aos investimentos estrangeiros em um país hospedeiro é a possibilidade desses investimentos sofrerem os efeitos da expropriação ou nacionalização pelo governo local. Uma subsidiária local de uma corporação multinacional é tanto uma empresa nacional, estabelecida e regida sob a lei do país hospedeiro, quanto a uma subunidade de um sistema centralizado global. Essa dualidade, inerente à estrutura do investimento estrangeiro direto, produz do ponto de vista do investidor, tanto potenciais benefícios – como transferência de recursos e acesso a mercados – quanto custos – decorrentes da submissão às oscilações da economia e políticas locais.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro. (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, p. 142.

⁷¹¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed., New York: Cambridge University Press, 2010, p.70.

⁷¹² TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 572-573.

⁷¹³ “Sem sombra de dúvida, a decisão de investir fora de seu próprio país implica assumir riscos maiores que a da atuação local, mas, se a economia vai mal, ela arrasta junto consigo a atividade econômica do investidor

Por outro lado, desvantagens são geradas a partir do momento que aquela indústria se encontra localizada dentro da barreira protetiva do Estado, não recaindo mais sobre aqueles produtos os impostos e os requisitos anteriormente exigíveis. O impacto que este último efeito tem para os consumidores é, muitas vezes, inestimável, já que a competitividade desta indústria aumenta muito em relação às outras que ainda se submetem à importação ou àquelas que são produtoras nacionais e não dispõem de tecnologia, know-how e processos de produção altamente desenvolvidos⁷¹⁴.

A presença do investidor estrangeiro pode se tornar um malefício no território nacional para as empresas locais, mercado nacional e, principalmente, consumidores. O investidor estrangeiro acessa o mercado livremente e seu produto passa a ter muito mais competitividade em relação aos demais importados. Nesse panorama, as empresas nacionais começam a contestar que o investidor estrangeiro não produz empregos suficientes, que o investimento realizado não foi tão alto, existindo apenas exploração do mercado⁷¹⁵.

Com isso, muitos países impõem requisitos de conteúdo local para proteger o mercado e os produtores nacionais desses investimentos estrangeiros e, quanto maior o nível de proteção do mercado, maior o nível de atração para mudança de produção e realização de investimento estrangeiro no território local.

Essa proteção do mercado nacional, todavia, pode acarretar violações por parte dos países hospedeiros no tocante às regras do Direito Internacional dos Investimentos e comércio internacional. Isto porque, os investimentos realizados diretamente pelas TNCs são protegidos pelos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida. Em geral, esses princípios permitem a proteção das transnacionais e seus investimentos com

(...) Também se sabe que a administração de uma subsidiária à distância custa mais que a local, em razão da necessidade de maiores controles, viagens, comunicações e outros fatores. Mas algumas vantagens competitivas podem ser ganhas com o investimento direto no exterior, que dependem da natureza da companhia e da sua atividade, e que colocam a subsidiária em posição mais favorável que as empresas locais. Melhor tecnologia, um mercado mundial, o acesso a crédito mais barato, são algumas dessas vantagens.” BAPTISTA, Luiz Olavo. Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro. Porto: Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 24-25.

⁷¹⁴ TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. The regulation of International Trade. 4a ed. New York: Routledge, 2013, p. 573.

⁷¹⁵ Dessa forma, a movimentação de capital e orçamentos dessas empresas superavam o orçamento dos países hospedeiros, entretanto, essas empresas nem sempre desenvolviam pesquisa local e não se dedicavam à formação técnica de profissionais nacionais dos países em que investiam. WALD, Arnold. O Brasil e as multinacionais. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 160.

relação a qualquer situação de expropriação e nacionalização, tanto no sentido de repatriação dos lucros, dividendos, royalties, como proteção dos seus ativos.

Dessa forma, verificou-se a importância das TNCs no âmbito do comércio internacional e investimentos estrangeiros, qual o impacto do investimento realizado para esses atores internacionais e para os países hospedeiros e quais princípios e regras internacionais envolvem esse tema. As TNCs possuem, portanto, um papel fundamental para os investimentos estrangeiros e comércio internacional, devendo ser protegidas, mas também responsabilizadas no caso de violação de qualquer regra dentro do Estado hospedeiro.

3.8 Financiamento internacional como forma de investimento - o comércio complementando os investimentos

Após análise da regulação internacional dos investimentos estrangeiros, importante se faz trazer aspectos contratuais presentes no Direito Internacional dos Investimentos. A escolha para utilizar contratos internacionais como forma de estruturar investimentos estrangeiros e alcançar metas estabelecidas é comum entre os investidores. Nesse sentido que se vem tratar neste capítulo características dos financiamentos como forma de investimento estrangeiro.

A dinâmica dos contratos internacionais gera, através das negociações, uma prática de mercado, determinando-se cláusulas contratuais padronizadas e amplamente aceitas pelos *players* no mercado internacional. Significa dizer que o contrato internacional, como resultado de negociações e vontade das partes, se torna um próprio corpo normativo em si que, apesar de não ter a força normativa da própria legislação nacional, passa a ser amplamente aceita e respeitada pelas partes que utilizam desse método de negociação e investimento internacional⁷¹⁶.

Isso não quer dizer que os contratos internacionais não sejam regidos por um sistema normativo. Pelo contrário, os contratos internacionais sempre possuem uma cláusula de lei aplicável que regerá as suas cláusulas e escolhas feitas pelas partes. Essa determinação traz segurança jurídica e previsibilidade às relações contratuais. No âmbito dos contratos de financiamento, em geral, se elege as leis do Estado de Nova Iorque e Inglaterra para reger as previsões estabelecidas naquele contrato, dado que ali se

⁷¹⁶ SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law. *Studies in International Financial, Economic, and Technology Law*, v. 8, 2007, p. 584.

concentram os principais centros financeiros mundiais⁷¹⁷. Isto porque, essas legislações são altamente desenvolvidas e podem solucionar mais adequadamente litígios que versem sobre problemas financeiros complexos, assim como, são mais protetivas dos interesses dos bancos, enquanto a legislação do país do devedor mais facilmente o protegerá⁷¹⁸.

Os investidores estrangeiros utilizam o contrato internacional como forma de operacionalizar o seu investimento no país hospedeiro. Assim, existe uma diversidade de contratos, cuja estrutura dependerá do projeto a ser realizado, podendo ser um investimento estrangeiro direto no país hospedeiro, com contrato com o Estado, *joint-venture* internacional, financiamento corporativo ou estruturado⁷¹⁹.

São várias formas de investimento estrangeiro que se desenvolveram ao longo do tempo de acordo com o apetite dos investidores para alcançar maiores lucros. Quando um investimento é feito, encaixa-se em duas categorias: participação ou dívida. A participação através de ações dá o direito de propriedade ao investidor, permitindo que o detentor das ações tenha direito à repartição dos lucros, assim como, participar da gestão da empresa. Já o investimento na forma de financiamentos dá o direito ao credor de pagamento da sua dívida⁷²⁰.

Com relação ao financiamento internacional ser caracterizado como investimento estrangeiro, verifica-se que os financiamentos são, em geral, considerados formas de investimento nos BITs. No caso *Alpha v Ucrania*⁷²¹, o ICSID decidiu que financiamentos podem ser qualificados como investimento, entendendo que as atividades econômicas foram realizadas na Ucrânia, por mais que o fluxo de investimento viesse de fora do país⁷²². Até mesmo transações entre afiliadas de empresas transnacionais já foram consideradas

⁷¹⁷ ROCHA, Dinir Salvador Rios. Contrato de Empréstimo Internacional. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 16.

⁷¹⁸ SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law. Studies in International Financial, Economic, and Technology Law, v. 8, 2007, p. 590.

⁷¹⁹ SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law. Studies in International Financial, Economic, and Technology Law, v. 8, 2007 p. 741.

⁷²⁰ SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law. Studies in International Financial, Economic, and Technology Law, v. 8, 2007, p. 107.

⁷²¹ ALPHA PROJEKTHOLDING GMBH *versus* Ukraine. ICSID Case No. ARB/07/16. 8 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0026.pdf>>. Acesso em: 16 jun.2014.

⁷²² DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012, p.71.

como forma de investimento, uma vez que se caracterizariam como dívida e, por isso, investimento⁷²³.

E mais, as empresas transnacionais possuem a capacidade de mobilizar recursos para financiamento de políticas, pesquisas científicas, tecnológicas e a própria vida econômica das comunidades onde venha a se instalar⁷²⁴. Os investidores estrangeiros, em geral, atuam através de uma *joint venture* criada com o propósito específico de atuar em um projeto de investimento específico. As *joint ventures* criadas dependem de contratos estruturados a partir das necessidades e intenções de cada parte. Para operacionalizar o investimento a ser realizado, os investidores quase sempre precisam de recursos financeiros a serem levantados junto às instituições financeiras.

Com relação à necessidade de recursos para realização de projetos de infraestrutura ressalta Marilda Rosado o alto custo para consecução desses projetos, que dependem de financiamentos para sua viabilização. Assim, as partes recorrem às instituições bancárias privadas ou agentes econômicos que possam tornar possível a realização do projeto em si⁷²⁵.

Trata-se, portanto, de um tema intrinsecamente conectado ao comércio internacional e investimentos estrangeiros, uma vez que se trata de uma vertente contratual focada no próprio Direito do Comércio Internacional⁷²⁶ e ligada ao Direito Internacional dos Investimentos por se caracterizar, em sua maioria das vezes, como forma de investimento e ser fundamental fonte de recursos para realização de projetos por investidores estrangeiros.

Vários tipos de investimentos estrangeiros tomam a forma de financiamentos internacionais e contratos de crédito que possuem forma e estrutura específica, assim chamados de '*loan agreement*.' Financiamentos internacionais, em geral, possuem a

⁷²³ "Intercompany lending is used to describe direct investment debt positions between affiliated enterprises. It includes debt instrument transactions and positions other than". Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 107.

⁷²⁴ CRETELLA NETO, José. Empresa Transnacional e Direito Internacional: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36.

⁷²⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; CAMARGO, João Laudo de. Project Finance e outras formas de financiamento. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Org.). Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?. São Paulo: LTr, 1998, p. 528.

⁷²⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; CAMARGO, João Laudo de. Project Finance e outras formas de financiamento. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Org.). Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?. São Paulo: LTr, 1998, p. 525.

característica fundamental de um contrato de crédito, podendo as partes estarem localizadas em diferentes países⁷²⁷.

O financiamento corporativo (em inglês, *corporate finance*) tem seu enfoque no empréstimo tradicional, mais voltado para o risco da companhia que está recebendo o financiamento, da jurisdição onde está localizado o devedor e as garantias concedidas⁷²⁸. Existe também uma forma mais especializada de financiamento direcionado para aquisições de empresas já em funcionamento. Trata-se do chamado financiamento aquisitivo (em inglês, *acquisition finance*). O objetivo deste último consiste em financiar a compra de um negócio já construído. Com isso, a estrutura do financiamento deve ser diferente e as garantias mais rigorosas do que financiamento corporativo e menos estruturado do que o financiamento corporativo. No *acquisition finance*, muitas obrigações estabelecidas no contrato são assumidas e incluídas pela própria empresa objeto da aquisição⁷²⁹.

Além dos métodos tradicionais de financiamento corporativo e aquisitivo, ainda existe o financiamento estruturado (em inglês, *project finance*). O *project finance* está especificamente relacionado ao projeto a ser realizado, isto é, o risco atrelado ao IED a ser realizado no país hospedeiro. Com isso, o risco do crédito a ser concedido leva em consideração a geração de caixa do projeto. Desse modo, existe uma fundamental diferença entre o financiamento corporativo e estruturado. No primeiro, o risco de crédito é analisado a partir da empresa, enquanto que, no segundo, o risco de crédito é baseado no projeto.

O financiamento estruturado consiste em uma forma de “engenharia/colaboração financeira sustentada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia à referida colaboração os ativos desse projeto a serem adquiridos e os valores recebíveis ao longo do projeto.”⁷³⁰

Nesse sentido, explica Rafael Baptista Baleroni que se trata de uma forma de captar recursos financeiros e aumentar o potencial de investimento dos investidores

⁷²⁷ SALACUSE, Jeswald W. *The Treatification of International Investment Law*. Studies in International Financial, Economic, and Technology Law, v. 8, 2007, p. 859.

⁷²⁸ BALERONI, Rafael Baptista. *Conexão Contratual Internacional – algumas consequências jurídicas: internacionalidade dos contratos, jurisdição adjudicativa e vinculação cambial*. 2009. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 196.

⁷²⁹ WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 180-259.

⁷³⁰ BORGES, Luis Ferreira Xavier. *Project Finance e Infra-estrutura: Descrição e críticas*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo, n° 6. set/dez 1999, p. 123.

estrangeiros⁷³¹. John Finnerty traça a origem do financiamento estruturado desde o século XIII, quando em 1299, a Coroa Inglesa negociou um financiamento com Frescobaldi, italiano e um dos maiores banqueiros do mundo naquela época, com objetivo de desenvolver as minas de prata chamada Devon⁷³².

Desde então, muitos projetos foram financiados, inclusive refinarias, plantas de produção energética, projetos hidroelétricos, minas, diques e, na década de 1980 ressurgiu. Ocorreu nesta década, uma revisão das estratégias de desenvolvimento, após esgotamento do modelo tradicional de investimento realizado diretamente pelo Estado⁷³³.

Para os países hospedeiros o financiamento estruturado configura importante vantagem para atração do investimento estrangeiro, uma vez que o desenvolvimento da infraestrutura não tem o mesmo impacto que as formas tradicionais de financiamento que contavam com o patrocínio governamental⁷³⁴.

Assim, o financiamento estruturado financia uma variedade de projetos dos governos locais como hidroelétricos, construção de túneis, estruturação de navegação,

⁷³¹ Interessante explicação faz o autor sobre o termo “project finance” e as tentativas de tradução do mesmo: “Faça-se aqui um comentário idiomático. O barbarismo é um vício de linguagem cometido por quem, dentre outras hipóteses, utiliza estrangeirismo desnecessariamente. Tem-se tentado traduzir a expressão inglesa *project finance* (ou *project financing*), sendo a tradução mais comum a expressão ‘financiamento de projeto’, sem embargo do aumento da frequência de uso da expressão ‘financiamento estruturado’. *Project finance* é, na verdade, uma espécie de financiamento de projetos, um meio de estruturar uma operação de financiamento de projetos.” BALERONI, Rafael Baptista. *Conexão Contratual Internacional – algumas consequências jurídicas: internacionalidade dos contratos, jurisdição adjudicativa e vinculação cambial*. 2009. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 196, nota de Rodapé nº 387.

⁷³² O contrato de financiamento previa que o credor poderia tomar o controle da operação das minas por um ano. Não tinha previsão de aplicação de juros, nem a Coroa Britânica proveu o credor de qualquer garantias com relação à quantidade e qualidade da prata que poderia ser extraída durante o período do financiamento. FINNERTY, John D. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. Wiley frontiers in finance, 1996, p. 4.

⁷³³ “Ao se analisarem as condições gerais de infra-estrutura na maioria dos países em desenvolvimento e em vários desenvolvidos, algumas características comuns surgem de forma evidente: (a) baixo nível de eficiência operacional, traduzido pelo volume de perdas e pela falta de confiabilidade nos sistemas, resultando em baixa qualidade dos serviços prestados; (b) fraca mobilização de recursos financeiros, expressada por inadequada capacidade de recuperação dos custos incorridos na prestação dos serviços; (c) crescente deterioração física dos ativos, geralmente causada por inadequada manutenção, decorrente da indisponibilidade de recursos citada; e (d) desbalanceamento entre oferta e demanda, agravada por um viés preferencial por novos investimentos em detrimento da manutenção e otimização dos ativos existentes (em geral, associada a interesses de natureza política, que privilegiam a realização de novas obras”. CARNEIRO, Maria Christina Fontainha; MOREIRA, Terezinha. *A Parceria Público- Privada na Infraestrutura Econômica*. Revista do BNDES. Rio de Janeiro, v. 1., n. 2, dez. 1994, p.29.

⁷³⁴ SALACUSE, Jeswald W. *The Treatification of International Investment Law*. *Studies in International Financial, Economic, and Technology Law*, v. 8, 2007, p. 794.

entre outros. Não se limita apenas à construção de novos projetos, mas também alcança também estruturas de refinanciamento de projetos já existentes⁷³⁵.

Para o investidor estrangeiro, o financiamento estruturado é uma opção consideravelmente atrativa. Trata-se de uma estrutura que permite ao investidor estrangeiro o acesso a setores econômicos do país hospedeiro que são, em geral, restritos ao investidor estrangeiro, como telecomunicações, transporte e energia.

No entanto, existem também diversos riscos. Ao longo do desenvolvimento do projeto, o investidor pode se deparar com riscos operacionais, políticos, riscos do mercado e da moeda local. Ora, podem existir conflitos de interesse entre o governo local e o investidor estrangeiro que venham a afetar diretamente a eficiência e, até, a finalização do projeto. Além disso, existe a chance de expropriação e nacionalização dos ativos do projeto dado a insegurança política e regulatória de muitos países hospedeiros, necessitando que a instituição financeira estabeleça cláusulas protetivas diretamente relacionadas ao risco de nacionalização dos ativos do projeto ou, ainda, outras que sejam relacionadas ao fim do contrato de concessão. Com relação ao risco de mercado e moeda local, pode ocorrer que o resultado da demanda e reação da população local pode vir a ser diferente do estimado pelos patrocinadores, gerando prejuízos incalculáveis, assim como, a moeda local pode vir a se desvalorizar ou valorizar de maneira tal que venha a modificar toda a estrutura econômica analisada no início da estruturação do financiamento⁷³⁶.

Com isso, verifica-se a importância do financiamento internacional para a consecução dos projetos realizados por investidores estrangeiros no território do país hospedeiro. Esses projetos são, em geral, de infraestrutura e permitem acesso dos investidores a recursos externos, assim como, acesso a setores exclusivos ao governo local ou investidores nacionais. Permitindo esse acesso, os governos locais são capazes de viabilizar grandes obras de infraestrutura e os investidores estrangeiros capazes de lucrar com projetos de significativa relevância internacional, com alta capacidade de retorno financeiro e reputacional.

3.9 Conclusão parcial

⁷³⁵ HOFFMAN, Scott L. A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations. *The Business Lawyer*, v. 45, nov. 1989, p. 182.

⁷³⁶ SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law. *Studies in International Financial, Economic, and Technology Law*, v. 8, 2007, p. 801-804.

O terceiro capítulo deste trabalho buscou, essencialmente, trazer um panorama sobre a relação entre o comércio internacional e investimentos estrangeiros. Em um primeiro momento, pode-se pensar que se tratam de disciplinas completamente apartadas, sem nenhuma conexão entre si.

Contudo, ao longo do desenvolvimento deste capítulo, verificou-se que existe uma relação intensa entre o comércio internacional e os investimentos estrangeiros, em que se conclui pela sua complementaridade.

No plano do direito internacional tradicional, foram analisados alguns aspectos dessa relação, sendo apresentada uma constante análise comparativa, a partir da relação entre bilateralismo e multilateralismo. O domínio dos BITs no âmbito dos investimentos estrangeiros e a consagração do multilateralismo no comércio internacional chamam bastante atenção quando se trata da relação dessas duas disciplinas. Conclui-se que existe um fenômeno de saturação do panorama de exponencial número de BITs, com a conseqüente fragmentação da estrutura normativa dos investimentos estrangeiros. Por outro lado, o multilateralismo da OMC vem enfrentando diversos desafios e críticas dos seus Estados-membros.

Não foi somente no âmbito da OMC que o multilateralismo está abalado, mas também no âmbito dos investimentos estrangeiros, quando se apresentou o histórico das tentativas de se elaborar um acordo multilateral sobre investimentos. As negociações fracassadas do MAI abalaram os projetos para o multilateralismo nos investimentos estrangeiros.

Com isso, o regionalismo se apresentou com alternativa. No âmbito do comércio internacional, o regionalismo se traduz fortemente nos acordos preferenciais que são vistos, positiva e negativamente. No contexto dos investimentos estrangeiros, alguns acordos como o NAFTA traduzem o espírito das tentativas de se reduzir a força do bilateralismo. Ocorre que, mesmo com os acordos regionais, os BITs não são substituídos ou eliminados, permanecendo sempre vigentes.

Adicionalmente à forma de regulação dos investimentos estrangeiros e comércio internacional, foram analisadas as regras específicas sobre investimentos estrangeiros no seio do comércio internacional: Carta de Havana, GATT e OMC. Essa análise envolve os acordos da OMC que tratam de investimentos estrangeiros, assim como, de um estudo comparativo dos princípios da não-discriminação no contexto das duas disciplinas. Concluiu-se que havia distinção na aplicabilidade desses princípios, uma vez que, no âmbito dos investimentos estrangeiros, exigia-se a constatação de circunstâncias similares

entre investidores estrangeiros e nacionais para caracterizar a violação ao tratamento nacional.

A base jurisprudencial também se fazia importante, uma vez que a OMC havia decidido em alguns casos sobre temas ligados aos investimentos estrangeiros. Da análise das principais decisões sobre investimentos no âmbito da OMC, verificou-se que os painéis analisam, primordialmente, a violação aos princípios do GATT para, posteriormente, verificar eventuais violações às regras dos acordos da OMC que possuem medidas sobre investimento.

No tocante às relações estritamente privadas, analisou-se a relação entre investimentos estrangeiros e comércio internacional com relação aos atores internacionais e contratos de financiamento. As principais figuras do investimento estrangeiro e comércio internacional - as TNCs - possuem relação direta com a abrangência desses temas. Por outro lado, os financiamentos internacionais como forma de investimento foram analisados, uma vez que se configuram importantes mecanismos de consecução de investimentos internacionais estruturados.

CONCLUSÃO

O objetivo desse estudo, como se demonstrou, consiste em traçar as especificidades da relação entre investimentos estrangeiros e comércio internacional, bem como, demonstrar (i) os pontos em comum e os inegáveis contrastes; (ii) mecanismos de avanço que o comércio internacional pode vir a trazer para os investimentos estrangeiros; e (iii) os aspectos de complementaridade.

Não se pode negar que os pontos de contato entre ambas as disciplinas são vários. No entanto, intentou-se traçar quais são as características em comum que se destacam e qual a relevância em se trazer a experiência do âmbito de uma disciplina para a outra.

Embora o reconhecimento da necessidade de proteção do investidor e investimentos demonstra-se historicamente relevante, o desenvolvimento da sua regulação internacional é mais recente e os esforços desempenhados para elaboração de um instrumento multilateral foram aplicados a partir da Segunda Guerra Mundial. O Primeiro Capítulo tem por objetivo esclarecer o progresso da regulação internacional, nacional e contratual dos investimentos e como os princípios e padrões de proteção elaborados ao longo das últimas décadas. O intuito desse capítulo foi demonstrar o nível de proteção do investidor e investimento estrangeiro na atualidade, tanto no direito internacional e brasileiro, como nos aspectos contratuais de instrumentos celebrados pelo investidor.

As principais conclusões que se comentaram no Capítulo 1 foram (i) o desenvolvimento histórico dos investimentos estrangeiros possui significativa distinção do comércio internacional, dado que é uma disciplina cuja regulação foi mais amplamente desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial; (ii) “a dificuldade em se obter um acordo multilateral tem dado continuidade ao fenômeno da bilateralização”⁷³⁷, os acordos bilaterais cresceram exponencialmente e os acordos regionais ganharam força no âmbito dos investimentos estrangeiros; (iii) existe constante divergência acerca do próprio conteúdo do conceito de investimentos estrangeiros, o que enfraquece e não sustenta o sistema de regulação multilateral; e (iv) é preciso reconhecer o legado deixado pelo bilateralismo, entretanto, a ausência de um instrumento multilateral gera dificuldades e falta de consistência nas decisões arbitrais sobre o tema.

O segundo capítulo, por sua vez, buscou delinear os instrumentos que regulam o comércio internacional e que fomentaram a liberalização do comércio. A justificativa

⁷³⁷ FONSECA, Karla Closs. Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008, p.33.

inicial para os Estados realizarem comércio entre si estava fundamentada em aspectos econômicos, assim como, a necessidade de se alcançar paz e segurança⁷³⁸. Dessa maneira, visualizou-se a necessidade de redução de barreiras tarifárias, cujo mecanismo precisava ser realizado em conjunto, com a cooperação de diversos Estados.

Diante das consequências da Segunda Guerra Mundial e necessidade fática de crescimento econômico, ficou evidente a força que um acordo multilateral sobre comércio representava. Naquela época, ainda existiam divergências que dificultavam a constituição de uma organização internacional com força, como foi o caso da OIC. De maneira pragmática, os Estados concordaram em manter o GATT como instrumento para regular a liberalização do comércio após o fracasso das negociações para estabelecimento da OIC.

Importante registrar que “maculavam o GATT algumas limitações sistêmicas, que reduziam o grau de segurança jurídica e fortaleciam o aspecto diplomático negocial”⁷³⁹. Nesse contexto, os países membros identificaram necessidade de se estabelecer um mecanismo de solução de controvérsias mais solidificado através da criação de uma organização internacional que poderia representar a institucionalização do comércio internacional.

A formação da OMC trouxe muitos benefícios para o comércio, entretanto, ainda restavam críticas sobre esta organização multilateral, dentre as quais constavam (i) o diminuto poder de barganha dos países menos desenvolvidos; (ii) ausência do desejado e prometido crescimento econômico; e (iii) divergência sobre a inclusão de novos temas na agenda do comércio internacional, como era o caso dos investimentos.

Nesse sentido, a Rodada de Doha traduz as dificuldades presentes no sistema do comércio internacional em que um sentimento de frustração generalizado se instaurou entre os Estados-membros e as negociações não alcançam nenhum resultado material.

Em que pese a importância da OMC no cenário internacional, as empresas transnacionais são igualmente importantes para este estudo. Fica evidente o desenvolvimento desses atores internacionais através da força da globalização econômica. Com a força e expansão das empresas transnacionais, a regulação torna-se inevitável. “A ideia de se regulamentar as empresas transnacionais surge da necessidade de se limitar o

⁷³⁸ LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. *World Trade Law: Text, Materials, and Commentary*. 2. ed. Hart Publishing, 2012, p. 12.

⁷³⁹ BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 14.

seu poder que é devastador nos países do 3º Mundo em que elas atuam, chegando, muitas vezes, a dominar a economia do estado receptor”⁷⁴⁰.

Conforme se demonstrou no Capítulo 2, diante da inegável necessidade de elaborar regras internacionais que regulassem as atividades das empresas transnacionais, algumas foram as tentativas internacionais, dado que a regulação nacional era manifestamente incapaz de controlar o poderio das transnacionais. As iniciativas iniciaram com as Recomendações da OCDE para Empresas Multinacionais em 1976 e, posteriormente, com a elaboração de instrumento internacional para regular a conduta das empresas transnacionais pela UNCTC em 1983. Diante da dificuldade de obrigar as empresas transnacionais a se sujeitarem a uma regulação uniforme e internacional, o Código de Conduta da UNCTC restou fracassado e as Recomendações da OCDE foram revisadas em 2000 e 2010.

A interseção entre o Direito Internacional Econômico, Direito do Comércio Internacional e Direito Internacional dos Investimentos foi utilizado como forma de se demonstrar a relação entre essas disciplinas que possuem o aspecto econômico em comum. O investimento realizado além-fronteiras (*cross-border*) permeia todas essas disciplinas, gerando impacto regulatório e consequências fáticas a serem amplamente estudadas e relacionadas.

O terceiro e último capítulo vem, por sua vez, realizar uma análise comparativa e crítica sobre a relação entre os investimentos estrangeiros e comércio internacional. Os pontos em comum, as divergências que se manifestam e os benefícios que uma disciplina pode gerar à outra compõem o cerne do conteúdo desse capítulo.

Os impactos dessa relação levaram a um estudo do caráter de complementaridade que essas duas disciplinas vinham por trazer. Da análise empreendida foi possível verificar (i) aspectos controversos como a relação entre o fenômeno da bilateralização nos investimentos estrangeiros e o multilateralismo no comércio internacional e o insucesso das tentativas de multilateralizar as regras que regulam, promovem e protegem os investimentos estrangeiros; (ii) a relação em comum como (y) a forte presença do regionalismo, como alternativa para os investimentos estrangeiros e comércio internacional, (x) as regras sobre investimentos no seio da OMC (TRIMS, GATS e TRIPS) e do NAFTA, e (z) os princípios do tratamento não-discriminatório sobre os investimentos estrangeiros e membros da OMC; e (iii) o caráter complementar como (a) os precedentes

⁷⁴⁰ MELLO, Celso D. Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 114.

sobre investimentos desenvolvidos pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, (b) a relação entre as empresas transnacionais e investimentos, e (c) os contratos internacionais de financiamento como forma de investimento estrangeiro.

Diante de tantos pontos em comum, como também, complementares, conclui-se que os investimentos estrangeiros e o comércio internacional podem vir a ser tratados dentro de um mesmo panorama regulatório. Talvez a OMC não seja o ambiente mais indicado para trazer a regulação multilateral dos investimentos diante da sua história e da falência de todas as tentativas que já foram realizadas até a atualidade.

No entanto, defende-se que novos acordos podem surgir com objetivo de suprir a lacuna existente. Como o NAFTA veio revolucionando as antigas escolas acadêmicas que colocavam os investimentos estrangeiros fora da agenda do comércio internacional e implementou uma postura mais reguladora dos investimentos e um acordo regional focado na liberalização do comércio, novos acordos podem atingir a finalidade de unir dois temas tão importantes e complementares.

O objetivo principal de se fazer um estudo comparativo como esse é demonstrar como essas disciplinas possuem mais capacidade de influenciar e contribuir para a melhoria de uma à outra do que se imagina inicialmente e, com isso, propor que um instrumento em comum seja elaborado e venha a regular de forma mais homogênea dois temas tão importantes. Acredita-se na multilateralização como mecanismo para se alcançar uma forma mais completa de se regular tanto os investimentos estrangeiros como o comércio internacional e na complementaridade como riqueza e contribuição para evolução de disciplinas relacionadas e fundamentais para a estrutura econômica internacional atual.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Jose E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. Recueil des Cours. Haia: Martinus Nijhoff, 2010. V.344.

_____. Tratados bilaterais de investimento: a BIT on costum. Tradução de Bruno Fernandes Dias e Christa Maria Calleja. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMAL, Mohamed; KEGEL, Patrícia Luíza. Investimento direto externo, comércio internacional e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio (Org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006. p. 141-180.

AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). **OMC e o Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

_____. **A Solução de Controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. A Organização Mundial do Comércio: OMC e o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Comércio Internacional e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 118-136.

ANGHIE, Antony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge Studies in International and Comparative Law. New York: Cambridge University Press, 2004.

ANGHIE, ANTONY. The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities. Routledge. **Third World Quarterly**, [S.l.], v. 27, n° 5, 2006, p. 742-743.

Disponível em:

<<http://content.lib.utah.edu/utills/getfile/collection/uspace/id/8018/filename/7966.pdf>>.

Acesso em: 03 mar. 2014..

ARAUJO, Nádia de. Contratos Internacionais e a jurisprudência brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.).

Contratos Internacionais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 202-208.

ARAUJO, Nadia de; SOUZA JR., Lauro Gama. Os acordos bilaterais de investimento com participação do Brasil e o direito interno: análise das questões jurídicas. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Aramita de Azevedo. **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?: a Omc e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998.

ARÈS, Mathieu; BOULANGER, Éric. Le régime international de l'investissement: Où en sommes-nous? In: ARÈS, Mathieu; BOULANGER, Éric (ed.). **L'investissement et la nouvelle économie mondiale: Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales**. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2012.

ARROYO, Diego P. Fernández. El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.) **O novo direito**

internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.89-109.

BALERONI, Rafael Baptista. **Conexão Contratual Internacional, algumas consequências jurídicas:** internacionalidade dos contratos, jurisdição adjudicativa e vinculação cambial. 2009. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed. rev. e atual. até Emenda Constitucional 71 de 29.11.2012. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2013.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais:** uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Empresa Transnacional e Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Os investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **O Comércio Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. ; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. **Traité de Droit international privé.** 8. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

BÉLANGER, Michel. **Institutions économiques internationales.** 6.ed. Paris: Economica, 1997.

BHAGWATI, Jagdish. Preferential Trade Agreements: The Wrong Road. **Law and Policy in International Business**, [S.l.], v. 27, p. 865-871, 1995-1996.

BORCHARD, Edwin M. The Mavrommatis Palestine Concessions Cases. **The American Journal of International Law**, [S.l.], v. 19, Issue 4, p. 728-738, 1925.

BORDWELL, Percy. Calvo and the “Calvo Doctrine”. **The Green Bag**, Boston, v. XVIII, p.377-382, July 1906.

BORGES, Luis Ferreira Xavier. Project Finance e Infra-estrutura: Descrição e críticas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 6, p. 123-134, set./dez. 1999.

BRANDAO, Clarissa. Lex Petrolea. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo (RBDP)**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 239-254, 2006.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA). **Guia Legal para o Investidor Estrangeiro no Brasil.** Brasília: MRE: BrasilGlobalNet, 2012.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Assalto ao Estado e ao mercado, neoliberalismo e teoria econômica. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 23, n. 66, 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BREWER, Thomas L; YOUNG, Stephen. Investment Issues at the WTO: The architecture of rules and the Settlement of Disputes. Washington: **Journal of International Economic Law**, Oxford, p. 457-470, 1998.

BROCHES, Aron. **The Convention on the Settlement of Investment Dispute**. Recueil des Cours. The Hague Academy of International Law, 1972.

BURGSTALLER, Markus. Sovereign wealth funds and international investment law. In: BROWN, Chester; MILES, Kate. (ed.) **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.163-186.

CAMERON, Peter D. **International Energy Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CAMPOS, Antonio. **Comércio internacional e importação**. São Paulo: Aduaneiras, 1990.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito das Organizações Internacionais**. 3. ed. revista, atual e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARMODY, Chi. TRIMS and the Concept of Investment under the WTO Agreement. In: CARMODY, Chi; IWASAWA, Yuji; RHODES, Sylvia (Eds.). **Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence**. American Society of International Law, 2003.

CARNEIRO, Maria Christina Fontainha; MOREIRA, Terezinha. A Parceria Público-Privada na Infraestrutura Econômica. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 1. n. 2, p. 27-45, dez. 1994.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique**. 3. ed. Paris: Dalloz, 2007.

CASSESSE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press. 2. ed., 2005.

CASTILLO, Maria. Les grandes etapes de l'évolution de l'ordre économique international. In: DAILLIER, Patrick; LA PRADELLE, Géraud de; GHÉRARI, Habib (Ed.). **Droit de l'économie Internationale**. Paris: Pedone, 2004, p. 9-18.

CASTRO, Amílcar. **Direito Internacional Privado**. 5. ed atualizada por Osiris Rocha). Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar.

CHARNOVITZ, Steve. What is International Economic Law? **Journal of International Economic Law**, Washington, v. 14, n. 1, p. 3-22, 2011.

CHATTERJEE, C. Investment-Related Promissory Notes: Are Investments under the ICSID Convention? *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*. *The Journal of World Investment*. v. 3, issue 1, 2002, p. 147-160.

COSTA, José Augusto Fonseca. **Direito Internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília. v. 49. n. 2, dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292006000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 mar. 2014, p. 60-77.

COTTIER, Thomas. Challenges ahead in International Economic Law. Washington: **Journal of International Economic Law**, Oxford, v. 12, n. 1, 2009.

COYLE, John F. The Treaty of Friendship, Commerce, and Navigation in the Modern Era. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 51. 2013. UNC Legal Studies Research Paper No. 2150260. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2150260>>. Acesso em 09.03.2014, p. 302-359.

CRAWFORD, James. Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: An Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrgonful Acts. In: FASTENRATH, Ulrich (Org.). **From Bilateralism to Community Interest in International Law: Essays in Honour of Judge Bruno Simma**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CRETELLA NETO, José. Curso de Direito Internacional Econômico. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Empresa Transnacional e Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Le Mercosul est Mort! Vvie l'Alca!!!: uma visão do futuro comercial brasileiro com base na experiência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Internacional e da Integração**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2003.

_____. **Mecanismo processual de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio – OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional**. Revista Forense, v. 99, n. 365, 2003, p. 43-72.

DAHRENDORF, Anke. Global proliferation of bilateral and regional trade agreements: A threat for the World Trade Organization and/or for developing countries?. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, n° 6, abril 2009.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010.

DIETER, Heribert. The Multilateral Trading System and Preferential Trade Agreements: Can the Negative Effects Be Minimized? *Global Governance*, v. 15, 2009, 393-408p.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 8. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. 2. ed., 2012.

DUNNING, John H. The multinational enterprise: the background. In: DUNNING, John H. (Ed.). **The multinational enterprise**. George Allen & Unwin LTD, 1971.

DUPONT, Pierre-Emmanuel. The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?. *The Journal of World Investment & Trade*, 2011.

FALSAFI, Alireza. Regional Trade and Investment Agreements: Liberalizing Investment in a preferential Climate. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. v. 36, 2008-2009, p.43-85.

FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *Sur, Rev. int. direitos humanos*. São Paulo, v. 6. n. 11, dezembro 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 jan. 2013.

FELICIANO, Florentino P.: **Legal Problems of Private International Business Enterprises: An Introduction to the International Law of Private Business Associations and Economic Development**. Recueil des Cours, v. 118. Haia: Martinus Nijhoff, 1966, p. 209-312.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Ed. Positivo, 2004.

FIAD, Patrícia. A criação do Direito do Comércio Internacional: uma uniformização desuniforme. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. v. 2, n. 22. 2012.

Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1559/3166>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

FINNERTY, John D. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*. Wiley frontiers in finance, 1996.

FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional*. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2003.

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2009.

FONTAGNÉ, Lionel. PAJOT, Michaël. Investissement direct à l'étranger et commerce international: le cas français. *Revue économique*, v. 49, n. 3, 1998, p. 593-606.

FRANCESCHINI, José Inácio. *A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais*. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 67-75.

GELLEK, Tsering. *A New Paradigm of Development*. Review of Amartya Sen, Development as Freedom. *The Fletcher Forum of World Affairs*. v. 24. Fall. 2000, p. 189-192.

GILLES, Anne. *La définition de l'investissement international*. Belgique: Ed. Larcier, 2012.

GILPIN, Robert. *Global Political Economy: Understanding the International Economic Order*. Princeton University Press, 2001.

GUGLER, Philippe; CHAISSE, Julien. Foreign Investment Issues and WTO Law. In: CHAISSE, Julien; BALMELLI, Tiziano. **Essays on the Future of the World Trade**

Organization. Policies and Legal Issues. Editions interuniversitaires suisses - Edis. v. I, 2008, p. 135-169.

GUZMAN, Andrew T. Why LDCs Sign Treaties that hurt them: Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, v. 38, 1998, pp. 639-688.

HEAD, John W. Supranational Law: How the Move Toward Multilateral Solutions is Changing the Character of International Law. *Kansas Law Review*, v. 42, 1994.

HOFFMAN, Scott L. A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations. *The Business Lawyer*, v. 45, nov. 1989.

HOWSE, Robert; CHALAMISH, Efraim. The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: A Reply to Jürgen Kurtz. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, 2010, p. 1087–1094.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the executive directors on the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states*. 1965. Disponível: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section05.htm>. Acesso em 03.03.2014.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions*. A11. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf>. Acesso em 09 mar. 2014.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Balance of Payments and International Investment Position Manual*. Washington, D.C. 6. ed, 2009. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

JACKSON, John H. GATT and the Future of international Trade Institutions. *Brooklyn Journal of International Law*, v. XVIII, 1992, p. 11- 29.

_____. Global Economics and International Economic Law. Washington: *Journal of International Economic Law*. Oxford University Press, 1998, p. 1-23.

_____. Introduction a Seymour J. Rubin e Gary Clyde Hefbauer (Ed.). *Emerging standards of International Trade and Investment: Multinational Codes and Corporate Conduct*. Totowa, Nova Jersey: Rowman & Allanheld, 1984.

_____. The Perils of Globalization and the World Trading System. *Fordham International Law Journal*, v. 24, 2000-2001, p. 371-382.

_____. The Role of International Trade Law in Trade. *Georgetown Journal of International Trade*, v. 36, 2004-2005, p. 663-667.

JAYME, Erick. *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne: Cours général de droit international privé*. Recueil des Cours, v. 251. Haia: Martinus Nijhoff, 1995, p. 9-268.

_____. Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht. In: JAYME, Erick (Hrsg.). **Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht**. C.F. Müller Wissenschaft, 2003.

JUILLARD, Patrick. *L'évolution des sources du droit des investissements*. Recueil des Cours, v. 250. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p.9-216.

JUNIOR, Ataíde Marcelino. *O Investimento Estrangeiro no Brasil e o Direito Tributário Internacional*. 2006. 184 f. Dissertação Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP, 2006.

http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bfr/33004072068P9/2006/marcelinojunior_a_me_fran.pdf. Acesso em 12.01.2014.

KAMMINGA, Menno T. *Corporate Obligations under International Law*. Paper presented at the 71st Conference of the International Law Association, plenary session on Corporate Social Responsibility and International Law, Berlin, 17 August 2004.

_____.; ZIA-ZARIFI, Saman (Ed.). *Liability of Multinational Corporations under International Law*. Brill: Nijhoff, 2001.

KESSEDJIAN, Catherine. *Codification du droit commercial international et droit international privé*. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales. Recueil des Cours, v. 300. Haia: Martinus Nijhoff, 2002, p. 79-308.

KHOR, Martin. *An Analysis of the WTO's Fifth Ministerial Conference* (Cancun, 10-14 September 2003). Disponível em: <<http://www.g24.org/TGM/khorgva.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

KNUBLEY, John; KRAUSE, William; SADAQUE, Zulfe. Canadian Acquisitions Abroad: *Patterns and Motivations*. In: WAVERMAN, Leonard (Ed.). **Corporate Globalization Through Mergers and Acquisitions**. University of Calgary Press, v. 2, 1991.

KOSKENNIEMI, Martii. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, issue 1, winter 2011. p. 1-36 .

KOTERA, Akira. Regulatory Transparency. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Frederico; SCHREUER, Christoph. ed. **The Oxford Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

KUHN, Arthur K. *Les effets de commerce en droit international*. Recueil des Cours, v. 81. Haia: Martinus Nijhoff, 1925, p.125-202.

KULICK, Andreas. *Global Public Interest in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LAFER, Celso. Empresas Transnacionais. *Revista de Direito Público*. v. 22, n. 89, 1989, p. 242-245.

_____. Introdução à Guisa de Prefácio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 1-10.

LATTY, Franck. L'O.C.D.E. et l'encadrement juridique de l'Investissement. In: DAILLIER, Patrick; LA PRADELLE, Géraud de; GHÉRARI, Habib. **Droit de l'Économie Internationale**. Centre de droit international de l'Université Paris X. Paris: Pedone, 2004, 727-731p.

LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law: Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Edward Elgar Pub, 2010.

LEAVY, James. The Calvo doctrine in Latin American loans. *International Financial Law Review*. v. 4. issue 10. October, 1985, p. 31-35.

LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 81-105.

LEMBO, Carolina; PIMENTA JR., José Luiz. Interesses e agendas: o setor privado e a regulação do comércio internacional. v. 9, n. 5. Genebra, Suíça: *International Centre for Trade and Sustainable Development*. 2013. Disponível em: <<http://ictsd.org/downloads/pontes/pontes9-5.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2014.

LERNER, Diego Fraga. *Os Regimes Jurídicos de Proteção ao Investimento Estrangeiro Direto: O Papel Desempenhado pelos Países Emergentes*. 2009. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

LESTER, Simon, MERCURIO, Bryan, DAVIES, Arwel. *World Trade Law: Text, Materials, and Commentary*. 2. ed. Hart Publishing, 2012.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press. 2. ed., 2008.

_____. Investment Agreements and International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, n° 1, 123-130.

MAGALHAES, Jose Carlos. *Empresa multinacional: descrição analítica de um fenômeno contemporâneo*. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 167-183.

_____. *Nacionalidade da pessoa jurídica e a empresa multinacional*. Rio de Janeiro, v. 72, n. 253, jan./mar. 1976, p. 184-284.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. A genealogia da noção de direito internacional. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1349>>. Acesso em: 09 mar 2014, p. 1-35.

_____. O Direito da Guerra em Francisco Suárez: o projeto civilizador da escolástica espanhola. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.2, n. 22. jul./dez.2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4280/3164>>. Acesso em: 09 mar. 2014, p. 1-24.

MANNING-CABROL, Denise. *The Imminent Death of the Calvo Clause and The Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors*. Law & Policy in International Business, v. 26, 1994-1995. p.1169-1200.

MARANHA, Roberta. A joint venture e o processo de internacionalização das economias. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 165-185.

MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves, coord. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 319-350.

MARTINS, Carolina de Oliveira. *Riscos jurídicos em uma operação de project finance na indústria do petróleo brasileira.* 2005. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005.

MAZZUCHELLI, Frederico. *A Crise em Perspectiva: 1929 e 2008.* Revista Novos Estudos. n° 82, nov. 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A nova lex mercatória como fonte do Direito do Comércio Internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Novas vertentes do Direito do Comércio Internacional.** Barueri, SP: Manole. 2003, p. 185-223.

MCBETH, Adam. *International Economic Actors and Human Rights.* New York: Routledge Research in International Law. 2010. p. 3-4 Disponível em: http://www.amazon.com/International-Economic-Actors-Human-Rights/dp/0415685400#reader_0415685400. <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/mcbeth0710.htm>. Acesso em: 15 agos. 2013.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direito Internacional Econômico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *Curso de Direito Internacional Público.* 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.961- 1001.

MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital.* United Kingdom: Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press, 2013.

MOLINUEVO, Martin. Can Foreign Investors in Services Benefit from WTO Dispute Settlement? Legal Standing and Remedies in WTO and International Arbitration. *NCCR Trade Regulation Working Paper*, n. 2006/17, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1090892>>. Acesso em 01 jun.2014.

MOROSINI, Fabio. Globalização e Novas Tendências em Filosofia do Direito Internacional: a Dicotomia entre Público e Privado da Cláusula de Estabilização. In: ARAÚJO, Nádia de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 549-572

MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises and the Law.* 2. ed. Oxford: Oxford, 2007.

_____. *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now? The International Lawyer*, v. 34, no. 3. 2000, p. 1033-1053.

_____. Attempts to Extend the Accountability of Transnational Corporations: The Role of UNCTAD. In: KAMMINGA, Menno T.; ZIA-ZARIFI, Saman (Ed.). **Liability of Multinational Corporations under International Law**. Brill: Nijhoff, 2001.

_____. Enron and Beyond: Multinational Corporate Groups and the Internationalization of Governance and Disclosure Regimes. *Connecticut Law Review*. 2003, v. 37, p. 725-763.

MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY. *Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*. Disponível em: <http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf>. Acesso em 04 mar. 2014.

MURTEIRA, Mário. Uma nova ordem económica?. *Economia Global e Gestão*. v. 14. n.3. 2009. Scielo Portugal. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442009000300009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 abr. 2014, p. 131-134.

NASSER, Rabih Ali. Trims: A Relação entre Investimentos e Comércio e o Controle Multilateral na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (Org.). **Regulamentação Internacional dos Investimentos**: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras. 2007, p. 151-174.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Netherlands. Kluwer Law International, 2009.

NEWMAN, Edward. Multilateral Crises in Historical Perspective. In: NEWMAN, Edward; THAKUR, Ramesh; TIRMAN, John. (Eds.). **Multilateralism under Challenge? Power, International Order, and Structural Change**. Tokyo: United Nations University Press, 2007, p. 160-179.

NORTH, Peter; FAWCETT, James. *Definition, nature and scope of private international law*. In: CARRUTHERS, Janeen; NORTH, Peter; FAWCETT, James. **Private International Law**. 13. ed. Oxford: Oxford University, 2004, p. 3-15.

NWOGUGU, Edwin Ifeanyichukwu. *Legal Problems of Foreign Investments*. Recueil des Cours, v. 153. Haia: Martinus Nijhoff, 1976, p.167-262.

ODUMOSU-AYANU, Ibrinke T. South-South Investment Treaties, Transnational Capital and African Peoples. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 21, 2013, p. 172-201.

OPPONG, Richard Frimpong. Book Review: Documents in International Economic Law. By Francis Botchway, London: Taylor & Francis Ltd, 2006. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n.º. 2, 2007, p. 405-408.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Documentos das Negociações do Acordo Multilateral de Investimentos*. Disponível em: <http://www1.oecd.org/daf/mai/>. Acesso em: 01 mai. 2014.

OSUJI, Onyeka. Transnacional Corporations and the Protection of Human Rights: Non-Financial Reporting as an Option. In: NAULT, Derrick M.; ENGLAND, Shawn L. **Globalization and Human Right in the Developing World**. Palgrave Macmillan, 2011.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Org.). **Direito Internacional do Comércio: Mecanismo de Solução de Controvérsias e Casos Concretos na OMC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 867 – 885.

PINHEIRO, Silvia. A Empresa Multinacional e seu novo papel na Promoção do Desenvolvimento Sustentável. *Revista Ética e Filosofia Política*. Minas Gerais, nº 13, v. 2, Junho de 2011.

PORTER, Michael E. The Competitive Advantage of Nations. *Harvard Business Review*, march-april 1990, p. 73-91

QI, Huan. The Definition of Investment and its Development: for the reference of the Future BIT between China and Canada. *Revue Juridique Thémis*, v. 45, issue 3, 2011, p. 541-563.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2008.

RACINE, Jean-Baptiste, SIIRIAINEN, Fabrice. *Droit du Commerce International*. Paris : Dalloz, 2007.

REGO, Anna Lygia Costa. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. 2010. 342 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do São Paulo, 2010.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá . Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 01, 2014, p. 127-178.

_____. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; PEREIRA, Antonio Celso Alves; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Organizadores). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455-492.

_____. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: João Grandino Rodas. (Coord.). **Contratos Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. rev. atual. e ampliada, 2002, p. 251-282.

- _____. Direito dos Investimentos e o Petróleo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 03 mar. 2014. p. 1-37.
- _____. Joint ventures internacionais. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (Org.). **O novo direito internacional Estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 423-460.
- _____. Palavras sobre a nacionalidade da pessoa jurídica no exterior. *Consultor Jurídico*. 17.09.2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-set-17/palavras_nacionalidade_pessoa_juridica_exterior?imprimir=1>. Acesso em: 03 mar. 2014.
- _____. Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. *Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP*. 2008, p. 1-9.
- _____. Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *The Journal of World Energy Law & Business*. 2009, p. 1-20.
- _____. The New Oil and Gas Industry in Brazil: An Overview of the Main Legal Aspects. *Texas International Law Journal*, v. 36, nº1, 2001, p. 141-166.
- _____.; ALMEIDA, Bruno. Do conflito aparente de normas no espaço à cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro*. v. 1. N. 20. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1516>>. Acesso em: 04 mar. 2014.
- _____.; CAMARGO, João Laudo de. Project Finance e outras formas de financiamento. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Org.). **Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?**. São Paulo: LTr, 1998.
- _____. O futuro do petróleo – perspectivas jurídicas. *Revista do Direito da Energia*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia, nº 03, 2004, p. 61-78.
- RIGONI, Giuliana Magalhães. A Regulamentação dos Investimentos Internacionais no Tratado da Carta da Energia. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte. nº 51. jul. – dez, 2007, p. 116-129.
- ROCHA, Dinir Salvador Rios de. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, Flavia do Valle. *O Direito do Comércio Internacional: Uma análise da Retaliação para os países em desenvolvimento*. 2006. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

SA, Jeanine Gama. *O papel do Trustee nas operações de financiamento de projetos de infra-estrutura*. 2003. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2005.

SACHS, Wayne. The New U.S. Bilateral Investment Treaties. *International Tax & Business Lawyer. Berkeley Journal of International Law*. V. 2, issue 1. 1984. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol2/iss1/9>>. Acesso em: 09 mar. 2014.

SALACUSE, Jeswald W. The Emerging Global Regime for Investment. *Harvard International Law Journal*. v. 51, n. 2, 2010.

_____. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. The Treatification of International Investment Law. *Studies in International Financial, Economic, and Technology Law*. v. 8, 2007, p. 241-252.

_____.; SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, v. 46, no 1, 2005.

SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds*. Trade, Law and Development, v. II, n° 59, 2010, p. 59-86.

SCHWARZENBERGER, Georg. *The Principles and Standards of International Economic Law*. Recueil des Cours, v. 117. Haia: Martinus Nijhoff. 1966, p. 1-98.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. *International Economic "Soft Law"*. Recueil des Cours, v. 163. Haia: Martinus Nijhoff, 1979, p. 165-246.

_____. *International Economic Law. General Course on Public International Law*. Recueil des Cours, v. 198. Haia: Martinus Nijhoff, 1986, p. 9-264.

_____. *The Impact of Public International Law on Conflict of Law Rules on Corporations*. Recueil des Cours, v. 123. Haia: Martinus Nijhoff, 1968, p. 1-116.

SHAWCROSS, Lord Hartley William. *The Problems of Foreign Investment in International Law*. Recueil des Cours, v. 102. Haia: Martinus Nijhoff, 1961, p. 335-364.

SHIHATA, Ibrahim F. I.: *The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment*. Recueil des Cours, v. 203. Haia: Martinus Nijhoff, 1987, p.95-320.

SIMMONS, Beth A. From unilateralism to bilateralism: Challenges for the multilateral trade system. In: NEWMAN, Edward; THAKUR, Ramesh; TIRMAN, John (Eds.). **Multilateralism under Challenge? Power, International Order, and Structural Change**. Tokyo: United Nations University Press, 2007, p. 441-460.

SIMPSON, Gerry. The contexts of international law. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMMI, Martti. **The Cambridge Companion to International Law**. Cambridge University Press. 2012. p. 25-46

SORNARAJAH, M. **The International Law on Foreign Investment**. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

SOUZA JR, Lauro da Gama. Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Contratos Internacionais à Luz dos Princípios do UNIDROIT 2004*: soft law, arbitragem e jurisdição. Renovar, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its Discontents*. New York: W.W. Norton & Company, Inc, 2002.

_____. *Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities*. American University International Law Review, v. 23, nº 3, 2007, p. 451-

SUBEDI, SURYA P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. 2. ed. Oregon: Oxford and Portland, 2012.

THORSTENSEN, Vera. A OMC: Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 41, nº 2, jul/dez 1998, p. 57-89.

_____. *OMC: Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. (Coordenadora Yone Silva Pontes). São Paulo: Aduaneiras, 1999.

_____. Os Acordos Regionais e as Regras da OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). **OMC e o Comércio Internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 161-204.

_____.; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina; BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Sistemas de Regulação Do Comércio Internacional em Confronto: o marco dos estados e o marco das transnacionais. *Revista Política Externa*, v. 21, no 4, abr/jun 2013.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. São Paulo: *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 9. Abril-junho, 2006, p.78-99.

_____. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro. São Paulo: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, n. 21, abr. 2009, p.84-113.

TIETJE, Christian; LEHMANN, Matthias. The role and prospects of international law in financial regulation and supervision. Washington: *Journal of International Economic Law*. Oxford University Press, v. 13, n. 3, 2010.

TINDALL, Robert Emmett. *Multinational enterprises*. New York: Oceana Publications, Inc, 1975.

TREBILCOCK, Michael, HOWSE, Robert, ELIASON, Antonia. *The regulation of International Trade*. 4. ed. New York: Routledge, 2013.

TUDOR, Ioana. Droit de l'OMC et droit de l'investissement: regards croisés. In: CHAISSE, Julian; BALMELLI, Tiziano (Eds.). **Essays on the future of the world trade organization**. Lugano: Edis, v. 1, 2008, p. 171-208.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2011*. Non-Equity Modes of International Production and Development. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/wir2011_embargoed_en.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. *World Investment Report 2012*. Towards a New Generation of Investment Policies. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. *World Investment Report 2013*. Global Value Chains: Investment and Trade for Development. Switzerland: United Nations Publication. 2013. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

VAGTS, Detlev F. Corporate Actors in the Transnational Business Environment. In: VAGTS, Detlev F.; DODGE, William S.; KOH Harold H. **Transnational Business Problems**. Foundation Press, 2008, p. 164-217.

VALLE, Flavia do Valle. *O Direito do Comercio Internacional: Uma Análise da Retaliação para os países em desenvolvimento*. 2006. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.

VANDEVELDE, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements. *Journal of International Law & Policy*. University of California, Davis. v. 12, 2005-2006, p. 157-194.

VEEDER, V.V. The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three ideas. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, n. 4, 1998.

VELLUTINI, Roberto. *Estruturas de Project Finance em Projetos Privados: Fundamentos e Estudos de Casos no Setor Elétrico do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington, Estados Unidos: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2006.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri, SP: Manole, 2003.

VERHOOSSEL, Gaetan. The Use of Investor-State arbitration under bilateral investment treaties to seek relief for breaches of WTO law. Washington: *Journal of International Economic Law*. Oxford University Press, v. 6, n° 2, 2003, p. 193-506.

WAEDELDE, Thomas. International Energy Investment. *Energy Law Report*, v. 17, 1996, p. 191-215.

_____. *International law of foreign investment: towards regulation by multilateral treaties*. *Business Law International*. issue 1, 1999, p. 50-79.

_____. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*. Paris, A. Pédone, 2004.

WALD, Arnold. O Brasil e as multinacionais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 72, n.253, jan./mar. 1976, p. 159-165.

WATT, Horatia Muir. Choice of Law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy. *Columbia Journal of European law*. New York: NY, v. 9, 2003, p.383-409.

WEISS, Friedl. Trade and Investment. In: Muchlinski, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Eds.) **The Oxford International Handbook of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 182-222.

WHITEHEAD, Michael. The multinationally-owned company: a case study. In: DUNNING, John H. (ed.) **The multinational enterprise**. George Allen & Unwin LTD, 1971.

WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009.

WILBER, Charles K., JAMESON P. **The Political Economy of Development and Underdevelopment**. New York: McGraw-Hill College. 1983. SANDERSON, Steven E. The politics of trade in Latin American development. Stanford: Stanford University Press. 1992.

WILLIAMSON, John. A Short History of the Washignton Consensus. **Law and Business review of the Americas**, v. 15, 2009, p. 7-23.