

Universidade Católica de Santos

Mestrado em Direito

EXPROPRIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DO
INVESTIMENTO: PONTO DE VISTA DO DIREITO BRASILEIRO

THIAGO PEDROSO DE ANDRADE

Santos
2008

Universidade Católica de Santos

Mestrado em Direito

EXPROPRIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO: PONTO DE VISTA DO DIREITO BRASILEIRO

THIAGO PEDROSO DE ANDRADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Internacional.

Área de concentração: Direito Internacional Econômico

Orientador: Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa

**Santos
2008**

Dados Internacionais de Catalogação
Sistema de Bibliotecas da Universidade Católica de Santos - UNISANTOS
SibiU

A553e ANDRADE, Thiago Pedroso de
Expropriação no Direito Internacional do Investimento: ponto de vista do Direito
Brasileiro / Thiago Pedroso de Andrade - Santos: [s.n.] 2008.
174 f.; 30 cm.
(Dissertação de Mestrado - Universidade Católica de Santos, Programa em Direito)

I. Andrade, Thiago Pedroso de. II. Expropriação no Direito Internacional do
Investimento: ponto de vista do Direito Brasileiro.

CDU 34(043.3)

AGRADECIMENTOS

Apesar de sermos conhecidos como pessoas espontâneas e bastante comunicativas, os agradecimentos em trabalhos acadêmicos brasileiros tendem a ser tímidos, diferentemente do que ocorre nos trabalhos norte-americanos e europeus. Tomarei a liberdade do leitor para me aprofundar em uma restrita, mas já grande lista de reconhecimentos que se prestam absolutamente necessários por essa ocasião. Em primeiro lugar, gostaria de agradecer à pessoa do Padre Waldemar, que apesar de não estar conosco para prolongar seus brilhantes e famosos comentários acerca de Ortega y Gasset, foi justamente homenageado pela Universidade Católica de Santos emprestando seu nome para as bolsas concedidas no respectivo programa de Mestrado em Direito. Como primeiro contemplado, meu desejo é somente fazer merecer a confiança que em mim foi depositada. Agradeço ao meu orientador, Prof. José Augusto Fontoura Costa, pessoa que além de profundo conhecedor do tema versado nessa dissertação, também incentivou e desenvolveu meu gosto pela pesquisa acadêmica. Agradeço ao escritório em que trabalho, que sempre incentivou meu desenvolvimento pessoal e o aprofundamento na pesquisa jurídica. Em nome de todos os consultores e advogados, nomeio os sócios Waldir Luiz Braga, Plínio José Marafon, Waine Domingos Perón e especificamente a equipe de societário: César Moreno; Regis Fernando de Ribeiro Braga; Antonio Elian Lawand Júnior; Thais Marzo; e, em especial à Roberta Araújo Cunha de Azeredo, cujo esforço para revisão e seus sempre cordiais comentários fizeram do meu trabalho muito mais completo e coeso. Agradeço ao Grupo de Estudos de Direito Internacional da UniSantos (GEDI-UniSantos), cuja proposta inicial foi suplantada única e tão-somente pelo esforço dos que prosseguiram nossa idéia inicial e fizeram de suas reuniões um aprofundamento em discussões muito além do padrão de graduação. Agradeço especialmente Maria Carla Gaspar Fontana Coronel, Ana Carolina Costa Carregaro, Luciana Nóbrega e Silva e Bruno Mendes, mais do que colegas, amigos. Agradeço ao pessoal que trabalha na UniSantos, em especial a Cátia, uma grande amiga, e as pessoas que trabalham na biblioteca, sendo impossível deixar de lembrar da Ana, da Rosina e da Sheila. Por fim, agradeço minha família, cuja participação é fundamental em todos os momentos da minha vida, especialmente neste, ou seja, minha mãe, meu pai, meus irmãos e irmãs, Marcella e as três pessoas que são a razão desse trabalho: Bia, Pedrinho e Carol.

RESUMO

O investimento estrangeiro se trata de um fenômeno importantíssimo na história, especialmente do século XIX em diante. Protagonizado pelas Empresas Transnacionais, percebe-se que em razão da sua estrutura econômica cada vez mais complexa, aos Estados receptores do investimento cumpre uma forma especial de regulação desses investimentos. Assim, agregou-se às regras que já lidavam com o tema no Direito Internacional Público, um novo sistema normativo que se denomina Direito Internacional do Investimento. Com isso, a expropriação sofrerá uma alteração em seus padrões, tornando-os cada vez mais abrangentes, em especial quando regulados pelos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca dos Investimentos. Analisando-se detidamente a forma com que a expropriação ocorre no Direito Internacional, buscou-se comparar com a regulamentação adotada pelo Brasil, para que se possa contribuir com o debate sobre o interesse do Brasil em celebrar Acordos que versem sobre o tema.

Palavras chaves: Direito Internacional; investimento estrangeiro direto, empresas transnacionais, expropriação, nacionalização, privatização, desapropriação no Direito brasileiro, política pública sobre investimento estrangeiro no Brasil.

ABSTRACT

The foreign investment represents a relevant phenomenon in history, especially from 19th and 20th century. Mainly made by Transnational Companies, it is easy to note that in reason of its each more complex economic structure, it rests for the Host States of the investment a special form of regulation of these investments. Thus, it was added the rules that already dealt with the subject in the Public International law, a new normative system that it is called International Investment Law. In that case, the taking of property will change its standards, containing broader terms, in special when regulated by the International Investment Agreements. After deep analysis of the expropriation in International Law, it was searched to compare with the regulation adopted in Brazil, so that if it can contribute with the debate on the necessity of Brazil establishes International Investment Agreements.

Key Words: International Law; Foreign Direct Investment; Transnational Companies; Taking of property; nationalization, privatization, expropriation in Brazilian Law, Brazilian policy about foreign investment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. Fenômeno do investimento internacional	3
1.1. Empresas Transnacionais: ciclos e função	5
1.1.1. Relevância das ETN's nas Relações Internacionais.	5
1.1.2. Evolução das ETN's como investidores internacionais	6
1.1.3. Ciclos das Empresas Transnacionais	7
a) Primeiro ciclo: 1850-1914	7
b) Segundo ciclo: 1918-1939	9
c) Terceiro ciclo: 1945-1990	11
d) Quarto ciclo: 1990 em diante	16
2. Teorias Econômicas sobre o Investimento Estrangeiro Direto	17
2.1. Formulações clássicas	18
2.2. Teorias de Hymer e Vernon	19
2.3. Teoria de Dunning	20
3. Formação do Direito Internacional do Investimento e Definição de Investimento Estrangeiro Direto	22
3.1. Acordos Internacionais de Investimento e Direito Internacional do Investimento	23
3.1.1. Proteção diplomática	23
(a) nacionalidade efetiva do tutelado	24
(b) exaustão dos remédios locais	29
3.1.2. Negociações e tendências do Direito Internacional do Investimento e a proposição de uma arbitragem internacional entre investidor e Estado receptor do investimento	30
3.2. Definição do Investimento Estrangeiro Direto nos Acordos Internacionais de Investimento	36
3.2.1. Modalidades de definição de investimento estrangeiro	38
3.2.2. Limitações à definição ampla de investimentos	40
3.3. Direito Internacional do Investimento: Direito internacional ou direito interno?	43
4. Admissão e Estabelecimento do Investimento Estrangeiro Direto	47
4.1. Obrigações regulatórias de admissão e estabelecimento do IED.	47
4.2. Regime jurídico do tratamento de admissão e estabelecimentos de investimentos internacionais:	48
4.2.1. Evolução dos princípios de Direito Internacional	49
4.2.2. Padrão atual de admissão e estabelecimento do IED	49
a) Controle do acesso à economia:	50
b) Implementação de condições	50
c) Regimes regulatórios específicos	51
d) Medidas relacionadas à propriedade	51
4.3. Modelos regulatórios de admissão e estabelecimento de IED	52
B. EXPROPRIAÇÃO	57
1. Pressupostos teóricos da expropriação	57
1.1. Definição de propriedade	57
1.1.1. Critérios de propriedade	57
1.1.2. Elementos e características da propriedade.	58
1.2. Propriedade como instrumento político	60
Propriedade e Constituição brasileira	61
1.3. Intervenção do Estado na Economia	65
1.3.1. Atividade econômica e serviço público	66
1.3.2. Modalidades de intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito	68
1.4. Contratos com o Estado	76
1.4.1. Contratos clássicos	76
1.4.2. Novos arranjos contratuais	78
a) concessões modernas	78

b) “joint venture”	78
c) PSC (production-sharing contracts)	78
d) contrato de serviço ou risk-service agreements	79
e) contratos híbridos ou compostos	79
2. Proteção da propriedade pelo Direito Internacional Público Clássico	80
2.1. Direito Internacional e o estrangeiro	81
2.1.1. Garantias do Direito Internacional ao estrangeiro	81
2.1.2. Abrangência do Direito Internacional Público e a proteção da propriedade	83
2.1.3. Reconhecimento do direito de expropriação pelo Direito Internacional Público	84
2.2. Expropriação e Direito Internacional Público	87
2.2.1. Categorias de expropriação	87
a) Expropriação direta	87
b) Expropriação indireta	88
2.3. Desapropriação no direito norte-americano	90
2.4. Tribunal Irã-Estados Unidos	92
2.4.1. Considerações introdutórias	92
2.4.2. Jurisdição do Tribunal	93
2.4.3. Estrutura do Tribunal	94
2.4.4. Jurisprudência	95
2.5. Acordos lump-sum	96
3. Acordos Internacionais de Investimento e Expropriação	97
3.1. Padrão de tratamento justo e equitativo	98
3.1.1. Origem	98
3.1.3. Tratamento Justo e Equitativo e Expropriação	100
3.2. Padrão de tratamento da nação mais favorecida	100
3.2.1. Definição e abrangência	101
3.2.2. Limites do padrão NMF	102
3.2.3. NMF: comércio e investimento	102
3.2.5. Tratamento da nação mais favorecida e expropriação	103
3.3. Padrão de tratamento nacional	103
3.3.1. Definição	103
3.3.2. Tratamento Nacional e expropriação	105
4. Padrões de compensação da expropriação no Direito Internacional	105
4.1. Evolução dos padrões de compensação	109
4.1.1. antes da 2ª Guerra Mundial	109
4.1.2. depois da 2ª Guerra Mundial até a Nova Ordem Econômica Internacional	110
4.1.3. pós-Nova Ordem Econômica Internacional	111
4.2. Avaliação das perdas	112
4.3. Data da expropriação	113
4.4. Restitutio in integrum	114
4.3.1. Método do Valor de Mercado Líquido	115
4.3.2. Método do Valor de Reposição	116
4.3.3. Método do Valor de Liquidação	116
4.3.4. Método do Fluxo de Caixa Descontado	117
C. REGULAÇÃO DO IED NO DIREITO BRASILEIRO	119
1. Marco Regulatório brasileiro	119
1.1. Regras específicas aplicáveis ao IED no Brasil	119
1.1.1. Âmbito internacional	119
1.1.2. Âmbito interno	120
1.2. Desapropriação no Direito brasileiro	120
1.2.1. Notas preliminares	121
1.2.2. Espécies de intervenção do Estado na propriedade no Direito brasileiro e Responsabilidade Civil	121
1.2.3. Modalidades de desapropriação	123
1.2.4. Competência legislativa	126

1.2.5. Sujeito Ativo	126
1.2.6. Objeto da desapropriação	126
1.2.7. Procedimento	128
1.2.8. Indenização	129
1.2.9. Direito de extensão	130
1.2.10. Retrocessão e tredestinação	130
1.2.11. Desapropriação por zona	131
1.2.12. Desapropriação Indireta	131
2. Política pública de atração de IED no Brasil	133
2.1. Política atual brasileira	133
2.1.1. Em busca de um conceito de políticas públicas	134
2.1.2. Classificação clássica de conceitos jurídicos:	135
2.1.3. Linguagem, comunicação e sistema jurídico	135
2.1.4. A tipologia de Karl Larenz	137
2.1.5. Uma proposta de tipologia de políticas públicas	138
a) Definições em sentido amplo	138
b) Definições em sentido estrito	139
2.2. Conjuntura brasileira de investimentos	140
2.2.1. Conjuntura econômica brasileira	141
2.2.2. Conjuntura estrutural	142
2.2.3. Sistema federal de atração de investimentos	143
a) Evolução do sistema de incentivo	144
b) Sistema atual	144
2.3. O Sistema federal de atração de investimentos é uma política pública?	146
2.3.1. Exemplos de regulamentações realizadas sobre o IED.	148
2.3.2. Efetividade dos AI's e das Agências de Promoção ao Investimento	157
CONCLUSÕES	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

INTRODUÇÃO

“Investimento menor deve frear a Índia.

Uma provável recessão nos EUA, inflação em alta e aumento dos juros ameaçam derramar uma tempestade no crescimento da Índia. A grande economia que cresceu mais rápido no ano passado, depois da China pode, este ano, ver seu Produto Interno Bruto (PIB) desacelerar fortemente, embora para um nível com o qual outros países podem apenas sonhar [abaixo de 9%].¹”

Como ressaltado, o ambiente regulatório é apenas um dos fatores que envolvem a realização de um investimento estrangeiro ou não. Contudo, nos interessa no presente trabalho provocar uma importante questão: o Brasil, cujo crescimento de PIB circunda a casa dos 5 pontos percentuais, se ressentir da não adesão aos Acordos de Promoção e Proteção Recíprocas de Investimento (APPRI) e das suas conseqüentes vantagens econômicas e negociais?

Assim, como fator de comparação entre o ambiente regulatório vigente e aquele que é proposto por outros países, foi analisado no presente trabalho como a expropriação é vista no Direito Internacional Público e as diferenças para o Direito Internacional do Investimento.

Partindo dessa análise, o trabalho será iniciado com a origem do Direito Internacional do Investimento, estabelecendo as bases para a formação do investimento estrangeiro direto, bem como da modalidade do Direito que lhe ampara. Adiante, serão feitos os comentários sobre a Expropriação, detalhando a forma com que o Direito Internacional Público o trata e como se propõe a tratar o Direito Internacional do Investimento. Por fim, será estabelecido o ponto de vista brasileiro sobre o assunto, considerando-se nosso marco regulatório e a política pública estabelecida para o crescimento no volume de investimentos estrangeiros em nosso país.

Para respondermos nossa indagação principal, portanto, buscaremos notar como os ordenamentos qualificam determinados atos jurídicos visando expropriação. Se válidos ou não. De fato, buscamos conhecedores das nossas limitações, responder dita questão com uma série de respostas abrangentes tornando a resposta mais ampla do que a própria questão que nos fora apresentada.

¹ RANGE, Jackie. Investimento menor deve frear a Índia. **Valor Econômico**. Quinta-feira, 27 de março de 2008. p. A-22.

A criação de um sistema normativo para o Direito Internacional do Investimento será bastante evidente como um resultado da força que possuem as Empresas Transnacionais (ETN's). Não será a toa, portanto, que o método eleito é o estudo do problema e as respostas que o Direito pode lhe oferecer, especialmente o Direito Internacional do Investimento.

Dessa forma, apesar de estudar princípios e fundamentos do Direito Internacional Público, o presente estudo não seguirá a argumentação metodológica própria deste importante ramo do Direito, uma vez que inevitavelmente não atingiremos as respostas que nosso questionamento apresenta. Sobre nossa forma de pensar, relembramos a lição de André Lipp Pinto Basto Lupi:

“Os métodos analisados constituem-se em procedimentos argumentativos que buscam organizar o discurso por uma metalinguagem normativa, ou seja, por um discurso sobre o discurso dogmático, numa duplicidade de abstração. Todos fazem-no de maneira descendente, isto é, procuram de “primeiros princípios”, de premissas gerais, deduzir e encadear as asserções mais concretas. Os tópicos anteriores apresentaram em detalhe a dificuldade que têm os métodos de domesticar a argumentação jurídica a partir de pontos de vista teóricos e axiomatizantes.

Se este caminho não se mostrou bem-sucedido, pode-se inverter o sentido, partindo do problema concreto (ou teórico) em direção aos fundamentos. Nesse caso, não será o sistema a selecionar o problema, mas o problema a conformar um sistema de resposta (todavia, será um sistema provisório e aberto).²”

Desse modo, partiremos no primeiro capítulo explorando a evolução do Investimento Estrangeiro Direto como um sistema, tendo como principal veículo condutor as ETN's que ao se verificar seu histórico evolutivo perceberemos os principais questionamentos jurídicos que recairão sobre o Direito Internacional do Investimento.

² LUPU, André Lipp Pinto Basto. Os métodos no direito internacional. São Paulo: Lex Editora, 2007. p. 262.

A. ORIGEM E FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO

A missão de se definir qualquer conceito jurídico é daquelas que tomam muito tempo de quem pretende estudar a disciplina jurídica, e que muitas vezes não se demonstram imprescindíveis quando completadas. No caso dos conceitos de propriedade e expropriação, talvez mais importante do que propriamente defini-los seja analisar as pressões sociais, políticas e econômicas que alteraram suas abrangências e os respectivos resultados no mundo jurídico com o passar dos anos.

Desde a constante pressão social para implantação efetiva dos direitos sobre a propriedade até a dificuldade da “versão” do termo expropriação com a mesma abrangência do Direito Interno para o Direito Internacional encontram-se indícios do quanto o assunto é controverso e, ao mesmo tempo, de aplicação generalizada na prática internacional.

1. FENÔMENO DO INVESTIMENTO INTERNACIONAL

O investimento internacional é fenômeno que acompanha a formação da vida em sociedade, desde tempos imemoriais³. Encontram-se reminiscências de investimento internacional em quaisquer das grandes civilizações da Antiguidade. Os egípcios comerciavam insumos metálicos, os fenícios estabeleceram entrepostos comerciais fora de suas fronteiras, colonizando terras como Cartago, e os povos da Mesopotâmia, por sua vez, chegavam até onde atualmente conhecemos por Espanha⁴.

Porém, o investimento como realizado na atualidade somente passou a ser feito após a constituição das grandes companhias do século XVII, época em que foram constituídas as

³ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; e, REISMAN, Michael. *Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary*. Haia: Kluwer Law International, 2005. p. 2.

⁴ Por óbvio, as relações aqui relatadas nem sempre se amoldam aos modernos critérios de avaliação de investimento estrangeiro, seja direto seja de portfólio, o que importa ressaltar apenas servirem para mostrar a já existência de debates importantes acerca do tema, respeitando instituições criadas para o tráfego de produtos e serviços. Sobre o tema, veja BEDERMAN, David J. *International law in antiquity*. Cambridge: Cambridge University, 2001. p. 11. “That leaves one very important point to be considered. That is the charge that ancient international law, like all ancient law, is primitive, and it is only in the recognition of its primeval character that serious scholarship can be undertaken in international legal history of this period. This notion, already mentioned in this Introduction, not only demands that this study consider the sources, process, and doctrines of ancient international law, it also fundamentally challenges the idea that there even could have been a respect for a rule of law in international relations in ancient times.”

Companhias das Índias Orientais, inglesa e holandesa⁵. As Companhias foram o protótipo das modernas Empresas Transnacionais (ETN), mas, ao contrário do que se pode pensar, o poder das Companhias foi tão disseminado que muitos afirmam jamais ter existido outra ETN tão poderosa como as Companhias⁶.

A afirmação acima pode soar um pouco estranha, já que o marco inicial do Direito Internacional Público para a grande maioria dos autores clássicos é a Paz de Vestfália⁷ que, ao celebrar os termos do fim da Guerra dos Trinta Anos em 1648, trouxe em termos jurídicos o aparecimento dos Estados modernos e um acordo internacional válido entre eles⁸.

Percebe-se, no entanto, que embora se valha de diversos fundamentos do Direito Internacional Público, o Direito Internacional do Investimento é composto por regramentos próprios de Direito Privado. Por isso, elaboramos o presente estudo com fundamento nas regras aplicáveis

⁵ Apesar de ambas serem pioneiras, houve uma predominância dos ingleses no comércio internacional, por um longo tempo. Uma das razões é sociológica. Notabilizou-se Durkheim por explicar o redesenho social criado após o desenvolvimento da industrialização, uma vez que o papel exercido na sociedade pelo homem será redefinido drástica e exatamente pela forma que passou a trabalhar (DURKHEIM, E. **The Division of Labor in Society**, New York: Free Press, 1933). Ao comparar as Companhias das Índias Orientais inglesa e holandesa, Julia Adams demonstra a predominância da primeira sobre a segunda, como uma consequência da vantagem econômica comparativa em trabalhar como agente livre na Companhia holandesa (falta de identidade na rede de relações sociais), acarretando para a empresa enormes prejuízos, enquanto para os ingleses essa vantagem era menor ou nem mesmo existia (ADAMS, Julia. Principals and Agents, Colonialists and Company Men: The Decay of Colonial Control in the Dutch East Indies. In: *American Sociological Review*. Vol. 61. p. 12-28). Veja-se em SMELSER, Neil J.; SWEDBERG, Richard. **The Handbook of Economic Sociology**. In: DOBBIN, Frank. *Comparative and historical approaches to economic sociology*. 2ª ed. New Jersey: Princeton University, p. 41.

⁶ BULL, Hedley. **The Anarchical Society: a study of order in World Politics**. 2ª ed. Nova Iorque: Columbia University, 1995. p. 261.

⁷ Para Hedley BULL (*The Anarchical Society: a study of order in World Politics*. 2ª ed. Nova Iorque: Columbia University, 1995. p. 39: “My contention is that the element of a society has always been present, and remains present, in the modern international system. (...) In the wars of religion that marked the first phase of the states system up till the Peace of Westphalia, (...)”. Celso D. de Albuquerque Mello (**Curso de Direito Internacional Público**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 172) sumariza o entendimento de Bull: “Para Hedley Bull o que surge com a Paz de Vestfália é uma sociedade internacional em que os Estados aceitam regras e instituições que limitam a sua ação, e que isto é do interesse comum”.

⁸ CASSESSE, Antonio. **International Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University, 2005, p. 25; OPPENHEIM, L. **International Law: a treatise**. 3ª ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1920, p. 65. Sobre o assunto cabe detalhar o entendimento de Celso D. de Albuquerque Mello (**Curso de Direito Internacional Público**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 163): “A doutrina há longos anos está dividida sobre o assunto. A maioria dos autores nega a existência de um DI na Antiguidade. Laurent o fazia datar da Reforma. Henry Wheaton, o primeiro historiador do DI, só o tratou da Paz de Vestfália em diante. A parte anterior a 1648 foi objeto, na sua obra, apenas de uma introdução. Louis Le Fur nega a sua existência na Antiguidade Oriental e sustenta que o DI teria as suas raízes no cristianismo, que afirmara a igualdade dos homens, o que, em consequência, acarretara a igualdade entre os Estados. Entre os autores mais recentes que negam a existência de um DI na Antiguidade está Mário Giuliano, que o faz datar do século XVI.

às ETN's, que por serem o objeto prioritário regulado pelo Direito Internacional do Investimento⁹.

O fenômeno do Investimento Estrangeiro Direto (IED) pode ser mais facilmente identificável no século XIX, quando passa a ser realizado de forma similar a da atualidade em razão de dois fatores principais: (i) o rápido crescimento das invenções tecnológicas; e, (ii) o surgimento das chamadas das ETN's¹⁰.

1.1. Empresas Transnacionais: ciclos e função

1.1.1. Relevância das ETN's nas Relações Internacionais.

O presente trabalho busca analisar o investimento estrangeiro direto fundamentado na perspectiva das empresas transnacionais (ETN's), pois muito embora ainda seja objeto de grande desentendimento¹¹, especialmente sob a ótica do DIP, alguns já chegam a tratá-las como os principais agentes do sistema das relações internacionais econômicas¹².

A política internacional econômica visa, atualmente, a detenção da tecnologia dentro dos Estados, o que provocaria a independência política em diversas esferas de negociação. Por isso, as ETN's são importantes para o tema exatamente porque além de serem os responsáveis diretos pelo IED, são também os detentores de boa parte da tecnologia que é hoje produzida. Hedley Bull aborda o assunto da seguinte maneira¹³:

“Ouve-se, às vezes, o argumento de que a extinção do sistema de Estados está ocorrendo devido à unificação tecnológica do mundo. As empresas

⁹ Sobre a eleição metodológica, verificar nossa Introdução.

¹⁰ Veja-se neste ponto a relação entre modernidade e o direito proposta por GESSNER, Volkmar; APPELBAUM, Richard; e, FELSTINER, William F. Introduction: The legal culture of legal business transactions. In: GESSNER, Volkmar; APPELBAUM, Richard; e, FELSTINER, William F. Rules and Networks, p. 2-36. Também abordam o mesmo tema BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; e, REISMAN, Michael. Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary. Haia: Kluwer Law International, 2005. p. 2.

¹¹ “However, the content and scope of the corporate form of international legal personality is still in a state of confusion.” NOORTMANN, Math. **Non-State actors in International Law**. In: ARTS, Bas; NOORTMANN, Math; REINALDA, Bob. Non-State Actors in International Relations. Ashgate: Hampshire, 2001. p. 71.

¹² CARREAU, D.; JULLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 26. Veja-se também MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Renovar: Rio de Janeiro, 1993, p. 101.

¹³ A versão aqui apresentada é aquela percebida na tradução de Sérgio Bath (BULL, Hedley. A sociedade anárquica. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Relações Internacionais, 2002, p. 306).

multinacionais e os grupos não-estatais que praticam a violência no campo internacional não passam de manifestações dessa tendência, que levará necessariamente à política planetária, da “aldeia global”, de que o sistema de Estados representaria apenas um dos componentes”.

Em diversas situações, a importância das ETN's no cenário atual das relações internacionais deve ser notada. Três, no entanto, são os principais motivos para entendermos a relevância do tema¹⁴:

1. as ETN's possuem informações e experiência (“*expertise*”), que podem ser úteis para os Estados-nações para lidar com seus próprios problemas;
2. as ETN's influenciam no discurso político, estabelecimento de agendas locais, produção legislativa e tomada de decisões, bem como pelo fato de exercerem uma participação pública na implementação das instituições locais¹⁵; e, por fim,
3. porque as ETN's são parte dos arranjos políticos e institucionais no sistema internacional.

1.1.2. Evolução das ETN's como investidores internacionais

O investimento realizado diretamente nas fontes de produção em territórios estrangeiros exige planejamento e dispêndio muito maiores do que aqueles normalmente empregados quando ocorrido no território de origem do investidor, em razão dos próprios custos de transação, os quais invariavelmente são suportados por aquele que não está habituado a comercializar dentro de certo centro de relações negociais¹⁶.

Todavia, no século XVIII há o aparecimento de novos produtos manufaturados e posteriormente industrializados que, pelo próprio valor agregado, passaram a ser comercializados por preços muito superiores ao seu preço de produção, contando com

¹⁴ REINALDA, Bob; ARTS, Bas; NOORTMANN, Math. **Non-State actors in International Relations: do they matter?** In: ARTS, Bas; NOORTMANN, Math; REINALDA, Bob. *Non-State Actors in International Relations*. Ashgate: Hampshire, 2001. p. 3.

¹⁵ Utiliza-se o conceito de instituições, conforme destacado por NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University, 1990. p. 4. “institutions include any form of constraint that human beings devise to shape human interaction [formal or informal]”.

¹⁶ Referida dificuldade em se realizar investimentos estrangeiros fundamentou a criação, ou pelo menos a tentativa, de diversos acordos internacionais para regular a relação entre os investidores e os Estados receptores, dentre os quais podemos citar: Conselho da Câmara de Comércio Internacional. **Guidelines for International Investment**. 120ª sessão de 29 de Novembro de 1972, Introdução; Conselho da Câmara de Comércio Internacional. **Rules and Recommendations on Extortion and Bribery in International Business Transactions**. Fevereiro de 1999; e, ABS, Herman; SHAWCROSS, Hartley. **Draft Convention on Investments Abroad**. In: *The proposed convention to protect private foreign investment: a round table*. Journal of Public Law. Vol. 1. Primavera de 1960. p. 115-8.

elementos mais valorizados por causa da sua escassez e inovação na forma em que eram utilizados.

Não bastava uma produção rudimentar, sem forte investimento de pesquisa e desenvolvimento, para criar aqueles produtos em quantidade e qualidade equiparáveis aqueles produzidos por determinadas empresas. Passou a ser necessária a manipulação do conhecimento apreendido, resultando em grandes investimentos¹⁷, para a viabilidade empresarial moderna¹⁸.

Ou seja, o monopólio do *know-how* por grandes conglomerados fabris tornou determinados produtos únicos no mercado, prevalecendo sobre os custos marginais necessários para investimentos externos¹⁹.

1.1.3. Ciclos das Empresas Transnacionais

a) Primeiro ciclo: 1850-1914

Sendo a Revolução Industrial um fenômeno claramente inglês, têm a mesma origem os investimentos em mercados estrangeiros. Eram encontrados investimentos ingleses em ferrovias, fazendas, madeireiras e na extração de minérios, sendo os EUA, Canadá, Austrália e Argentina seus principais receptores²⁰.

¹⁷ DUNNING, John H. **Studies in International Investment**. London: George Allen & Unwin Ltd, 1993, p. 143. Em estudo encomendado pela Rockefeller Foundation, o autor fará a evolução dos investimentos britânicos nos EUA, fazendo uma intersecção entre o investimento e o padrão do desenvolvimento econômico notados nesses países no período entre 1860 e 1913.

¹⁸ Uma abordagem crítica da detenção dessa tecnologia é feita por Hedley Bull que ao comentar a presença das ETN's nas relações pelo poder político moderno as identifica como praticantes da violência em esfera internacional, exatamente em decorrência do poder que exerce nessa seara. Vejamos: "The non-governmental engaging in violence across boundaries in pursuit of its aims may be seen as a special case of a larger phenomenon threatening the survival of the states system: the transnational organisation. This is the organisation which operates across international boundaries, and which serves to establish links between different national societies, or sections of these societies. It includes multinational corporations such as General Motors or Unilever; political movements (...) It is said, more particularly of the role of multinational corporations, that their proliferation, their increasing size and their increasing share of the world's gross product represents the inevitable triumph of 'geocentric technology' over 'ethnocentric politics'.

¹⁹ O fenômeno naquela época iniciado será irreversível, com seu constante incremento, resultando no que costumamos denominamos de "Sociedade de Informação". RUBEN, Guilherme; GONÇALVES, Alicia Ferreira. Novas tecnologias, novas identidades coletivas? Incomensurabilidade e cultura na sociedade de informação. In: RUBEN, Guilherme; WAINER, Jacques; e, DWYER, Tom. *Informática, Organizações e Sociedade no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 223-45.

²⁰ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 10.

No fim do século XIX, houve o aparecimento e consolidação do investimento realizado por outros países, com prevalência das empresas francesas, alemãs, suecas e norte-americanas²¹.

Em regra, os investimentos eram de portfolio, corporificados por empréstimos internacionais²², ressalvados alguns casos como, por exemplo, o da primeira empresa manufatureira norte-americana a realizar investimento estrangeiro direto (IED), a Singer Sewing Machine Company²³.

Por serem responsáveis pela exportação do capital, os investidores internacionais fruía, nesse ciclo, de direitos quase soberanos sobre os investimentos que controlavam em outros países.

Marcante o fato do investimento internacional norte-americano ter representado nesse período montante não inferior a média apresentada até mesmo no auge da sua hegemonia em meados da década de 1960's, correspondente a algo em torno de 7% do PIB²⁴. Explica-se o alto número pela baixa vantagem comparativa em se investir no mercado interno, uma vez que a economia norte-americana passava por graves dificuldades, e, por sua vez, pelo fato do cenário regulatório no exterior apresentar-se extremamente propício aos detentores de capital.

“(…) E apenas recentemente nós [economia norte-americana] pudemos observar eventual retorno ao grau de mobilidade de capital observado durante o final do século XIX.²⁵”

Importante esclarecer, o comportamento do IED realizado nesse ciclo, uma vez que aproximadamente três quintos dos investimentos realizados destinavam-se aos países atualmente chamados de “em desenvolvimento”, ou seja, africanos, asiáticos e latino-americanos, mediante a seguinte distribuição.

Gráfico 1.1²⁶

²¹ Uma importante exceção era a nascente indústria japonesa que já realizava um embrionário investimento fora de seu território.

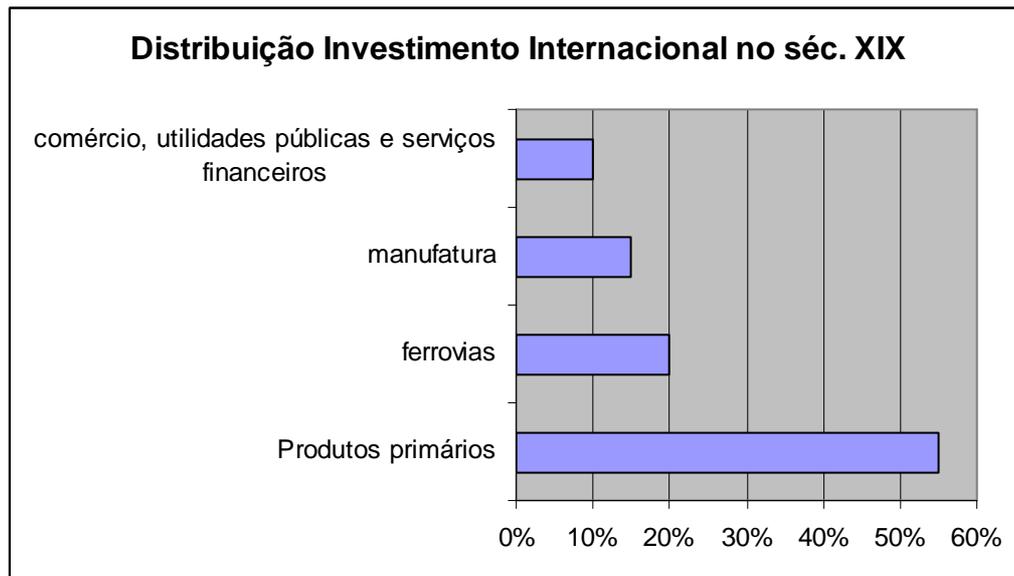
²² CNUCED, 1999b; e, segundo DUNNING, John H. *Studies in International Investment*. London: George Allen & Unwin Ltd, 1993, p. 2, “90% de todo movimento de capital internacional tinha a forma de investimento de portfolio”.

²³ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 11.

²⁴ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 12.

²⁵ Tradução livre de TAYLOR, Alan M. *International Capital Mobility in History: the saving investment Relationship*. National Bureau of Economic Research Working Paper nº W5743. Setembro de 1996.

²⁶ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 12.



Dessa forma, o IED passará nos próximos ciclos por uma profunda alteração, especialmente no que se refere ao tipo de prestação que se realizará e também para que tipo de público o IED será dirigido.

Vejamos.

b) Segundo ciclo: 1918-1939

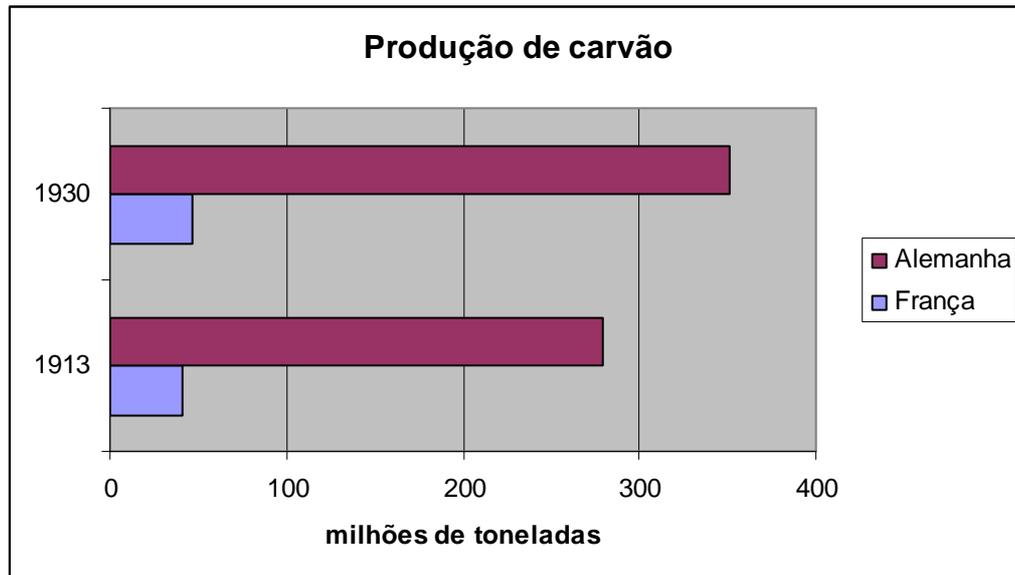
Entre 1914 e 1918, ocorreu a Primeira Grande Guerra, com reflexos mundiais, uma vez que foi travada entre os países detentores do principal volume de capital no globo àquela época²⁷.

Por diversas razões, o padrão do investimento internacional foi bastante alterado em razão da deflagração deste episódio bélico, especialmente em decorrência da ocupação de diversos territórios, da incerteza política vivida pelos desgastados Estados, bem como pelo fato da Alemanha, tida como principal produtora de carvão (principal insumo industrial à época), ter sido severamente punida pela Conferência de Paris. Veja no gráfico a seguir a influência na indústria global ante as conseqüências sofridas pela Alemanha²⁸:

²⁷ Os interesses comerciais opostos em contrapartida a fortes acirramentos políticos criaram um ambiente no qual o conflito era inevitável. “O aspecto surpreendente da deflagração da Primeira Guerra Mundial não é que uma crise mais simples que muitas já superadas conseguira finalmente desencadear uma catástrofe global, mas que levou tanto tempo para acontecer” KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1997. p. 234.

²⁸ ADAMTHWAITE, Anthony. *France and the Coming of the Second World War: 1936-1939*. Londres: Frank Cass, 1977, p. 4. *apud* KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1997. p. 267.

Gráfico 1.2.



Concomitantemente, duas importantes revoluções ocorreram nesse período, fundamentadas em ideologias contraditórias aos interesses predominantes das empresas multinacionais: a Revolução Mexicana (1910-1920), com principal escopo na defesa dos interesses nacionais sobre os recursos naturais, e a Revolução Russa (1917), visando a tutela social dos bens de produção.

Em conseqüência de ambos os casos, iniciou-se um período de grandes nacionalizações que causaria, dali em diante, a permanente tensão política entre nacionalização e privatização²⁹.

Naturalmente, este ciclo foi marcado por políticas notoriamente nacionalistas, com Itália e Alemanha, por exemplo, obtendo controle total sobre as próprias manufaturas e matérias-primas, buscando a expansão de suas fronteiras em razão de fatores políticos e econômicos mediante a aquisição de territórios estrangeiros.

Como conseqüência dessa onda nacionalista, houve um estreitamento dos laços entre as empresas de uma mesma nacionalidade ao investirem em territórios estrangeiros, convergindo

²⁹ CHUA, Amy L. The privatization-nationalization cycle: the link between markets and ethnicity in developing countries. The Columbia Law Review. Vol. 95. Março de 1995.

interesses em blocos, com a formação, inclusive, de cartéis internacionais nos setores de petróleo e aço, por exemplo³⁰.

Analisando o panorama apresentado de enorme instabilidade política e econômica ocasionada pela Primeira Guerra, constata-se que até o início dos anos 30 ainda não haviam sido recuperados os índices de investimento estrangeiro direto registrados antes de tal episódio.

Entretanto, com o crescimento e consolidação dos investimentos norte-americanos (27,7% do capital mundial, segundo maior atrás apenas dos britânicos), o permanente investimento britânico em suas colônias, particularmente na Austrália, África do Sul e Índia, somado aos interesses dos britânicos em países europeus, e a volta dos investimentos alemães, foi retomado o cenário de evolução dos interesses estrangeiros atingindo-se em 1938 volume superior a 50% acima do registrado em 1914³¹.

c) Terceiro ciclo: 1945-1990

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, formou-se nova balança de interesses com enorme e quase absoluta predominância dos interesses empresariais norte-americanos, uma vez que a contrapartida política seria feita pela União Soviética, que embora detivesse significativo capital, não contava com a livre atuação de suas empresas, que tinham como principal prioridade os interesses comerciais intra-bloco.

Tal predominância será especialmente usufruída pelas empresas daquele país que passaram a explorar os mercados internacionais quase sem concorrentes, estabelecendo padrões importantes para o comércio internacional, como a predominância da língua inglesa para as negociações, o dólar como padrão de moeda internacional corrente, bem como instituições jurídicas, antes não internacionalmente reconhecidas, como, por exemplo, a regulação, fiscalização e controle das posições de dominância de mercado (políticas antitruste).

³⁰ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 13.

³¹ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 14.

Dessa forma, por volta dos anos 1960's, auge do predomínio norte-americano, o IED era realizado conforme a seguinte divisão entre os países de origem dos investimentos, em bilhões de dólares³²:

Distribuição do Investimento Estrangeiro Direto em 1960		
EUA	32,80	49,20%
Reino Unido	10,80	16,20%
França	4,10	6,10%
Alemanha	0,80	1,20%
Japão	0,47	0,70%
Outros	17,73	26,60%
Total	66,67	100,00%

Com a doutrina Monroe extenuadamente propugnada no final da Segunda Guerra, vimos de 45 em diante o apogeu do discurso da auto-determinação dos povos, sendo positivado em diversos documentos internacionais e ditando novo padrão para os investimentos europeus em colônias asiáticas e africanas.

O investimento estrangeiro europeu, particularmente o britânico, antes fundamentado na desigualdade concorrencial diante das enormes concessões realizadas pelos Estados receptores dos investimentos, subjugados politicamente, passou por profundas alterações diante da crescente evolução do número de Estados que se tornavam independentes³³.

Nos Estados recém-independentes, originou-se uma constante tensão política entre as facções internas em busca do poder. O fim do neocolonialismo ligado a luta ideológica entre o capitalismo ocidental e o socialismo do leste europeu provocou uma tendência de internacionalização da luta pelo poder nas políticas internas de todos os países³⁴, especialmente naqueles em desenvolvimento e os de menor desenvolvimento relativo (“least developed countries”)³⁵.

³² Dados obtidos em MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 17.

³³ A Organização das Nações Unidas originalmente composta por 51 membros (a Polônia é considerada membro original, embora tenha firmado posteriormente sua adesão), conta hoje com 192 membros. Veja <<http://www.un.org/members/list.shtml>>

³⁴ DEZALAY, Y.; GARTH, B.G. *The internationalization of palace wars – lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

³⁵ Notando-se diferenças importantes entre os países antes chamados de 3º mundo, e partindo-se da análise estruturalista cepalina de Raul Prebisch, adotou-se, nessa época, nova divisão para se denominar aqueles Estados com o menor índice de desenvolvimento por meio de lista apresentada de três em três anos pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ECOSOC), segundo os seguintes critérios: (i) baixa

Assim, desde 1945, países da América Latina e do Sudeste Asiático passaram por ondas regionais de nacionalização e privatização dos interesses estrangeiros em seus países, ocasionando uma forte insegurança na promoção de investimentos internacionais.

Constata-se a relevância de uma efetiva proteção jurídica sobre ativos de empresas estrangeiras desde o início do processo de tensão: “nacionalização x privatização”, em que são notadas fases consecutivas ora de nacionalização ora de privatização facilmente perceptíveis nos últimos séculos, em especial nas grandes áreas receptoras de investimentos internacionais.

O processo pode ser considerado um ciclo, partindo do pressuposto que ocorre de forma contínua e semelhante nos Estados da mesma região, em razão tanto das pressões globais quanto do semelhante comportamento político-econômico geralmente adotado por regiões geopolíticas.

No caso do Sudeste Asiático, tomamos como exemplo a Malásia especificamente, uma vez que suas “ondas” de nacionalização-privatização são bastante evidentes.

ESTUDO DE CASO 1. CICLOS DE NACIONALIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO NO SUDESTE ASIÁTICO³⁶

Embora grande parte dos países do Sudeste Asiático tenha vivido sob os auspícios do comando colonial até o início da década de 50, pelo menos dois ciclos de transição entre nacionalizações e privatizações já ocorreram desde então.

renda per capita (menos de U\$ 750 anuais); (ii) baixo índice de desenvolvimento humano, pelo qual são analisados indicadores de nutrição, saúde, educação, analfabetismo adulto; e, (iii) critérios de vulnerabilidade econômica como instabilidade da produção agrícola, instabilidade de exportações de produtos e serviços, relevância econômica do comércio de produtos tradicionais, concentração de produtos exportados, e a porcentagem da população desabrigada por desastres naturais. De acordo com a lista publicada em 2003, 50 países são considerados como de menor desenvolvimento relativo: Afeganistão, Angola, Bangladesh, Benin, Butão, Burkina Faso, Burundi, Cambodja, Cabo Verde, República Centro Africana, Chad, Camarões, República Democrática do Congo, Djibuti, Guinéa Equatorial, Eritréia, Etiópia, Gâmbia, Guinéa, Guinéa-Bissau, Haiti, Kiribati, República Democrática do Lao, Lesoto, Libéria, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Mauritània, Moçambique, Myanmar, Nepal, Níger, Ruanda, Samoa, São Tomé e Príncipe, Ilhas Salomão, Somália, Sudão, Timor Leste, Togo, tuvalu, Uganda, República Unida da Tanzânia, Vanuatu, Iêmen e Zâmbia.

³⁶ As considerações nesta parte do trabalho têm fundamento em: CHUA, Amy L. The privatization-nationalization cycle: the link between markets and ethnicity in developing countries. The Columbia Law Review. Vol. 95. Março de 1995.

Após a independência da Malásia em 1957, houve uma forte influência da política “laissez faire” até 1970, em razão, principalmente, pelo pacto firmado entre as forças sociais vigentes no Estado, quais sejam, os Malays, os Chineses e os Indianos, que por uma convergência de forças concordaram a liberdade comercial, garantindo, no entanto, o poder dirigente aos primeiros.

Mesmo tendo ocorrido um processo de consolidação no ambiente macroeconômico, notou-se neste período o aumento das discrepâncias sociais já disseminadas durante a dominação colonial. Com a liberdade comercial, os chineses e os indianos, valorizados pelos ingleses³⁷, prosseguiram e fortaleceram suas orientações comerciais ocasionando uma desigualdade nas classes mais baixas da população, ocupadas ao final do período prioritariamente pelos “Malays”.

A classe dirigente Malay, por sua vez, viu-se ameaçada uma vez que o poder econômico concentrava-se cada vez mais nas mãos dos grupos estrangeiros, visto que aproximadamente 70% dos lucros das corporações eram remetidos para as respectivas sedes em outros países³⁸.

Como resposta foi estabelecida uma Nova Política Econômica (a chamada “NEP” sigla em inglês da *New Economic Policy*), com o objetivo de criar uma “unidade nacional (...) expressada pela equalização da balança econômica entre as raças³⁹”.

O lançamento da NEP trouxe em curto período de tempo um forte investimento estatal para que houvesse uma redistribuição da participação nas empresas por parte da sua população nativa. Não demorou muito para que o cenário econômico pós-descolonização fosse bruscamente alterado, dada a instituição de mais de 100 empresas estatais por ano, atingindo o

³⁷ Os Chineses eram considerados mais “espertos” e “mais apropriados” para um processo de industrialização, enquanto os indianos rapidamente dominaram o setor agrícola do país. Os Malays eram tratados como “preguiçosos”, mas “bons imitadores quando ensinados”, permanecendo sua mão-de-obra utilizada nos serviços menos remunerados. *apud* HOROWITZ, Donald L. **Ethnic Groups in Conflict**. University of California: Los Angeles, 1985. pp. 401-417.

³⁸ Veja-se em ONN, Fong C. **The Malaysian Economic Challenge in the 1990s: transformation for growth**. Longman: 1989, p. 109.

³⁹ Tradução livre de “*national unity ... expressed as the improvement of economic balances between the races*”. Além destes objetivos, buscou-se a criação de oportunidades de emprego e a promoção de um crescimento econômico geral.

elevado número de 1.100, representando uma das economias com maior participação de empresas públicas no mercado.

Numa resposta à NEP, em 1983, o Primeiro Ministro Mahathir promoveu o início de uma forte política de privatização que permanece em curso até os dias atuais.,

Entretanto, a implantação dessa política de privatização não possibilitou acesso irrestrito aos ativos pelos investidores estrangeiros em vista da obrigatoriedade, para adesão ao movimento de privatizações, das empresas investidoras terem normalmente 70% de suas ações distribuídas entre nacionais da Malásia, e, desses 70%, ao menos 30% devem pertencer a etnia Bumiputra.

Tal política, conseqüentemente, é tratada como paliativa, haja vista que além do decréscimo da eficiência dos serviços prestados, não houve um fomento de políticas de investimento em setores de base no país, mas sim um fortalecimento de classes dirigentes e politicamente influentes. Não obstante, um forte influxo de capital estrangeiro foi injetado no país e setores de maior necessidade pública ainda são alvos para privatização.

Mediante o aprofundamento e divulgação do princípio da auto-determinação dos povos, os EUA implantou um importante plano de recuperação dos ativos europeus, por meio de grandes investimentos internacionais. Buscava-se com isso a recuperação dos países que antes já representavam um grande mercado para as empresas norte-americanas.

Não há como se desprezar que a economia européia passou por complicações no período entre 1945 e 1960, grande parte em razão dos traumas econômicos que lhe foram inflingidos durante a Guerra. Um exemplo são as empresas alemãs que passaram por dois processos de nacionalização integral de seus ativos em territórios estrangeiros na mesma metade de século.

Com o plano de recuperação dos Estados europeus, o IED passou a seguir nesse período recente quatro tendências de movimentação de capitais⁴⁰:

⁴⁰ DUNNING, John H. *Studies in International Investment*. London: George Allen & Unwin Ltd, 1993, p. 25.

- (i) a mudança de meio ou forma de empréstimo internacional, especialmente no que se refere a crescente importância das doações oficiais;
- (ii) o crescente multilateralismo das operações de investimento estrangeiro, como demonstra o comércio de capital entre países desenvolvidos;
- (iii) a tendência de predileção do modelo da constituição do investimento direto mediante presença comercial, em troca dos empréstimos internacionais, contribuindo para o crescimento econômico; e,
- (iv) adoção de medidas econômicas e regulatórias dos países importadores e exportadores de capital, em busca dos benefícios do investimento estrangeiro direto.

Após 1960, em razão da mudança do padrão de comportamento do IED, as ETN's passaram a se comportar de forma distinta, com uma grande evolução dos interesses internacionais de ETN's da Europa Ocidental e japonesas. As ETN's norte-americanas passaram a não mais ocupar a posição de principal investidor para representar o país que mais recebe o investimento no mundo.

O investimento estrangeiro não é mais aquele baseado na exploração sobre países em desenvolvimento, mas tem como principal enfoque de receita, os próprios países desenvolvidos que oferecem mercados atraentes para as empresas exercer suas atividades. A presença comercial exige proteção, segurança e garantia do investimento.

d) Quarto ciclo: 1990 em diante

Atualmente, diversas formas de regulação do padrão do investimento estrangeiro tem provocado profundas alterações no seu comportamento. A facilitação tecnológica, a exploração de novos mercados, um constante e até duradouro processo de crescimento econômico sentido em escala mundial, em conjunto com a negociação de benefícios para esse tipo de operação, tem feito do investimento estrangeiro direto cada vez mais globalizado com cada vez mais agentes.

O Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT), os chamados Acordos para a Promoção e Proteção dos Investimentos (APPRI), especialmente no que se refere às diversas organizações regionais de cooperação econômica (MERCOSUL, ASEAN, CARICOM etc) e aos mais de 2.200 Tratados Bilaterais de Investimento (TBI) celebrados indistintamente entre países em

desenvolvimentos e países desenvolvidos tornam o padrão de comércio e investimento internacional mais dispersado.

Nota-se, em razão disso, a China em 2003 se tornou o país que mais recebeu IED no mundo, superando os EUA. Outras formas de IED passaram a ocorrer vindas de países que antes apenas recebiam investimento, como por exemplo, do famoso grupo do BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China).

Assim, diante do fenômeno das ETN's é notável a forte relação dessas empresas com o IED no campo da política econômica global. Grande controvérsia persiste acerca da sua importância e seu papel na economia atual, conforme pudemos perceber na evidente tensão em países em desenvolvimento de processos de nacionalização e privatização.

Alguns enxergam nas ETN's grandes centros de poder político internacional, capazes de exercer forte pressão sobre governos, especialmente pela agilidade com que podem explorar o mercado mundial, valendo-se de vantagens oferecidas pelos marcos regulatórios locais em cada Estado, como mão-de-obra barata, paraísos fiscais, legislações que atendam suas necessidades em termos de proteção intelectual, provocando uma desregulação internacional. Por outro lado, há aqueles que vêem nas ETN's uma extensão lógica e desejável da lógica da vantagem comparativa, mediante a utilização de uma única super-estrutura com benefícios na organização da produção dentro de um cenário de livre mercado, proporcionando riqueza no mercado em que atua⁴¹.

Tendo em conta, a necessidade de verificarmos os fluxos econômicos sobre o fenômeno do IED, serão analisadas as principais correntes econômicas que estudam o IED.

2. TEORIAS ECONÔMICAS SOBRE O INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

Importa-nos fazer uma breve explicação acerca das principais teorias sobre o investimento estrangeiro⁴².

⁴¹ TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. 2ª ed. Londres: Routledge, 1999, p. 336.

⁴² Para a formação deste item, nos valemos principalmente do excelente trabalho de CORRÊA, Cristiane Sanches de Souza. **Os regimes de Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Regulação e Política Externa Nacional**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2007. 270 p.

2.1. Formulações clássicas

Inicialmente, cumpre ressaltar que de acordo com a teoria da divisão internacional do trabalho, é presumido que os fatores de produção não se movem entre os países⁴³. Por isso, classicamente a forma que se percebe a troca de riquezas no cenário internacional é o comércio de bens entre países.

Considerando as clássicas formulações econômicas de David Ricardo, Hume e Mill, os movimentos internacionais de capitais são causados pela diferença do retorno de capital entre os países⁴⁴. Assim, como qualquer outro ativo, a alocação dos recursos guarda relação direta com a lucratividade obtida no local no qual serão destinados os capitais.

Dessa maneira, a realização de um IED segue determinantes de fatores de produção locais, atingindo-se o ponto máximo de eficiência exatamente aquele que os oferece com maior abundância. Valendo-se das chamadas “vantagens comparativas”, os capitais devem ser alocados visando produzir o máximo de riqueza mediante as maiores taxas de retorno possíveis, de modo que se aproveite ao máximo os fatores de produção mais abundantes presentes em um determinado local para comercialização de bens ou prestação de serviços.

Sob a égide dessas formulações econômicas, tem sido promovida a difusão do livre comércio internacional pelas negociações internacionais. Partindo do pressuposto que todos os países devem participar das relações internacionais econômicas em igualdade de condições, especialmente aqueles que não dispõem de abundantes fatores de produção, passou-se a celebrar diversos acordos, em âmbito bilateral⁴⁵, regional⁴⁶ e multilateral⁴⁷ buscando o livre comércio e uniformização das condições de mercado.

⁴³ KOJIMA, Kiyoshi. **Japanese Direct Investment: a model of business operations**. Tokyo: Charles E. Turtle. p. 50.

⁴⁴ Como expressamente tomamos por base o trabalho de CORRÊA, Cristiane Sanches de Souza. (**Os regimes de Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Regulação e Política Externa Nacional**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2007, p. 8.), temos de discordar do ponto em que se relaciona as diferenças das taxas de juros com o movimento internacional de capitais. Causa que nos parece mais relevante é o retorno de capital e não a taxa de juros, até mesmo porque um Investimento Estrangeiro pode encontrar ambientes propícios para sua realização com altas ou baixas taxas de juros.

⁴⁵ Veja-se, por exemplo, Acordo de livre Comércio entre Chile e EUA.

⁴⁶ Veja-se, por exemplo, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), o ASEAN.

⁴⁷ Veja o Acordo do Marraqueche que instituiu a Organização Mundial do Comércio (GATT/OMC).

Entretanto, apesar dos diversos acordos internacionais visando o livre comércio, há atualmente elementos significativos custeados na transação no comércio internacional, como, por exemplo, o transporte⁴⁸ e a tributação⁴⁹.

Não obstante, como já vimos, a formação dos grandes conglomerados econômicos privados propiciou uma estrutura de alocação específica de recursos dentro de linhas de produção internacionalizadas. Não se busca mais unicamente uma produção em termos de taxas de retorno propiciadas por uma planta em determinado país, mas sim dentro de um contexto internacionalizado com plantas em diversos países decompondo-se o custo para maior aproveitamento possível das eficiências locais.

Sob este prima as teorias do investimento estrangeiro direto são reformuladas uma vez que o IED torna-se um importante papel, outrora ocupado pelo comércio internacional.

2.2. Teorias de Hymer e Vernon

Hymer, pioneiro em formular teoria que abrangesse o fenômeno provocado pela produção internacionalizada protagonizada pelas ETN's, defendeu no MIT, em 1960, a seguinte tese:

“Tentamos explicar que a teoria da taxa de juro não explica o movimento de investimento direto de país para país. Em vez disso, propomos que os movimentos de capitais sejam associados com as operações internacionais das empresas. Portanto, para compreender o investimento direto necessitamos estudar as operações internacionais e o seu financiamento⁵⁰”.

Para Hymer, as ETN's são distintas das demais empresas operadoras no mercado local, por possuírem uma vantagem competitiva específica (“*unique asset*”) sobre as demais, como, por exemplo, a existência de patentes e a tecnologia específica detida pelas ETN's.

⁴⁸ COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, Thiago Pedroso de. A liberalização do transporte marítimo internacional. In: Temas atuais de Direito do Comércio Internacional Volume 1. Florianópolis, OAB/SC, 2004.; FINK, C; MATTOO, A; NEAGU, I.C. Trade in international maritime services: how much does policy matter? Washington DC: World Bank, 2001.

⁴⁹ BRAGA, Waldir Luiz. Os tratados internacionais no Direito Tributário Brasileiro. 1985. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁵⁰ HYMER, S. H. The International Operations of National Firms: A Study of Direct Foreign Investment. MIT Monographs, The MIT Press, Cambridge, 1976 (data de publicação da tese de doutoramento, defendida em 1960) *apud* CORRÊA, Cristiane Sanches de Souza. **Os regimes de Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Regulação e Política Externa Nacional**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2007, p. 8-9.

Por contar com poderes bastantes específicos e forte demanda internacional, o IED será extremamente relevante por suplantar as barreiras comerciais empregadas pelos países, tornando-se um instrumento de oligopolização dos mercados, já que apenas o investidor estrangeiro conseguirá competir no mercado específico por ele mesmo criado ou desenvolvido.

Dessa maneira, observamos o emprego pelas ETN's de instrumentos e instituições de caráter supranacional, tornando obsoletos instrumentos de governança clássicos como aqueles utilizados pelos Estados.

Com o exponencial aumento do IED norte-americano pós-Segunda Guerra, Vernon desenvolveu, no final dos anos 1960, a “Teoria do Ciclo do Produto”⁵¹ na qual a supremacia de um dado produto em seu mercado local, a ameaça de novos concorrentes locais, bem como a percepção de menores custos de produção no exterior provocam a realização de um IED.

Tal teoria foi considerada por muitos como imperialista por tratar o IED como forma de predominância do mercado investidor sobre o mercado receptor, quando, na verdade, percebemos o maior enfoque dado à análise dos custos do investimento.

2.3. Teoria de Dunning

Alguns anos após, Dunning⁵² elaborou uma teoria mais complexa se comparada às antecedentes, demonstrando, contudo, com maior fundamentação, a estrutura do IED.

Ao analisar as opções de um investimento, o investidor estuda o potencial mercado receptor verificando se os custos transacionais para implantar um estabelecimento será superior ao de

⁵¹ Vernon, R., International Investment and international Trade in the Product Cycle. Quarterly Journal of Economics, 80, p. 190-207, 1966. *apud* CORRÊA, Cristiane Sanches de Souza. **Os regimes de Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Regulação e Política Externa Nacional**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2007, p. 10.

⁵² *apud* CORRÊA, Cristiane Sanches de Souza. **Os regimes de Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Regulação e Política Externa Nacional**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2007, p. 11-2.

comercializar as mercadorias por meio de terceiros, estruturada com base no mecanismo de preços⁵³.

Em outras palavras, podemos dizer que o investidor analisará se é mais barato investir na constituição de sua empresa fora do seu território de origem ou se é vender a mercadoria, mediante o estudo de todos os custos transacionais envolvidos em cada opção, como, por exemplo, seguro, frete, tempo, dentre outros.

Tendo em conta tal análise, percebeu-se 3 tipos de forças motrizes (“I”, “L” e “O”) que direcionam o investidor na realização de um investimento em mercados estrangeiros:

Ao comercializar em seu próprio nome em territórios estrangeiros, a ETN internaliza (“I”) o incremento do seu ativo, aumentando a complexidade da estruturação da empresa. Outra análise é a que se refere à localização (“L”), vez que devem ser verificadas questões de custo-benefício no tocante à legislação, políticas públicas de setores primários e até mesmo políticas próprias e específicas de atração de IED.

E ainda, como ponto mais crítico no estudo da expropriação de ativos e terceira força a ser analisada, diz respeito a questão da propriedade das ETN’s sobre os ativos, tangíveis ou intangíveis, que continua a detê-la mesmo quando atua no mercado internacional (“vantagens de ativo” – *unique assets*), aumentando, dessa forma, sua influência em negociações comerciais (“vantagens de transação”). Tal característica é designada em inglês como *ownership*, origem da sigla “O”.

Dessas forças, notam-se conseqüências curiosas. De fato, uma legislação instável no tocante às questões de proteção da propriedade industrial pode provocar o aumento de IED, já que os custos para a atuação da empresa seriam inferiores aos custos transacionais para proteção da marca da empresa ou da patente de um produto.

Portanto, podemos observar que a análise econômica do IED pode desvendar mitos, como se o aumento do IED depende unicamente da criação de um arcabouço normativo aplicável ao

⁵³ “These, then, are the reasons why organizations such as firms exist in a specialized exchange economy in which it is generally assumed that the distribution of resources is “organized” by the price mechanism” COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. s/ed, 1937. mimeo.

investimento. Na verdade, esse fator conjugado com outros também relevantes serve como um parâmetro para a formação do custo transacional em se atuar em mercados estrangeiros.

A análise do investidor acerca dos custos transacionais pode implicar a realização de um investimento direto, uma forma de atuação no comércio internacional, ou mesmo na decisão de que determinados mercados apresentam custos de transação tão altos que ainda não estão aptos a receber determinado investimento.

Nesse sentido, ao Estado receptor cabe oferecer estruturas econômicas e jurídicas que impulsionem o investimento e que não tornem os custos transacionais um empecilho para o investidor.

3. FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO E DEFINIÇÃO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

O estudo do fenômeno do investimento realizado além do território de origem da empresa investidora demanda certos cuidados e algumas reflexões iniciais, pois sua realização pode ocorrer de diversas formas, com conseqüências bastante distintas sob o prisma econômico e jurídico.

Importante esclarecer, por isso, a divisão entre o investimento estrangeiro direto daquele chamado de investimento de portfólio.

O investimento estrangeiro direto (IED), implica a aquisição do poder de controle sobre processos de tomada de decisões acerca da unidade de investimento (normalmente uma empresa) estrangeira. Para a realização de um IED, algo além de dinheiro em espécie é adquirido.

O investimento de portfólio, por sua vez, não acarreta a transferência de idéias e de tecnologias, vez que se busca a vantagem comparativa direta no tocante aos lucros auferidos por aquela unidade produtiva estrangeira. Não é que não se busque uma unidade produtiva lucrativa pelo IED, mas na verdade ocorre uma aquisição do poder de tomada de decisões, gerando para o investidor a possibilidade de, por meio de seus conhecimentos específicos, produzir riquezas que não seriam possíveis em seu mercado de origem.

Partindo dessas premissas, o Fundo Monetário Internacional, em seu Manual de Balança de Pagamentos de 1993, define investimento direto, refletindo “o objetivo de obter uma participação duradoura de um ente residente, em uma economia, em uma empresa residente em outra economia (...) a participação duradoura implica a existência de relações a longo termo entre o investidor direto e a empresa e um nível significativo de influência pelo investidor na administração da empresa”,

Adiante serão abordados os Acordos Internacionais de Investimento, fenômeno que passaremos adiante a explicar seu aparecimento e sua estruturação atual.

3.1. Acordos Internacionais de Investimento e Direito Internacional do Investimento

Até o século XIX, o investimento estrangeiro direto tinha a forma de empréstimos por investidores europeus a tomadores em outros Estados europeus⁵⁴. Entretanto, com a evolução das formas de transporte e de comunicação no fim do século XIX, o investimento espalhou-se pelo mundo, tendo por base que apenas os grandes possuidores de capital poderiam subsidiar as grandes indústrias, que, por sua vez, àquela época, passavam por grandes transformações.

3.1.1. Proteção diplomática

Nessa época, a forma clássica de proteção do investidor em territórios estrangeiros era a proteção diplomática. Esta proteção em nada se confunde com a proteção ofertada a diplomatas (ou privilégios do serviço diplomático), nos quais a imunidade diplomática é conferida pelos Estados aos diplomatas, sendo a proteção diplomática menos ampla, abrangendo uma menor amplitude de direitos tutelados, podendo ser definida como⁵⁵:

“A proteção diplomática tem como objetivo substituir por uma pessoa capaz de exercer uma ação internacional (Estado), uma pessoa que carece de tal capacidade e que tenha sofrido um dano (o nacional) ”.

⁵⁴ CNUCED, 1999b.

⁵⁵ VERDUZCO; WITKER. Diccionario de Derecho Internacional. México:UNAM, 2001. p. 282.

O ato em que o Estado assume a reclamação do particular, fazendo-a sua, e dispondo-se a tratar da matéria junto ao Estado autor do ilícito é denominada de “endosso”, sendo duas suas características principais: a) discricionariedade; b) independência.

O endosso é ato discricionário do Estado, ou seja, o Estado tem ampla liberdade de pleitear na seara internacional ou não a reclamação de seu nacional, sendo que a própria Corte Permanente Internacional de Justiça ressaltou isso no caso *Mavromattis Palestine Concessions* que:

“Ao incitar o caso de um de seus sujeitos e ao lançar mãos de uma ação diplomática ou procedimentos internacionais” “judiciais” a seu favor, um Estado está na realidade afirmando seus próprios direitos – seu direito de assegurar, na pessoa de seus sujeitos, o respeito pelas normas de direito internacional”.

Cabe salientar, que o endosso não implica necessariamente alguma forma de solução judiciária da controvérsia, sendo possível que a solução seja feita por uma composição ou outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias. É plenamente possível, ademais, que a proteção diplomática seja oferecida sem a prévia requisição pelo particular, o que permite em inúmeras situações que tomando conhecimento de algum dano ao seu nacional, o diplomata imediatamente atue em favor de um nacional agredido⁵⁶.

Para se valer da proteção diplomática, a reclamação internacional deve se adequar a dois requisitos: (i) nacionalidade efetiva do tutelado; e, (ii) exaustão dos remédios locais.

(a) nacionalidade efetiva do tutelado

No que se refere à nacionalidade efetiva do tutelado, a aferição de uma nacionalidade a uma corporação é algo bastante complexo, especialmente tendo em conta como isso varia de legislação para legislação. Em geral deve haver uma evidência de alguma conexão substancial e efetiva entre a entidade legal e o Estado endossante. Contudo, algumas posições são esposadas, como nas legislações inglesas e norte americanas em que se requer a existência de um substancial interesse de seus nacionais na corporação, o que, em contrapartida, se difere da Itália e da Suíça que confiaram neste critério apenas por acordos estabelecidos, não o

⁵⁶ Vide REZEK. J.F. **Direito Internacional Público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 269.

tornando regra. Outra abordagem do tema é a nacionalidade pela siége social, isto é, o lugar onde funciona o centro dos órgãos administrativos, o centro do controle da corporação. E, por fim, pela teoria da constituição deve se levar em conta o ordenamento jurídico que atribui personalidade à empresa que foi constituída, teoria inclusive adotada pela Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*⁵⁷.

Vejamos os detalhes do caso.

ESTUDO DE CASO 2. CASO BARCELONA TRACTION

A Barcelona Traction, Light and Power Company Limited foi formada em 1911 no Toronto, Canadá. Porém, no período entre guerras, grande parte de suas ações foram adquiridas por acionistas belgas e suas principais atividades foram estabelecidas na Espanha⁵⁸, principalmente na Catalunha, sendo estabelecidas diversas filiais naquele país.

Contudo, uma grande quantidade de títulos, principalmente em esterlinas, foram lançadas pela Companhia, o que após a guerra, em 1936, foi proibido pelas autoridades espanholas, a não ser que certos requisitos fossem preenchidos, até que em 1948, um grupo de espanhóis

⁵⁷ Corte Internacional de Justiça. *Caso Barcelona Traction (Bélgica v. Espanha)*. “Ao alocar empresas em Estados com a finalidade de proteção diplomática, o direito internacional é baseado, mas apenas até um certo momento, sobre uma analogia com as regras com comandam a nacionalidade dos indivíduos. A regra tradicional atribui o direito de proteção diplomática de uma corporação para o Estado sob as leis do qual o mesmo é constituído e em cujo território possui seu escritório oficial. Estes dois critérios têm sido confirmados pela prática e por numerosos instrumentos internacionais. Isto, não obstante, consagra ou ligações distintas são, algumas vezes, requeridas em ordem de que o direito de proteção diplomática possa existir. Certamente, esta tem sido a prática de alguns Estados para outorgar a uma corporação sob sua lei, proteção diplomática apenas quando esta tem sua sede (siége social) ou administração ou centro de controle em seu território, ou quando uma maioria ou uma proporção substancial de suas ações é de propriedade de nacionais do Estado. Apenas nesse caso, tem sido questionado, se existe entre a corporação e o Estado em questão uma ligação genuína como já é comum nos outros campos do direito internacional. Entretanto, na área particular da proteção diplomática das corporações, nenhum teste de ‘ligação genuína’ goza de aceitação geral. Tais testes já aplicados são de natureza relativa, e algumas ligações com um Estado têm influenciado em relação a outros. Tal referência à ligação foi feita no caso *Nottebohm*. De fato, as Partes fizeram referência freqüente a isso no curso do procedimento. Contudo, dados os aspectos jurídicos e factuais da proteção neste caso, a Corte é da opinião que não pode ser feita analogia com as questões discutidas ou da decisão proferida no presente caso. No presente caso, não é controvertido que a companhia foi constituída no Canadá e tem seu escritório oficial naquele país. A constituição da companhia sob a lei do Canadá foi um ato de livre escolha. Não apenas os fundadores buscaram a constituição da companhia sob as leis canadenses, como também permaneceu sob aquele ordenamento por 50 anos. Manteve no Canadá seu escritório oficial, suas contas e seus registros de acionistas. Reuniões da diretoria foram feitas lá por vários anos; é também cadastrada pelas autoridades tributárias do país. Assim, uma ligação próxima e permanente foi estabelecida, fortificada pelo transcurso de mais de meio século. Tal ligação não é de nenhuma forma enfraquecida pelo fato da companhia estar engajada desde seu início a atividades comerciais fora do Canadá, razão objeto do litígio. As ligações da Barcelona Traction com o Canadá são, portanto, múltiplas.”

⁵⁸ ROSENNE, Shabtai. *The World Court*. 5ª ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 195.

requereram a falência da empresa visto o não cumprimento da obrigação anunciada por estes títulos. Desta forma, e com a frustração das negociações diplomáticas, em 23 de Setembro de 1958, a Bélgica instituiu um processo na Corte Internacional de Justiça, em face da Espanha, fundamentando sua jurisdição no Tratado de Conciliação, Controvérsias Judiciais e Arbitragem estabelecido pelos dois países em 19 de Julho de 1927.

Desta maneira, o Governo Belga em seu pedido à Corte Internacional de Justiça reivindicou que⁵⁹: (i) os direitos da Companhia foram seriamente ignorados no curso da falência; (ii) as decisões da Corte espanhola foram viciadas por erros na aplicação da lei e por arbitrariedade ou discriminação, o que resultou em uma denegação de justiça; (iii) a proteção diplomática requerida pelo Estado belga era a única forma de proteger os direitos; e ressalta-se (iv) que durante o processo de liquidação, medidas vexatórias foram praticadas pelo Governo espanhol, chegando até mesmo a designação do patrimônio a um grupo espanhol⁶⁰.

Frustradas as negociações, a Espanha arguiu sobre quatro objeções preliminares, contestando a jurisdição da Corte Internacional de Justiça, já que: (i) o reinício do procedimento é contrário ao espírito do Tratado, ao qual a Bélgica se reportou quando invocou a jurisdição para a Corte; (ii) jurisdição original, que se referia à CPJI, foi interrompida entre 1945 e 1955, quando a Espanha não era membro da ONU; (iii) a Bélgica não tinha capacidade de esposar as reivindicações de seus nacionais, desde que possuíam nacionalidade distinta da Companhia; (iv) a pretensão belga não era admissível, dada a falha da companhia em exaurir os remédios locais.

A primeira objeção foi rejeitada, pois apesar do governo espanhol alegar que não havia nenhum direito subjetivo do autor, a partir do momento em que houve a interrupção do procedimento. Contudo, a interrupção deveu-se a tentativa do Autor de solver o problema por outra via. E nada caracteriza o impedimento de refazer o pedido, ou melhor da impossibilidade de se pleitear qualquer defesa adiante. Ademais, não havia confrontado o Tratado estabelecido entre os dois países, visto que ainda existia o direito de pleitear a reparação.

⁵⁹ UNCTAD: 2003.

⁶⁰ ROSENNE, Shabtai. **The World Court**. 5ª ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 195.

A segunda objeção tratava da invalidade do julgamento perante àquela Corte, quando o Tratado firmado entre as Partes, que dispunha a cláusula compromissária de jurisdição, se referia à antiga Corte Permanente de Justiça Internacional. A última Corte remete necessariamente a primeira, de forma que a referida cláusula permaneceu inoperante durante alguns anos, e voltou a vigor, quando da criação da Corte Internacional de Justiça.

A Corte, desta forma, em seu julgamento preliminar de 24 de Julho de 1964 rejeitou a Primeira Objeção por 12 votos contra 4, e a segunda por 10 votos contra 6. A terceira e quarta objeções foram juntadas aos méritos por 9 votos contra 7 e 10 votos contra 6 respectivamente⁶¹.

E, por fim, na segunda fase do julgamento ocorrida em 5 de fevereiro de 1970, a Corte estabeleceu diretrizes principais para fundamentar sua decisão:

Primeiro, que há uma importante diferença entre a obrigação advinda da proteção diplomática e a obrigação advinda de uma quebra de uma obrigação “*erga omnes*”. Isso ocorre, pois quando um Estado admite em seu território investimentos estrangeiros, tanto pessoas jurídicas como pessoas físicas, sobre os mesmos deve ser estendida a proteção da lei e assume obrigações concernentes ao tratamento que lhes deve ser concedido. Tais obrigações, no entanto, não são nem absolutas nem inadequadas. Em particular, uma distinção essencial deve ser estabelecida entre obrigações de um Estado em relação à comunidade internacional como um todo e aquelas advindas com relação a outro Estado no campo da proteção diplomática⁶².

Para explicar as obrigações *erga omnes*, a Corte afirmou: tais obrigações derivam, por exemplo, de atos de agressão fora da lei, e do genocídio, bem como dos princípios e regras que concernem aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção da escravidão e discriminação racial. Alguns destes direitos de proteção já fazem parte do corpo do direito internacional geral⁶³; outros são conferidos pelos instrumentos internacionais de caráter universal ou quasi-universal.

⁶¹ <http://www.icj-cij.org/icjwww/iddecisions/ism summaries/ilgsummary531118.htm> e <http://www.icj-cij.org/icjwww/iddecisions/ism summaries/ilgsummary550406.htm>.

⁶² ICJ Reports (1970), par. 33

⁶³ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 23

Continuando, a Corte discutiu a questão principal que é sem dúvida, pelo menos no que se discute a solução do presente caso, a nacionalidade da empresa. Não se pode confundir a nacionalidade da empresa com a nacionalidade de seus acionistas.

De forma que, independentemente da quantia de ações⁶⁴ que possuam os acionistas de um país, não nasce de forma inequívoca o direito de proteção diplomática. Para isso, deve-se transpor dois requisitos fundamentais. O direito interno deve ter sido percorrido e de forma arbitrária ser desidioso no julgamento da lide. E segundo, que a primeira pessoa legitimada não obtenha sucesso no pleito internacional.

No caso em tela, nenhuma das duas instâncias foram comprovadamente exauridas. Primeiro que em relação ao recurso interno não foi comprovada devidamente que todos, ou ao menos, boa parte chegou à última instância de julgamento e obteve uma sentença transitada em julgado.

Já, em relação à segunda, a questão resta bastante complicada, mas é aqui que a Corte se baseará ao prolatar sua decisão final. A empresa tinha sua “*siège social*” no Canadá, onde inclusive por muitos anos administrou a empresa, e onde mantinha relações diplomáticas com o estado da Espanha. Até mesmo o governo belga admitiu durante o procedimento que a sede da empresa se situava no Canadá. Assim, quem tinha a legitimidade para reivindicar a reparação era o governo canadense. Apesar da influência do mercado espanhol para a sobrevivência da empresa, visto que com a falência na Espanha a empresa praticamente encerrou suas atividades, sendo a desvalorização das suas ações quase total, a *siège social* era, todavia, no Canadá.

Outrossim, caso a teoria do reconhecimento da proteção diplomática de acionistas fosse aceita seria criada uma atmosfera de insegurança nas relações econômicas internacionais, dado que o perigo seria ainda maior já que as companhias que atuam no mundo inteiro costumam mudar de mãos rapidamente sendo bastante instável uma situação como esta⁶⁵.

⁶⁴ Barcelona Traction Case, ICJ Reports (1970), par. 94.

⁶⁵ Barcelona Traction Case, ICJ Reports (1970), par. 96.

Dessa maneira, em apertada síntese podemos resumir a decisão da Corte em três pontos principais:

- Para que um Estado faça um pedido concernente ao tratamento de investimentos estrangeiros, o Estado deve estabelecer seu direito para fazê-lo. No caso, apenas a companhia poderia agir a respeito das questões que infringiram seus direitos;
- Dado que a Companhia era canadense, apenas o Canadá poderia exercer a proteção diplomática;
- Reconhecendo a capacidade de exercer a proteção diplomática de acionistas seria aberta a porta para pedidos concorrentes de diferentes Estados, o que poderia criar uma atmosfera de insegurança nas relações econômicas internacionais.

Ian Brownlie ao discutir a decisão da Corte critica a recusa do princípio da ligação genuína para se aferir a nacionalidade com base nos seguintes argumentos:

“(...) a autoridade desta opinião [*solução dada ao caso Barcelona Traction*] é reduzida por três circunstâncias. Primeiro, pois nem a Bélgica nem a Espanha contestaram a natureza canadense da Companhia Barcelona Traction, assim a referência à questão da “ligação genuína” foi totalmente fora de contexto. Segundo, a Corte, de fato, julgou o pedido com relação às múltiplas ligações da Companhia com o Canadá. Terceiro, porque há um considerável corpo de opinião tanto na Corte, como em outros lugares a favor da aplicação do princípio Nottebohm para a proteção diplomática em favor das companhias limitadas”.

(b) exaustão dos remédios locais

Como decorrência do princípio da soberania dos povos, o princípio da exaustão dos remédios locais permite a utilização da proteção diplomática, apenas quando houver manifesta impossibilidade de fazê-lo no direito interno.

Desde Vattel em 1758 já se defendia a idéia de que qualquer ofensa a um nacional de um Estado é uma ofensa indireta ao próprio Estado. A idéia foi defendida também no século XIX, por meio de Halleck, Phillimore, Wheaton, F. de Martens, Brentano e Sorel e Heffer, e no século XX, por Fauchille, Oppenheim e Holland⁶⁶.

⁶⁶ Os autores referidos e seus respectivos posicionamentos foram resultado de pesquisa empreendida pelo Professor TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 112-4.

Assim, tanto a Corte Permanente de Justiça Internacional quanto a Corte Internacional de Justiça adotaram tal doutrina, adotando o esgotamento dos recursos internos como princípio de direito internacional consuetudinário e um pré-requisito para a proteção diplomática, como ficou demonstrado no caso *Interhandel* de 1959.

Como se pode perceber, o esgotamento dos recursos internos já representa uma desvantagem do instituto da proteção diplomática, além disso, como vimos a proteção diplomática é instituto discricionário do Estado, restando ao seu alvitre efetivar a proteção dos interesses do particular ou não. A proteção diplomática é especialmente difícil de ser aplicada especialmente quando se considera as tensões nas relações entre os Estados que o uma reclamação internacional pode gerar⁶⁷.

Outras formas de solução de controvérsias em âmbito de direito internacional foram requeridas pelos particulares.

Veremos.

3.1.2. Negociações e tendências do Direito Internacional do Investimento e a proposição de uma arbitragem internacional entre investidor e Estado receptor do investimento

O investimento estrangeiro tem sido objeto de proteção em âmbito internacional há muito tempo. Inicialmente, foram celebrados Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (conhecidos pela sigla em inglês de *Friendship, Commerce and Navigation Treaties* – FCN), por meio dos quais, os Estados pactuavam um tratamento mínimo e uma série de garantias aos fluxos de capital, bens e serviços entre as Partes do Tratado.

Já com a independência dos EUA, em 1778 Benjamim Franklin negociou um Tratado FCN com a França estabeleceu que o comércio entre os países se daria com base no padrão da nação mais favorecida. Assim, até meados dos anos 1960, os EUA celebraram diversos Tratados FCN, assegurando também mútuas garantias contra discriminação, troca de consultas, e dever das partes com relação ao comércio neutro em tempos de guerra⁶⁸.

⁶⁷ SCHREUER, Christoph. The dynamic evolution of the ICSID System. mimeo: 2006. p. 2.

⁶⁸ VANDEVELDE, Kenneth J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. Cornell International Law Journal. Vol. 21. 1988. p. 203.

Tais tratados regulavam obrigações gerais para proteger o patrimônio dos nacionais de outra Parte, contando com cláusulas sobre expropriação de ativos⁶⁹ e repatriação de ativos. De fato, o que mais aproxima esses Tratados dos modernos Acordos de Investimento são os padrões de tratamento adotados como o então chamado “proteção especial” e “proteção perfeita e total”, e que durante os anos 1920 e 1930 passou a ser chamado de “proteção e segurança mais constante” e a proteção “requerida pelo direito internacional”⁷⁰.

O foro para julgamentos com base nas cláusulas de Tratados FCN, normalmente era a própria Corte Internacional de Justiça, valendo-se o particular da proteção diplomática, como ocorreu no caso ELSI⁷¹.

Apesar da relevância da prática dos Tratados FCN, não serão suficientes para prover a segurança buscada pelos investidores. Sua importância foi esvaziada com a edição do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (conhecido pela sigla em inglês General Agreement on Trade and Tariffs - GATT), pelo qual era previsto o padrão de nação mais favorecida em âmbito multilateral.

Assim, em 1959, uma nova etapa é inaugurada com a celebração do primeiro Tratado Bilateral de Investimento (TBI) entre a Alemanha Ocidental e o Paquistão⁷². Os TBI's são celebrados entre dois países, com base na reciprocidade, a fim de definir de comum acordo, os princípios e regras de tratamento e proteção que regerão os investimentos estrangeiros realizados entre os nacionais de um Estado em outro, cabendo-lhe se assim determinar o Acordo a possibilidade de eleição da arbitragem, inclusive naquele especificamente dedicado para julgamentos deste tema⁷³.

⁶⁹ Por esses Tratados já se garantia indenização imediata, efetiva e justa sobre os ativos expropriados.

⁷⁰ VANDEVELDE, Kenneth J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. Cornell International Law Journal. Vol. 21. 1988. p. 204-5.

⁷¹ Nesse caso, os Estados Unidos requereram compensação perante a Corte Internacional de Justiça pela violação das obrigações internacionais do Tratado FCN de 2 de fevereiro de 1948. O Governo da Itália requisitou a fábrica e ativos relacionados da Raytheon-Elsi, conhecida como Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), uma empresa italiana totalmente controlada por duas empresas norte-americanas Raytheon e Machlett.

⁷² Vide SALACUSE, Jeswald W. BIT by BIT: the growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on Foreign Investment in Developing Countries. The international lawyer. Vol. 24. 1990. p. 655; ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. Tulsa Journal of Comparative & International Law. Vol. 6. Primavera de 1999. p. 197; e, KELLEY, LawGlen. Multilateral Investment Treaties: a balanced approach to multinational corporations. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 39. 2001. p. 488.

⁷³ CARREAU, D.; JUILLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 26 e 410.

Além disso, os TBI's prevêm, dentre outras coisas cláusulas como de nação mais favorecida; expropriação e nacionalização do investimento; transferência de capital, requisitos de desempenho e soluções de controvérsias⁷⁴.

Assim, com a crescente necessidade de segurança e proteção do investimento estrangeiro, os TBI's foram cada vez mais adotados, considerando que em 1989 mais de 300 tinham sido celebrados e atualmente o número já superou a casa dos 2.400 acordos celebrados, dos quais 1.700 ratificados⁷⁵.

Uma das razões para se aderir aos TBI's é a previsão de uma solução de controvérsias em âmbito internacional específica no tema de investimentos estrangeiros, que pode ser diretamente entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor⁷⁶.

A criação desse órgão iniciou-se com o debate lembrado por KLEINHEISTERKAMP pelo qual, em meados do século passado, uma internacionalização da defesa dos interesses dos investidores, momento em que ARON BROCHES, o *General Counsel* do Banco Mundial em 1961, formulou o teorema que fundamentou a elaboração do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)⁷⁷:

“desenvolvimento econômico precisa de investimentos internacionais; investimentos internacionais precisam de segurança jurídica; segurança jurídica (em países menos desenvolvidos) é garantida por arbitragem internacional – então: o desenvolvimento econômico nos países pobres será promovido por um sistema de arbitragem entre investidores e Estados receptores”.

Celebrou-se, portanto, a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de Washington em 18 de março

⁷⁴ ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. Tulsa Journal of Comparative & International Law. Vol. 6. Primavera de 1999. p. 198.

⁷⁵ COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina Costa; e, ANDRADE, Thiago Pedroso de. Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros? In: Revista Direito GV. Vol. 3. ano 2. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, Novembro de 2007, p. 59-75.

⁷⁶ WALDE, Thomas. Nouveaux horizons pour le droit des investissements. Paris: A. Pedone. 2004. p. 59-60.

⁷⁷ KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa; DI SENA JR, Roberto (org.). Comércio Internacional e Desenvolvimento – uma perspectiva brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159.

de 1965. Tal Convenção instituiu o ICSID⁷⁸, vigente desde trinta dias após o depósito do 20º instrumento de ratificação, ou seja, no dia 14 de outubro de 1966⁷⁹.

A celebração dessa Convenção proporcionará a formação do que se costuma chamar atualmente de Direito Internacional do Investimento. Isso ocorreu, porque embora já houvesse o aparecimento de um Direito aplicável, e inclusive a formação de cortes de arbitragem para o julgamento dos primeiros casos, a instabilidade jurídica era evidente naquele período.

Confirmada a jurisdição especializada para tratar dos investimentos estrangeiros, e com a crescente adesão aos TBI's, passou-se ao movimento pela formação de um Acordo Multilateral específico sobre temas de investimento estrangeiro.

A primeira tentativa para a formação de um Acordo Internacional para tratar dos interesses dos investidores estrangeiros ocorreu em 1929, com o “Acordo Quadro sobre o Tratamentos dos Estrangeiros”. Embora contivesse cláusulas contendo diversas garantias ao investidor ainda se fundamentava na proteção diplomática como forma de solução das controvérsias dele advindas, tendo sido abandonada especialmente em razão da amplitude do tratamento nacional franqueado aos investidores⁸⁰.

Após a 2ª Guerra, buscou-se um acordo por meio da Carta de Havana negociada em 1947, que ao tratar do comércio internacional e da formação da Organização Internacional do Comércio não foi adotada em razão do abandono norte-americano. Em relação aos investimentos, o desacordo ocorreu em razão da falta de consenso dos interesses de países em desenvolvimento em aprofundar o controle sobre os investimentos, sem que se formasse um regime multilateral consistente, mas tão-somente diretrizes gerais sobre o tema⁸¹.

Conforme já explicado, após a 2ª Grande Guerra, boa parte dos países em desenvolvimento passou por uma constante tensão entre nacionalizações e privatizações. Especialmente nos anos 1960 e 1970, o mundo vivenciou uma forte onda de nacionalizações causando um clima

⁷⁸ SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. n. 14. Baltimore: John Hopkins University, 1.999. p. 299-361.

⁷⁹ Respeitou-se o artigo 68.2 da Convenção assim que foi realizado o depósito pela Holanda.

⁸⁰ HARTEN, Gus Van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press. 2007, p. 19.

⁸¹ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 404-7.

desfavorável ao investimento estrangeiro, prejudicando especialmente os países exportadores de capital⁸².

Assim, em 1959 foi idealizada a Convenção Quadro sobre Investimentos Estrangeiros de Abs-Shawcross. Vista como a Carta das ETN's, a Convenção Abs-Shawcross dispunha-se a tornar o mercado mais livre possível, incluindo para isso padrões liberais para proteger o investimento incluindo garantias de liberdade econômica para os estrangeiros e uma ampla definição sobre desapropriação.

Desprezada algumas outras tentativas⁸³, será na negociação da Rodada Uruguaí para discussão do GATT, que a formação da Organização Mundial do Comércio (OMC) incrementou a regulação sobre o investimento em termos multilaterais em três dos acordos negociados naquela oportunidade.

O Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (General Agreement on Trade in Services - GATS) cobre várias modalidades de serviços. Pela modalidade 3, de presença comercial, pode-se dizer que se trata de investimento estrangeiro, sendo definida como qualquer tipo de estabelecimento, incluindo a constituição, aquisição e manutenção de uma pessoa jurídica, ou pela criação ou manutenção de uma divisão ou representante com o propósito de prestar um serviço.

O GATS prevê diversos direitos para o investidor como a transparência, notificação, padrão de nação mais favorecida, acesso ao mercado, subsídios e restrições ao câmbio.

O segundo acordo são as Medidas de Comércio Relacionadas ao Investimento (Trade Related Measures on Investment – TRIMs). Por este Acordo, ficam condicionadas as medidas de um país relacionadas ao investimento que possam afetar o comércio naquele país. Apesar de bastante restrito, o TRIMs estabelece os padrões de notificação, transparência e tratamento nacional.

⁸² CARREAU, D.; JUILLARD, P. *Droit International Économique*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 409.

⁸³ Diga-se aqui principalmente a negociação dos Códigos de Conduta da OCDE e as Diretrizes para Empresas Multinacionais. Vide TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. 2ª ed. Londres: Routledge, 1999, p. 355-7; e, CARREAU, D.; JUILLARD, P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 416-7.

Por fim, o TRIPS regula a transferência e tecnologia, tão importante para as ETN's poderem atuar em territórios estrangeiros.

Ainda que de maneira bastante genérica e sobre casos específicos, os Acordos envolvidos nas negociações da Organização Mundial do Comércio têm como função pontuar importantes questões acerca do investimento estrangeiro direto quando envolvem o comércio internacional.

Porém, dentre as tentativas para a implantação de um acordo multilateral para investimentos estrangeiro, a negociação mais festejada foi a do Acordo Multilateral sobre Investimentos (Multilateral Agreement on Investment – MAI).

Desenvolvida no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ou seja, principalmente entre os países exportadores de capital, o MAI fundamentava-se na garantia de não-discriminação do investimento realizado pelo estrangeiro, privilegiando os padrões de tratamento da nação mais favorecida e de tratamento nacional.

Embora alguns pontos tenham permanecido sem uma definição, a última versão da negociação publicada em Dezembro de 1998, continha o texto provavelmente mais liberal jamais negociado até hoje, estando na grande maioria dos pontos um pouco a frente do já negociado no NAFTA, por exemplo.

No caso da expropriação, o termo era o mais amplo possível, incluindo-se “todas as medidas adotadas por um Estado tendentes a direta ou indiretamente ter o efeito de privar o investidor de seu investimento”. Pode-se dizer que medidas meramente regulatórias preencheriam a definição, tornando o Estado bastante engessado para exercer qualquer alteração em sua política de governo.

Trebilcock e Howse citam Tony Clarke e Maude Barlow para explicar o fim do projeto do MAI e quais foram as razões para tanto:

“Nós não queremos deixar a impressão de que rejeitamos a idéia de um tratado global sobre investimento. Nós estamos conscientes que os fluxos de

investimento transnacional vem acelerando a um rápido passo e que persiste a necessidade de se estabelecer algumas regras globais. Porém, uma premissa básica sobre as quais as versões preliminares se fundamentaram é, em nossa visão, inválida e tendenciosa. Foram incrementados os poderes e direitos das corporações transnacionais sem que fossem impostos quaisquer obrigações correspondentes. Ao invés disso, o tratado quadro impõe severas obrigações sobre os ombros dos governos... Enquanto isso, o MAI nada diz a respeito das regras que as corporações multinacionais devem se ater com relação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos cidadãos.⁸⁴

Assim, embora o documento não tenha sido assinado e tenha entrado em vigor, é importante hoje para se discutir os limites dos interesses liberais no setor de promoção e proteção dos investimentos.

A política atual de promoção do investimento tem se restringido a poucos acordos regionais, como o NAFTA, mas em sua maior parte com fundamento na pressão bilateral em acordos específicos de acordo com os dois países envolvidos e o poder de negociação que lhes seja possível.

A implantação desse fenômeno internacionalizante da defesa dos interesses dos investidores, tem sido protagonizada pelos países exportadores de capital que preferem fazê-lo casuisticamente, firmando tratados bilaterais em razão de seu alto poder de negociação causando a formação de uma extensa rede de Acordos Bilaterais de Investimento, que positivam vários desses princípios.

3.2. Definição do Investimento Estrangeiro Direto nos Acordos Internacionais de Investimento

Não há como se negar a afirmação, no entanto, que a definição de IED é assunto controverso na seara internacional⁸⁵. Nas tratativas para a Convenção de Washington que instituiu o ICSID, várias definições foram elaborados, sempre tentando diferenciar o investimento direto do investimento de portfólio, sem porém retirar a abrangência de proteção que se buscava conferir:

⁸⁴ TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. 2ª ed. Londres: Routledge, 1999, p. 363.

⁸⁵ ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. *Tulsa Journal of Comparative & International Law*. Vol. 6. Primavera de 1999. p. 197; e, SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. n. 14. Baltimore: John Hopkins University, 1.999. p. 299-361.

Investimento significa qualquer contribuição de dinheiro ou outros ativos de valor econômico por um período indefinido ou, se definido, não menos do que cinco anos⁸⁶

Ou ainda:

O termo investimento significa a aquisição de (i) direitos contratuais ou de propriedade (incluindo aqueles sob concessão) para o estabelecimento ou condução de uma atividade industrial, comercial, agrícola, financeira ou de serviços; (ii) participações ou ações em qualquer empresa; ou (iii) obrigações financeiras de uma entidade pública ou privada que não sejam provindas de facilidades bancárias ou de crédito a curto prazo⁸⁷

No entanto, não foi adotada nenhuma definição pela Convenção, pois Aron Broches se opunha a uma definição final de investimento⁸⁸, preferindo que isso fosse feito casuisticamente⁸⁹. Desta forma, a definição normalmente é feita de modo que beneficie os interesses dos países que pactuam o acordo sobre investimento⁹⁰, sendo as diferenças entre estes acordos normalmente estabelecidas em 3 âmbitos: quanto à cobertura geográfica, à aplicação no tempo, e, a delimitação da matéria no acordo (CNUCED, 1999b).

Há diversas razões para não se adotar um modelo único de definição de “investimento”. Alguns acordos não definem o termo, permitindo às partes resolver o alcance do termo no caso concreto tendo em conta as regras operativas do acordo discutido. Além disso, certos países ressentem-se de circunstâncias específicas próprias, adotando políticas de investimento distintas, o que refletirá em variações significativas nas definições de “investimento” encontradas em acordos sobre investimento.

⁸⁶ Tradução livre do original em inglês: “Investment means any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years.”

⁸⁷ Também do original em inglês: “The term *investment* means the acquisition of (i) property or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; (ii) participations or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities.”

⁸⁸ SCHREUER, Christoph. Commentary on the ICSID Convention: Article 25. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. s/n. Baltimore: John Hopkins University. s/d.

⁸⁹ SCHREUER, s/d, p. 358.

⁹⁰ Costuma-se afirmar que a importância da amplitude da definição investimento no respectivo acordo implica para o país receptor: limitação da soberania nacional; análise da relação entre o Acordo de investimento e suas regras materiais; dificuldade de uma identificação prévia de investimentos/investidores; o aumento da atratividade de investimentos; impacto sobre estratégias de desenvolvimento. Já para o investidor estrangeiro: a escolha da forma na qual o investimento se travestirá; o aumento do número de investidores; e, a amplitude do tratado que será delimitado por essa definição (CNUCED, 1999b).

3.2.1. Modalidades de definição de investimento estrangeiro

Costuma-se definir “investimento”, por três formas. Pela primeira, analisa-se o movimento internacional de capitais e recursos, tendo como elemento definidor o controle do investidor sobre a empresa. Uma definição clássica, aplicando-se essa metodologia, é aquela encontrada no Anexo A do Código da OCDE sobre Liberalização de Movimentos de Capitais.

“Investimentos feitos com o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras com uma empresa, tal como, em particular, os investimentos que oferecem a possibilidade de se exercer uma influência efetiva na administração da referida empresa:

A. No país em questão e por não residentes pelas formas de:

1. Criação ou ampliação de uma empresa, uma filial, ou uma sucursal, que lhe pertença exclusivamente, ou a aquisição integral de uma empresa existente;
2. Participação em uma empresa nova ou já existente;
3. Um empréstimo de cinco anos ou mais.

B. No exterior por residentes pelas formas de:

1. Criação ou ampliação de uma empresa, uma filial, ou uma sucursal, que lhe pertença exclusivamente, ou a aquisição integral de uma empresa existente;
2. Participação em uma empresa nova ou já existente;
3. Um empréstimo de cinco anos ou mais.”

Uma segunda forma, é aquela baseada no empreendimento econômico ou nas participações de controle ou em um empreendimento econômico, como é o exemplo do Acordo sobre Livre Comércio entre Canadá e Estados Unidos. O Acordo define investimento incluindo o estabelecimento ou aquisição de um empreendimento negocial, assim como uma participação em um empreendimento negocial que propicia ao investidor controle sobre a empresa.

Porém, a forma mais utilizada nos Acordos de Investimento recentes, é a que se relaciona com os Acordos produzidos para a proteção do investimento estrangeiro, sendo nesse caso, bastante amplas não envolvendo o capital estrangeiro apenas, mas também direitos de propriedade, incluindo até mesmo empréstimo e investimentos de portfolio, e direitos contratuais.

De acordo com a definição ampla adotada, por exemplo, pelo Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos da ANSEA⁹¹, é previsto que investimento inclui “todo tipo de ativo”,

⁹¹ Antes conhecido como Acordo para a Promoção e Proteção de Investimentos entre os Governos de Brunei Darussalam, República Indonésia, Malásia, República das Filipinas, República de Singapura e Reino da

abrangendo tudo que possua valor econômico. Por este Acordo, notam-se cinco categorias de investimento expressamente incluídas na definição de “investimento”, cujo rol, apesar de meramente exemplificativo, tem contornos bastante didáticos:

“O termo ‘investimento’ deve significar todo tipo de ativo e, em particular, deve incluir, embora não exclusivamente:

- a) propriedade móvel e imóvel e qualquer outro direito real, como, hipoteca, penhor e outras garantias reais;
- b) quotas, ações e debêntures de companhias, ou participações na propriedade de tais companhias;
- c) Créditos monetários ou qualquer outro crédito contratual que possua valor financeiro;
- d) Direitos de propriedade intelectual e outros ativos intangíveis;
- e) concessões comerciais conferida por lei ou contrato, incluindo concessões para prospecção, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.”⁹²

Na primeira categoria de ativos tratados como investimento, encontram-se as propriedades móveis e imóveis, incluindo até mesmo direitos reais sobre apenas algumas faculdades da propriedade como os direitos de propriedade sobre hipotecas, penhores e outras garantias reais.

Referência à ampla proteção conferida por referidos acordos é clara no sentido em que se tutela a proteção não somente por aquelas participações societárias que implique controle sobre as empresas. Ampliada desse modo a proteção, pode-se verificar inclusive que a definição ampla de investimento tutela debêntures, atingindo todo investimento de portfolio e até mesmo os comentados títulos de dívida pública (“bonds”)⁹³.

De acordo com a terceira categoria, os ativos definidos como “investimento” abrangem também créditos monetários e direitos contratuais. Assim, não se fez distinção entre comércio e investimento em serviços, protegendo por isso, acordos profissionais, até mesmo aqueles prestados em regime de “cost sharing”. Como veremos o debate acerca do “treaty claim” e “contract claim”, por essa definição ampla de investimento, qualquer cumprimento de

Tailândia e a partir de 1996 com a revisão do acordo é chamado de Acordo para a Promoção e Proteção de Investimentos da ANSEA.

⁹² Artigo 1(3) do Acordo para a Promoção e Proteção de Investimento da ANSEA.

⁹³ O Tratado para o Estabelecimento do Mercado Comum para a África Oriental e Meridional, no artigo 159.2 (c), define “investimento” de forma a incluir “ações, títulos, debêntures, garantias ou outros instrumentos financeiros de uma companhia ou uma firma, governo ou outra autoridade pública ou organização internacional”.

contrato em um país receptor por um ente estrangeiro seria tutelada, restando a dúvida se uma distinção precisaria ser feita entre contrato para a venda de bens e serviços em outros territórios e aqueles que envolvam o investimento direto em outro país.

Pela quarta categoria, os direitos de propriedade intelectual também são objeto de investimento. Ou seja, não apenas os direitos tangíveis, mas aqueles intangíveis são objeto de proteção desses acordos como marcas registradas, segredos comerciais, patentes, direitos autorais, podendo abranger inclusive informações confidenciais da empresa como *know how*.

A última categoria refere-se às concessões estatais, abrangendo as clássicas situações decorrentes dos contratos de petróleo e gás. Outro exemplo de proteção sobre a mesma modalidade de ativos é aquela encontrada no artigo 1º (6) (f) do Tratado da Carta de Energia, pelo qual “investimento” é “qualquer direito conferido por lei ou contrato ou em virtude de qualquer licença e permissões concedida conforme a lei para empreender qualquer Atividade Econômica no Setor Energético”.

Pela abrangência do termo “investimento” como disposto nestes Acordos Internacionais, não se confunde o termo com a forma econômica a ele empregada como “capital”. Trata-se de definição jurídica, aproximando-se de outros contextos não abrangidos pela definição econômica clássica, não se podendo restringir o investimento em casos como aqueles previstos no artigo 1.4 do Acordo sobre Promoção, Proteção e Garantia de Investimentos Entre Estados Membros da Organização da Conferência Islâmica em que “capital” consiste em “todos os ativos (incluindo tudo que pode ser avaliado em termos monetários) adquirido por uma parte contratante desse Acordo ou por seus nacionais, seja uma pessoa natural ou jurídica, e situada nos territórios de outra parte contratante, tanto tendo sido transferidos quanto obtidos nele, e se forem móveis, imóveis, em dinheiro, em espécie, tangíveis, como também tudo referente a esses capitais e investimentos pela forma de direitos ou pretensões, e deve incluir os lucros líquidos resultantes de tais ativos e as cotas não divididas e direitos intangíveis”.

3.2.2. Limitações à definição ampla de investimentos

Tem sido adotadas diversas formas de limitações para as amplas definições de “investimento”. A primeira guarda relação com o investimento em **conformidade com o direito do país receptor**.

Assim, alguns acordos de investimento especificam que apenas são tratados como investimento aqueles feitos de acordo com as normas do país receptor, como, por exemplo, restringiu o TBI modelo usado pela República Popular da China, que no seu artigo 1.1 prevê que:

“(o) termo ‘investimento’ significa todo tipo de ativo investido pelos investidores de uma Parte Contratante em conformidade com as normas e regulamentações da outra Parte Contratante no território da Última”.

Uma alternativa também adotada é tratar como investimento apenas aquele expressamente consentido pelas normas e regulamentações do país receptor ou expressamente aprovado pelas autoridades do país receptor, como prevê o artigo II (1) do Acordo para a Promoção e Proteção de Investimentos da ANSEA⁹⁴:

“(e)sse Acordo deve ser aplicado apenas aos investimentos trazidos de, derivados ou diretamente relacionados com investimentos trazidos ao território de qualquer Parte Contratante por nacionais ou companhias de qualquer outra Parte Contratante, e que são especificamente aprovados por escrito e registrados pelo país receptor e sob tais condições consideradas apropriadas aos fins desse Acordo”.

Uma segunda limitação na definição de “investimento” é a **limitação** da abrangência do Acordo a uma certa **data ou lapso temporal**, como ocorre no TBI entre Alemanha e Sri Lanka por seu artigo 9: “(o) presente Tratado deve ser aplicado a todos os investimentos feitos em ou após 8 de Novembro, de 1963, por nacionais ou companhias de ambas as Partes Contratantes, no território da outra Parte Contratante, de acordo com a legislação da última”. Porém, de um modo geral, os Acordos não fazem tal restrição sob a perspectiva de criar um clima favorável à recepção de investimentos de maneira incondicional⁹⁵.

⁹⁴ Outros exemplos desse tipo de previsão convencional são encontrados nos seguintes Acordos: artigo 9 do TBI entre Egito e Alemanha; artigo 15.6 da Convenção para o Estabelecimento da Corporação Inter-Arábe sobre Garantia de Investimento; e, artigo 12 da Convenção para o Estabelecimento da Agência Multilateral sobre Garantias de Investimento.

⁹⁵ Vide por exemplo o artigo 6 do TBI entre Estônia e Suíça prevê que “(o) presente Acordo também se aplica a investimentos no território de uma Parte Contratante, feito de acordo com suas normas e regulações, por investidores da outra Parte Contratante antes da entrada em vigor desse Acordo”

Alguns Acordos limitam sua abrangência de acordo com a natureza do investimento, ou seja, certos tipos de investimento são expressamente excluídos ou apenas alguns são incluídos como, por exemplo, aqueles que especificam apenas a IED e não ao portfólio.

“Investimento” refere-se “a todos os investimento em companhias feitos no propósito de estabelecer relações econômicas duradouras entre o investidor e a companhia, e oferecendo ao investidor a possibilidade de exercer influência significativa na administração da companhia envolvida”. Artigo 1 (1) (b) do TBI entre Dinamarca e Polônia

Não são todos os Acordos que excluem os investimentos de portfólio como já havíamos comentado, indiscutível, no entanto, a clara preferência por investimentos de longo prazo.

Uma outra forma de restrição quanto ao tipo de investimento, é feita pelo Acordo de Livre Comércio Norte Americano (NAFTA) que exclui títulos de dívida públicas ou empréstimos feitos por empresas estatais, além dos chamados contratos comerciais ordinários⁹⁶.

Limitações também são feitas **quanto ao montante do investimento**, desse modo o artigo 15 do Código sobre Investimento Comunitário da Comunidade Econômica dos Países dos Grandes Lagos determina que, para os fins de inclusão em certas provisões do código, “(o) volume mínimo de investimentos é a quantia de um milhão de dólares norte-americano ou o equivalente”.

⁹⁶ Vide artigo 1139 do NAFTA: “Investimento significa: (a) um empresa; (b) participações em uma empresa; (c) um título de dívida de uma empresa; (i) quando a empresa é uma afiliada do investidor, ou (ii) quando o vencimento original do título de dívida é ao menos de três anos, mas não inclui o título de dívida , independentemente do vencimento original, de uma empresa do Estado; (d) um empréstimo a uma empresa; (i) quando a empresa é uma afiliada do investidor, ou (ii) quando o vencimento original do título de dívida é ao menos de três anos, mas não inclui o título de dívida , independentemente do vencimento original, de uma empresa do Estado; (e) uma participação em uma empresa que autoriza o proprietário a dividir rendimentos e ganhos da empresa; (f) uma participação em uma empresa que autoriza o proprietário a dividir os ativos daquela empresa em dissolução, diferentemente um título de dívida ou um empréstimo excluído do sub-parágrafo (c) ou (d); (g) bens reais ou outra propriedade, tangível ou intangível, adquirida na expectativa ou utilizada com fins lucrativos ou outros fins de negócios; e (h) participações resultantes da utilização de capital ou outros recursos no território de uma Parte para atividade econômica nesse território, assim como descrito abaixo (i) contratos envolvendo a presença da propriedade de um investidor no território de uma Parte, incluindo contratos turnkey ou contratos de construção, ou concessões, ou (ii) contratos nos quais a remuneração depende substancialmente da produção, rendimentos ou ganhos de uma empresa; mas investimento não significa, (i) créditos monetários originadas somente de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços por um nacional ou empresa no território de uma Parte para uma empresa no território de outra Parte, ou (ii) a extensão de crédito em conexão com uma transação comercial, como negócio financeiro, diferentemente um empréstimo citado no subparágrafo (d); ou (j) qualquer outra pretensão de dinheiro, que não envolva os tipos de participação estabelecidos nos subparágrafos (a) até (h);”

Por fim, uma última série de limitações dizem respeito ao **setor da economia** em que o investimento será realizado. O artigo 1º da Tratado da Carta de Energia prevê que “investimento” se refere a qualquer investimento associado com o Setor Energético na Atividade Econômica e aos investimentos ou classes de investimentos designados pela Parte Contratante na sua Área como “Projetos de eficácia da Carta” e a estão notificado ao Secretariado”.

Há ainda aqueles Acordos que liberalizam ou promovem fluxos de investimentos internacionais, em que o país receptor pode limitar a abrangência do tratado a certos setores da economia, como no caso de acordos multilaterais, conforme o artigo XIV do ‘Acordo Geral sobre Comércio em Serviços (GATS), que restringe a definição de investimento a compromissos setoriais de acordo com a opção do Estado envolvido.

3.3. Direito Internacional do Investimento: Direito internacional ou direito interno?

Definir se o Direito Internacional do Investimento pode ser chamado de Direito internacional, é relevante para definir com qual modalidade de ordenamento pode ser trabalhado quando suas regras são analisadas.

SCHREUER prefere dizer que o Direito Internacional do Investimento está no limite entre o direito internacional e o direito nacional, uma vez que se vale das fontes de ambos⁹⁷.

No que se refere aos **sujeitos do Direito**, é amplamente aceito que são sujeitos de Direito Internacional Público apenas os Estados e as Organizações Internacionais. No Direito Internacional do Investimento são sujeitos de direitos e obrigações os investidores estrangeiros, ou seja, pessoas jurídicas ou até mesmo físicas.

Não é demais pensar no Direito Internacional, gerando direitos e obrigações perante indivíduos, o que nos causa certa estranheza é que no presente caso, os indivíduos podem se valer diretamente do ordenamento jurídico internacional, como parte, sem que se fundamente no endosso para seu Estado de origem natural da proteção diplomática.

⁹⁷ SCHREUER. Christoph H. The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes. Mimeo.

Exatamente em razão da proteção diplomática e da desconfiança sobre a jurisdição interna de Estados importadores de capital, é que se deu a **origem da arbitragem específica sobre Direito Internacional do Investimento**.

A solução de controvérsias no âmbito jurisdicional interno tem sido alvo de discussões, pois se argumenta que normalmente tais Tribunais não se valem das garantias internacionais comuns, mas sim do próprio ordenamento jurídico interno do Estado demandante.

Já, o instituto da proteção diplomática consiste na proposição de um litígio internacional pelo Estado de origem do investidor internacional, o que exige uma série de esforços na negociação política para que o instituto se efetive.

Veja, no caso, que a substituição dos institutos também contribui para o entendimento de que o Direito Internacional do Investimento tem natureza híbrida, uma vez que o primeiro se trata de instituto do Direito interno, enquanto o segundo se trata de instituto do Direito Internacional Público.

O fundamento para a **jurisdição da arbitragem** de litígios envolvendo o Direito Internacional do Investimento também merece ser analisado. De fato, a jurisdição para uma arbitragem surge como em qualquer modalidade de arbitragem, mediante o expreso consentimento das Partes mediante contrato.

Entretanto, a prática internacional corrente tem adotado outra forma de consentimento como predominante. O consentimento para a arbitragem do ICSID tem sido feita por meio de tratados previamente celebrados, mais especificamente os Tratados Bilaterais de Investimento (TBI), como p.ex. nos casos AMCO vs. Indonésia⁹⁸, CSOB vs. Eslováquia⁹⁹, CMS vs. Argentina¹⁰⁰, dentre outros.

Isso enfrenta um dogma importante da arbitragem comercial clássica consistente no consentimento individualizado para cada controvérsia. Não é da natureza do instituto uma

⁹⁸ Amco vs. Indonésia. Decisão sobre a Jurisdição de 25 de setembro de 1983.

⁹⁹ CSOB vs. Eslováquia. Decisão sobre a Jurisdição de 14 de abril de 1988.

¹⁰⁰ CMS vs. Argentina, Decisão sobre a Jurisdição de 17 de Julho de 2003.

aceitação prévia de forma generalizada para várias arbitragens acerca de pontos completamente distintos.

Outro ponto controverso são os **tipos de controvérsias** provindas de TBIs com cláusulas que definem o âmbito de jurisdição “a qualquer matéria decorrente do investimento” coberto pelo acordo. De fato, surgem lides que não versam somente sobre temas do próprio tratado, mas também de contratos estabelecidos em decorrência do Tratado, cujo âmbito jurisdicional clássico é o direito interno.

Explicamos.

No caso de TBIs como os da Argentina-EUA, Argentina-França, Itália-Jordânia, Egito-Reino Unido ficou estabelecido que seriam levadas ao foro eleito, o ICSID, quaisquer “controvérsias relacionadas aos investimentos”. Dada a ampla definição de litígios arbitráveis, tem sido entendido que não apenas as questões decorrentes de matérias substanciais dos TBIs podem ser levadas ao Centro, mas também outras que envolvam contratos decorrentes do investimento¹⁰¹.

No caso LANCO vs. Argentina, a empresa norte-americana valendo-se da jurisdição oferecida levou o ponto para julgamento perante o ICSID. De acordo com o contrato de concessão estabelecido pelo governo argentino e a empresa concessionária, ficou celebrado que o foro competente para as questões decorrentes do acerto seria o Tribunal Federal Contencioso-Administrativo de Buenos Aires.

Ocorrida a demanda pela empresa, a mesma preferiu levar sua pretensão ao conhecimento do Centro. Lá ficou decidido que a cláusula de eleição de foro é perfeitamente válida, sem prejuízo, no entanto, da cláusula do TBI que também considera válida a alternativa pelo litígio internacional perante o próprio Centro. O Tribunal afirmou:

“§40 No nosso caso, as Partes deram seu consentimento em favor da jurisdição da arbitragem pelo ICSID, consentimento que é válido, incorrendo numa presunção favorável à arbitragem do ICSID, sem a necessidade da exaustão dos remédios locais. Com efeito, uma vez estabelecido o válido

¹⁰¹ SCHREUER, Christoph H. Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered. In WEILER T., International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law. 2005., p. 289.

consentimento para a jurisdição do ICSID, qualquer outro foro convocado para decidir a questão deve declinar da sua competência. O consentimento do investidor feito de forma escrita em 17 de Setembro de 1997 e a requisição para arbitragem de 1º de outubro de 1997, e o consentimento do Estado estabelecido diretamente pelo Tratado Argentina-EUA, que concede ao investidor a escolha do foro para decisão das controvérsias, indica que não há estipulação contrária ao consentimento das partes... Com efeito, a oferta feita pela República da Argentina a investidores abrangidos pelo Tratado Argentina-EUA não pode ser restringida pela submissão da Argentina a suas cortes domésticas, às quais remete o Contrato de Concessão.” (Compañia de Águas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. República da Argentina (Vivendi). Decisão sobre a Jurisdição de 8 de dezembro de 1998. para. 40)

Com as chamadas cláusulas guarda-chuva (*umbrella clauses*) uma controvérsia importante surgiu uma vez que matérias de direito contratual de jurisdição imediata dos órgãos jurisdicionais internos podem ser levadas diretamente à Tribunais arbitrais internacionais, em decorrência da permissão expressa dos tratados subjacentes.

Nada impede, ademais, que questões distintas sejam levadas concomitantemente aos Tribunais arbitrais internacionais com matérias de tratados e matérias contratuais:

“Um Estado pode descumprir um tratado sem descumprir um contrato, e vice versa, (...), se houve o descumprimento do TBI e se houve o descumprimento de um contrato são diferentes questões” (Compañia de Águas del Aconquija, S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. República da Argentina (Vivendi). Decisão sobre a Anulação de 3 de Julho de 2002. para. 95-6).

No momento em que matérias envolvendo o descumprimento de contratos e dos TBIs foram levadas perante o Centro ficou decidido que as questões decorrentes dos Tratados internacionais, poderiam lá ser julgadas. Já, no que tange às demais questões que envolviam o descumprimento dos contratos celebrados em decorrência do investimento, as decisões não foram no mesmo sentido¹⁰². Já se decidiu que as questões envolviam apenas o direito interno ainda que celebrada uma cláusula guarda-chuva sem que o Tribunal tenha competência sobre o caso¹⁰³, já noutros ficou decidido o contrário, ou seja, que o Centro tem competência para julgar descumprimentos de contratos¹⁰⁴.

¹⁰² SCHREUER. Christoph H. The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes. Mimeo.

¹⁰³ SGS vs. Paquistão, decisão sobre a jurisdição de 6 de agosto de 2003, para. 146-174 e Joy Mining v. Egito. Decisão sobre a Jurisdição de 6 de agosto de 2004, para. 81.

¹⁰⁴ Salini Construttori SpA et Italstrade SpA c Royaume du Maroc. Decisão sobre a Jurisdição de 23 de julho de 2001 e SGS vs. Filipinas, Decisão sobre Jurisdição de 29 de Janeiro de 2004, para. 113-135.

Alega-se em casos como o Vivendi que a cláusula de foro estabelecida no Contrato administrativo com o Estado argentino nada mais representou do que a admissão de um novo foro para ambas as Partes, resultando em verdadeira cláusula específica e posterior para as questões decorrentes daquele contrato especificamente. No entanto, não há como se negar que o Tratado previu o Direito e de qualquer modo recebe o *status* de lei, no mínimo dependendo do ordenamento analisado, para fins de direito interno, não podendo, em princípio, um contrato revogar suas disposições.

Diante de tantas controvérsias é apressado definir o Direito Internacional do Investimento como um Direito Internacional ou parte do Direito Interno Público. Mais exato é admitir a proposta característica híbrida desse Direito, valendo-se de institutos de ambos os ordenamentos.

Para melhor delimitar tal influência, vejamos como um Investimento Estrangeiro Direto tem regulado seu recebimento num Estado receptor.

4. ADMISSÃO E ESTABELECIMENTO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

4.1. Obrigações regulatórias de admissão e estabelecimento do IED.

De acordo com o Direito Internacional Público não há nenhuma obrigação pelo Estado receptor de receber um investimento estrangeiro direto¹⁰⁵, salvo se alguma obrigação foi criada especificamente nesse sentido.

As obrigações relacionadas ao regime jurídico dos investimentos podem ser divididas em três momentos distintos da regulação¹⁰⁶:

Proteção: é o conjunto de regras, de direito interno ou internacional, que previnem ou sancionam atos que afrontam a existência do investimento internacional.

¹⁰⁵ OPPENHEIM, L. **International Law: a treatise**. 3ª ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1920, p. 489. "Every State is, and must remain, master in its own house, and this is of special importance with regard to the admittance of aliens".

¹⁰⁶ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 438.

Tratamento: é o conjunto de regras, de direito interno ou internacional, que definem o regime jurídico aplicável após o momento da sua constituição até o momento da sua liquidação.

Garantia: os mecanismos de garantia são aqueles que transferem do investidor internacional para um organismo especializado, de direito interno ou de direito internacional, as conseqüências financeiras advindas de determinados riscos políticos.

Inicialmente, dito conjunto de regras é definido pelo direito interno, todavia, não o nacional do investidor internacional, mas aquele aplicado no território do investimento, isto é, o direito interno do Estado receptor do investimento.

Por essa razão, com a brusca alteração de ordens jurídicas internas nas décadas de 60 e 70 restou claro que apenas o direito interno não seria suficiente para solucionar tais controvérsias, de modo que diversas respostas vêm sendo buscadas da ordem jurídica internacional.

4.2. Regime jurídico do tratamento de admissão e estabelecimentos de investimentos internacionais:

Conforme já dito, o Direito Internacional do investimento é regido tanto por regras internas quanto internacionais, o que nos leva a compreender que duas fontes de ordens jurídicas distintas podem ser utilizadas¹⁰⁷.

Da ordem jurídica internacional encontramos normas de fontes não convencionais, principalmente os princípios gerais do Direito Internacional, o que gera uma relevante discussão como podemos depreender daqueles que debatem a origem de princípios gerais de Direito Internacional do Investimento.

As fontes de direito interno, outrossim, são aqueles vigentes no ordenamento do Estado receptor do investimento, que por óbvio traduzem a vontade política daquele Estado, especialmente no que se refere à forma que serão tratados os investimentos estrangeiros.

¹⁰⁷ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. Droit International Économique. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 439.

4.2.1. Evolução dos princípios de Direito Internacional

Cumprе ressaltar que o Direito Internacional e seus princípios vêm passando por uma profunda alteração nas últimas três décadas, especialmente no que tange ao direito internacional do investimento.

Os princípios de Direito Internacional concernentes ao tratamento do investimento estrangeiro passaram por uma evolução de 3 fases:

- ✓ A primeira fase representou a afirmação pelos países exportadores de capital dos princípios gerais de direito internacional em matéria de investimento internacional;
- ✓ A segunda fase foi da recusa desses princípios pelos países importadores de capital;
- ✓ E a última consiste na restauração por ambos os grupos de países.

A prática internacional clássica consagrou o princípio de direito costumeiro da soberania do Estado sobre o controle e o limite da admissão e estabelecimento do investimento realizado dentro do seu território. Pode-se afirmar, no entanto, que tal prática é cada vez menos absoluta, com a positivação de direitos e garantias em favor dos investidores estrangeiros.

Trata-se de assunto relevante, uma vez que a maior interdependência econômica dos países do globo, vide o crescente aumento do fluxo corrente de capital, faz do controle da admissão e estabelecimento do IED uma eficiente ferramenta política, chegando inclusive a constituir uma estratégia de desenvolvimento.

Cumprе destacar a distinção entre a admissão e o estabelecimento do investimento. O primeiro se relaciona com o direito de entrada ou presença, temporária ou permanente, de um investidor estrangeiro, enquanto o estabelecimento trata do tipo de presença permitida, sendo composto pelo direito de se estabelecer permanentemente naquele país e de celebrar transações comerciais.

4.2.2. Padrão atual de admissão e estabelecimento do IED

Atualmente, a regulação da admissão e do estabelecimento de Companhias Transnacionais (doravante CTNs) pode sofrer diversas ingerências por parte do Estado receptor, pelas seguintes vias (CNUCED, 1999b):

- ✓ controle ao acesso à economia do país receptor impondo limitações à admissão dos investimentos estrangeiros;
- ✓ implementação de condições;
- ✓ criação de regimes regulatórios específicos; e, ainda,
- ✓ medidas relacionadas à propriedade e seu respectivo controle.

a) Controle do acesso à economia:

No que se refere ao controle do acesso à economia, todos os países oferecem alguma forma de restrição ao recebimento de IED, o que varia é o tipo de controle exercido. Há, inclusive, aqueles que optam pela total exclusão do IED em certos setores, outros que optam por restrições quantitativas do número de empresas estrangeiras em certos setores, limitação que vem sendo bastante criticada uma vez que a barreira quantitativa ao investimento guarda aspecto subjetivo, sem que se analise uma nova proposta ou tipo de investimento que seria realizado.

Porém, as formas de controle não se esgotam por aí.

Alguns países apenas admitem o IED se for seguida determinada forma jurídica específica, ou se compulsoriamente houver participação acionária do Estado ou de investidores locais privados (as chamadas “joint ventures” obrigatórias). Há aqueles que determinam processo administrativo de aprovação das propostas de investimento passando por um crivo discricionário (análise de conveniência do investimento). Por fim, restringem-se certas formas de entrada de investimentos, como por exemplo, quando se proíbe, ou são impostas condições específicas para processos de fusões e aquisições (*Mergers and Aquisitions – M&A*).

b) Implementação de condições

Ao invés de criar limitações jurídicas para as entradas dos IEDs nas economias receptoras, alguns Estados preferem adotar condições de implementação para os investimentos.

Algumas condições estabelecidas podem inclusive ser discricionárias, desde aquelas que vinculam o IED ao cumprimento de requisitos relacionados a segurança nacional, política nacional, costume e moral públicas, até mesmo de governança empresarial mediante responsabilidade social e ambiental, além da análise dos benefícios provocados na economia nacional.

Entretanto, os requisitos mais utilizados são aqueles que vinculam o IED ao cumprimento de condições mínimas de capital investido. Dentre os quais estão, o estabelecimento de normas de capital mínimo; normas em matéria de investimento ou reinvestimento adicional posterior; restrições sobre a importação de bens necessários para realizar o investimento, combinadas com normas de compras mínimas de insumos locais; a necessidade de depósito de garantias mínimas; e ainda, o estabelecimento de taxas para obtenção de licenças e reconhecimentos jurídicos.

c) Regimes regulatórios específicos

Costuma-se utilizar, ademais, de regimes regulatórios específicos para o recebimento do IED. Tais regimes são utilizados especialmente na situação de contratos tipo BOT (build-operate-transfer), ou seja, quando o IED se ocupará de preencher todas as cadeias da produção de determinado produto, o Estado receptor costuma conceder exceções de tratamento para o investimento, com vistas ao fortalecimento da economia local com produtos não disponíveis em seu mercado interno.

d) Medidas relacionadas à propriedade

Independentemente de quão aberta é uma economia, ainda se busca manter ao menos um controle sobre o IED e o investidor estrangeiro, por essa razão são estabelecidas diversas medidas para o controle da propriedade de estrangeiros. Vejamos (CNUCED, 1996, p. 177):

Controles para regular a propriedade

- ✓ Restrições aplicadas sobre a propriedade estrangeira (p.ex., não se permite que o capital de propriedade estrangeira exceda os 50%);
- ✓ Transferência obrigatória da propriedade para empresas do país, normalmente por meio de normas de transferência gradual;

- ✓ Restrições por razão de nacionalidade aplicadas a propriedade da companhia ou da sua composição societária

Controles sobre a limitação das atribuições dos acionistas

- ✓ Restrições aplicadas segundo a classe das ações ou dos bônus em poder dos investidores estrangeiros (p. ex. ações sem direito a voto);
- ✓ Restrições aplicadas sobre a livre transferência de ações ou de outros direitos de propriedade sobre a companhia em poder dos investidores estrangeiros (p. ex. ações transferíveis apenas mediante autorização);
- ✓ Restrições dos direitos dos acionistas estrangeiros (p. ex. sobre a retirada de dividendos, juros sobre capital próprio quando da liquidação, os direitos de voto e a denegação de dados sobre determinados aspectos da gestão do investimento).

Controles sobre a gestão do investimento, mediante intervenção oficial

- ✓ É reservado o direito às autoridades de designar um ou mais membros do Conselho de Administração;
- ✓ Restrições quanto à nacionalidade dos membros do Conselho de Administração ou a limitação do número de estrangeiros em postos de direção;
- ✓ Certas decisões são apenas tomadas, por decisão unânime do Conselho de Administração, ou é reservado o direito das autoridades vetarem determinadas decisões;
- ✓ São constituídas ações privilegiadas que permite às autoridades, p. ex., intervir se o investidor estrangeiro adquire parcela do investimento superior a determinada porcentagem;
- ✓ Determinadas decisões apenas poderão ser tomadas mediante consulta prévia às autoridades;

Outras formas de restrição

- ✓ Restrições sobre a administração de monopólios controlados por estrangeiros ou sobre a privatização de empresas públicas;
- ✓ Restrições sobre a propriedade de terrenos ou imóveis e sobre sua transferência;
- ✓ Restrições em matéria de propriedade industrial ou intelectual; e,
- ✓ Restrições sobre a utilização de empréstimos estrangeiros (p. ex. bônus) a longo prazo (igual ou superiores a cinco anos de duração).

4.3. Modelos regulatórios de admissão e estabelecimento de IED

Conforme pudemos perceber, as restrições ao IED podem variar do extremo liberalizante ao extremo protecionista, dependendo da política externa que cada Estado elege. Percebe-se pela análise dessas legislações, alguns modelos que se reiteram na prática internacional, sendo normalmente utilizados de maneira semelhante, ajustando-se apenas na forma de negociação empreendida durante as tratativas de determinado tratado.

A grande maioria dos Acordos de Investimento se vale do “modelo de controle do investimento” (CNUCED, 1999b), salvo aqueles Tratados Bilaterais utilizados pelos Estados Unidos e mais recentemente pelo Canadá. Por esse primeiro modelo não são oferecidas garantias de tratamento diferenciado na entrada e no estabelecimento do IED, consagrando a Soberania do Estado receptor do investimento.

Exemplo importante é as Diretrizes para o Investimento Estrangeiro Direto do Banco Mundial, pelo qual foi adotado expressamente o modelo, o que é muito significativo, dado que o documento busca celebrar a tendência da prática internacional mais liberalizante. Por este documento, o Estado receptor mantém o direito de legislar sobre o controle e o ingresso do IED, sendo possível, inclusive, recusar a entrada por critérios de segurança nacional, como no caso do setor que é relevante para objetivos de desenvolvimento econômico do Estado.

Segue outros exemplos de acordos internacional que adotaram o modelo: TBI Barbados - Reino Unido¹⁰⁸; TBI modelo chileno de 1994 (artigo 3º); TBI modelo chinês (artigo 2º); o artigo 2º do TBI modelo francês (artigo 2º); TBI modelo alemão de 1991 (artigo 2º); TBI modelo suíço (artigo 3º); Tratado modelo do Comitê Jurídico Consultivo Asiático-Africano de 1985 (artigo 3º); Acordo sobre a Livre Movimentação de Capital árabe entre Países Árabes de 1970 (artigo 3º); Acordo Unificado para o Investimento de Capital Árabe nos Estados Árabes de 1980; Acordo para a Promoção, Proteção e Garantia de Investimentos entre os Estados Membros da Organização da Conferência Islâmica de 1981 (artigo 2º); Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção de Investimentos vindos de Estados não-Partes do MERCOSUL, Anexo B; e, os artigos 6º a 14 da Convenção Comum sobre Investimentos nos Estados da União Econômica e Aduaneira da África Central de 1965 – UDEAC (CNUCED, 1999b).

¹⁰⁸ O artigo 2º, parágrafo 1º do TBI assim prescreve: “cada parte contratante fomentará e criará as condições favoráveis para que os nacionais e as empresas da outra Parte contratante invistam capital em seu território e, sujeito ao direito de exercer as faculdades conferidas por suas leis, admitirão este capital”. (CNUCED 1999b, p. 5 seção 2).

Pelo segundo modelo, o “modelo de liberalização seletiva”, o Estado receptor oferece uma lista positiva de setores nos quais há o direito de entrada e estabelecimento do IED, podendo o Estado exercer certas restrições, desde que previstas no tratado (CNUCED, 1999b).

Ademais, o direito pode ser estendido a novos setores, em nova rodada de negociação em data designada, como ocorre no principal exemplo deste modelo, o GATS¹⁰⁹, pelo qual ficou celebrado o modelo, com o objetivo dos Estados não liberarem completamente suas fronteiras, de modo que ocorre uma liberalização controlada de setores específicos, mediante a liberalização de outros setores em outros Estados Partes.

O modelo de industrialização regional é consequência da política de alguns Estados de promover o desenvolvimento regional por meio de programas de investimento conjunto, de modo que as empresas e os projetos passam a ser integrados regionalmente. Concede-se, por isso, o padrão de tratamento nacional integral para os investidores de países membros.

Na Comunidade Andina, p. ex., foi estabelecido o Código Uniforme para as Empresas Multinacionais Andinas, que decidiu o seguinte:

“**ARTIGO 26.** Os países membros concordam em encorajar a constituição de Empresas Multinacionais Andinas, com o objetivo de facilitar o processo comum de desenvolvimento industrial na SubRegião nas diferentes formas de integração industrial contemplada no Acordo de Cartagena. Ademais, deverão promover e facilitar a constituição de Empresas Multinacionais Andinas em áreas ou serviços de outros setores produtivos.¹¹⁰” (Decisão 292 da Comissão do Acordo de Cartagena – Grupo Andino de 1991)

O quarto tipo de tratamento dispensado é o “modelo de tratamento nacional mútuo”, pelo qual são concedidos direitos de entrada ou estabelecimento com base no Tratamento Nacional apenas para investidores situados em Estados membros, ou seja, desde que as Pessoas Físicas sejam da nacionalidade de algum dos Estados membros, ou, as Pessoas Jurídicas estejam situadas em algum dos Estados membros (CNUCED, 1999b).

¹⁰⁹ Artigo XVI do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS)

¹¹⁰ Tradução do autor para: “**Article 26.** *The Member Countries agree to encourage the constitution of Andean Multinational Enterprises in order to facilitate the process of joint industrial development in the Subregion in the different forms of industrial integration contemplated in the Cartagena Agreement. Likewise, they shall promote and facilitate the constitution of Andean Multinational Enterprises in the area or services and other productive sectors.*”

Modelo normalmente encontrado em Organizações de Integração Econômica Regional (OIER) e tem como contrapartida a não concessão do Padrão de Tratamento da Nação Mais Favorecida a não-membros.

Dessa forma o processo de admissão de um IED é comum para investidores dos Estados membros, fundamentando-se prioritariamente em regimes preferenciais de admissão e estabelecimento em relação a outros Estados membros, como ocorre no Tratado de Nice, que institui a Comunidade Européia¹¹¹.

Temos, ainda outros exemplos do modelo adotado pela Comunidade Européia: Acordo entre a União Européia e a Hungria; os Códigos de Liberalização da OCDE (artigos 1º e 2º); Anexo A da Liberalização de Movimentos de Capitais da OCDE; Tratado que estabelece a CARICOM (artigo 35); Tratado para o estabelecimento da ECCAS (artigo 40); Código Comunitário de Investimentos da Comunidade Econômica dos Países dos Grandes Lagos (artigo 6º); Tratado da COMESA (artigo 164); Tratado que estabelece a Comunidade Econômica Africana (artigo 43); Tratado revisado da ECOWAS (artigo 3º, 2); e, Acordo Quadro da Área de Investimentos da ANSEA (artigo 4º, “b”) (CNUCED, 1999b).

Por fim, será comentado o modelo combinado de “Padrão de Tratamento Nacional e o Padrão da Nação Mais Favorecida” (CNUCED, 1999b) criado e adotado pelos TBIs Modelos dos EUA. De acordo com este modelo, fica estipulado ambos os Tratamentos, aplicando-se o que for mais favorável, para os investidores estrangeiros de Estados Partes, já mesmo no estágio de Pré-entrada, isto é, em qualquer dos momentos de “estabelecimento, aquisição, expansão, gestão, condução, operação, venda ou qualquer outra forma de disposição dos investimentos no seu território”¹¹².

¹¹¹ Vide artigos 43 a 54, especialmente o artigos 43, in fine e 44 (1): “ (...) A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no Capítulo relativo aos capitais. ARTIGO 44º (ex-artigo 54º) 1. Para realizar a liberdade de estabelecimento numa determinada actividade, o Conselho, deliberando de acordo com o procedimento previsto no artigo 251º, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará directivas. (...) ”

¹¹² Artigos 3º(1) e 4º(1) do TBI Modelo dos EUA de 2004 que contêm a seguinte redação: “Article 3: National Treatment. 1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory. Article 4: Most-Favored-Nation Treatment. 1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment,

Neste tipo de acordo, as exceções devem ser eleitas por meio de lista, mais desta vez, negativa, pela qual são incluídos os setores ou atividades que não devem ser atingidos por ambos padrões de tratamento.

Seguem a mesma linha adotada pelo modelo de TBI norte-americano, o NAFTA, em seus artigos 1102 a 1104 e 1106 a 1108; o Tratado de Livre Comércio entre a Colômbia, México e Venezuela (artigo 17-03); os Princípios Não-Vinculantes de Investimento da APEC; o Acordo Quadro da ANSEA (artigo 4º (b) e (c) e 7º); e, o Projeto do MAI da OCDE (Artigo III).

Podemos concluir, que no processo de bilateralização dos tratados de investimento, existe a prevalência duas tendências principais. A tendência européia que se inspira na Convenção Modelo da OCDE sobre Proteção à Propriedade Estrangeira de 1962, exemplificado pelos TBIs modelos da Suíça e da França. E, a tendência norte-americana, cuja origem se dá com o modelo de TBI do mesmo país de 1983.

Pela primeira é garantida a Soberania do Estado no que se refere à admissão e estabelecimento do IED, sendo que a declaração de admissão de um investimento não é vinculante, ou seja, dela não emerge obrigação legais passíveis de execução, o que será feito sim, por meio de leis internas que regulará a admissão e o estabelecimento do investidor. Já a tendência norte-americana além de garantir tratamento nacional, também garante o tratamento da Nação-mais-Favorecida para o investidor, com restrições sendo feitas somente mediante o próprio Acordo Internacional.

Nota-se, portanto, que os direitos de estabelecimento são aqueles celebrados com a finalidade de evitar uma discriminação entre investidores nacionais e estrangeiros, bem como entre investidores estrangeiros de diferentes origens, tratamento estes que detalharemos adiante.

acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.”

B. EXPROPRIAÇÃO

1. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA EXPROPRIAÇÃO

Para avaliar a expropriação no Direito Internacional do Investimento é importante traçar alguns pressupostos teóricos que indicarão maneiras para lidar objetivamente com o tema. Não é despidendo perceber que o diálogo entre a propriedade e o Direito é bastante antigo¹¹³, tendo sido a propriedade objeto constante de regulação em diversos sistemas jurídicos.

Pode-se dizer, inclusive, que o tratamento dispensado à propriedade na concepção jurídico indicará os elementos políticos, sociais e econômicos de um Estado¹¹⁴, que analisados conjuntamente podem revelar até mesmo a estrutura ideológica que se ampara determinado tal Estado¹¹⁵.

1.1. Definição de propriedade

Inicialmente, deve-se alertar que propriedade encerra um sistema normativo próprio, dotando de obrigações e direitos aqueles que são enfeixados pelo arcabouço normativo que lhe é aplicável¹¹⁶.

O direito de propriedade pode ser conferido tanto à pessoa física como à jurídica, sendo tão somente necessário o exame de sua capacidade jurídica quando da celebração do título para alienação do bem. Esclarecemos que os casos de capacidade e de impossibilidade de transferência dos bens não serão aqui tratados.

1.1.1 Critérios de propriedade

¹¹³ GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 635 e ss.

¹¹⁴ CHRISTIE, G.C. What constitutes a taking of property under International Law? *British Yearbook of International Law*. Vol. 38, 330, 1962. "What is considered a reasonable restriction on the use of property will depend to a very large extent on the social and economic views prevailing at any given time".

¹¹⁵ GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 636 "Na realidade, o historiador constata que não existe uma definição de propriedade, mas um grande número, que varia de acordo com as épocas e com as regiões".

¹¹⁶ Para GRAU, Eros Roberto. *(O direito posto e o direito pressuposto)*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 198-200) a propriedade é uma expressão que resume um sistema normativo específico restringindo efeitos e consequências próprias.

Considerada a complexidade que envolve o tratamento jurídico ao qual o tema é sujeito, três critérios distintos podem ser utilizados para a compreensão do termo *propriedade*: sintético, analítico e descritivo¹¹⁷.

Pelo critério sintético, adotado por Windscheid, a coisa é submissa, em todas suas relações, a uma pessoa. Propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial sobre uma coisa. Ou ainda, nas palavras de Peter Bahr, é a forma mais extensa de dominação efetiva de um bem.

Já pelo critério analítico, a propriedade compreende os direitos de usar, fruir/gozar, dispor e reivindicar a coisa, conforme adotado pelo Código Civil brasileiro no seu artigo 1.228.

Por fim, o critério descritivo define a propriedade como um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa.

Como bem ressalta Orlando Gomes, nenhum dos critérios isoladamente satisfaz uma noção completa do instituto da propriedade, entretanto, a análise conjunta torna o fenômeno delimitável¹¹⁸.

1.1.2. Elementos e características da propriedade.

Adiante serão estudados os elementos, atributos, poderes ou faculdades do direito de propriedade¹¹⁹:

- a) Direito de uso: possibilidade do indivíduo utilizar o bem conforme sua vontade.

- b) Direito de fruição ou gozo: possibilidade de obter todas as benesses advindas da utilização da coisa. Há distinção entre o uso e a fruição da coisa, ocorrendo situações em que o bem não é usado sendo, contudo, suas vantagens aproveitadas pelo proprietário, como, por exemplo, no caso do recebimento dos aluguéis pelo locador visto que o uso do bem é garantido ao locatário.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 109.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 109.

¹¹⁹ FIUZA, César. Direito Civil – curso completo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

c) Direito de dispor: a disposição da coisa aqui tratada é utilizada em termos muito amplos. Não compreende meramente a venda ou doação do bem, mas sim, tanto a forma de destiná-lo ao que melhor lhe prover quanto como utilizá-lo enquanto proprietário. Fins comerciais, residenciais, a venda, a locação, a doação, são algumas das formas da liberdade de disposição do bem que é facultado ao sujeito titular de tal direito.

d) Direito de reivindicação: diante da regularidade da propriedade, é próprio ao proprietário reclamar pela coisa de quem a injustamente possui. Vale acrescentar que a reivindicação pela coisa não é somente uma faculdade, mas também um ônus para o proprietário, haja vista o risco da perda da coisa pelo decurso do prazo prescricional para exercício de tal direito, gerando ao terceiro o direito de usucapir a coisa em sua posse.

Sobre o assunto, curioso ressaltar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao deferir o pedido de usucapião extraordinário de automóvel furtado há mais de cinco anos, ainda em posse de terceiro. Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça expressamente pontuou: “Não se adquire por usucapião ordinário veículo furtado”. Independentemente da posição adotada, a reivindicação do bem é um atributo, que também pode ser um ônus ao seu titular.

O direito de propriedade é regido pelas seguintes características: é perpétuo, ou seja, o direito de propriedade e seus atributos não têm um prazo delimitado para que sejam extintos.

É ainda um direito complexo, pois compreende atributos que são direitos autônomos e distintos, dentre os quais os direitos de uso, gozo, disposição e de reivindicação.

Também entendido como direito absoluto ao exercer um poder soberano sobre a coisa. Usar, abandonar, alienar, destruir, alugar, doar, e ainda um extenso e inumerável rol de possibilidades são outorgadas ao direito em face de todos, portanto, oponível *erga omnes*.

Um verdadeiro direito exclusivo, pois sobre a dominialidade delimitada, apenas seu titular pode exercer direitos sobre a coisa (artigo 1.231 do Código Civil). Assim, o exercício dos

direitos de propriedade é exclusivo do seu titular, estando os demais proibidos de exercerem senhorio exceto pela vontade do primeiro¹²⁰ (jus prohibendi).

E, por fim, um direito elástico. Característica consistente na possibilidade de contração e distensão do direito de propriedade, já que os elementos podem ser destacáveis e novamente agregados. Assim, “extinguindo-se o usufruto, o uso e a habitação, o domínio preenche o lugar que lhes cabia”.

1.2. Propriedade como instrumento político

É fácil entendermos a propriedade como um complexo de obrigações e direitos sem estar visivelmente passível de definição. Analisando sob o prisma da história da propriedade, John Gilissen a retrata em quatro modalidades:

- “- propriedade individualista, ou seja, a sua forma mais absoluta, seja a do direito romano clássico seja a do *Code Civil* de 1804;
- propriedade dividida, como a dos diversos direitos reais do feudalismo;
- propriedade comunitária, ou seja, o uso dos bens por uma comunidade: família, clã, aldeia, cidade, etc.
- a propriedade colectivista, ou seja, a que pertence a uma grande colectividade, em geral o Estado.¹²¹”

O mesmo autor alertará que entre os historiadores jurídicos persiste a ideia de tentar elencar tal evolução como “se levando de um tipo ao outro”¹²². Trata-se de concepção equivocada, pois haverá sempre mais de uma modalidade de propriedade efetivamente empregada, ocorrendo, no máximo, e em circunstâncias bastante específicas, a prevalência de um tipo em relação aos demais.

¹²⁰ Interessante repetir a lição de POTHIER, em seu *Traité du droit de domaine de propriété* de 1770 (apud GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 653): “O domínio directo... não é mais do que o direito que os senhores têm de se fazer reconhecer como senhores pelos proprietários e possuidores de herdades tidas deles, e de exigir certos deveres e prestações em reconhecimento do seu senhorio. Esta espécie de domínio não é, de modo algum, o domínio de propriedade... Em relação às herdades, é o domínio útil que se chama de domínio de propriedade. O que tem este domínio chama-se proprietário... O que tem o domínio directo chama-se simplesmente senhor... Não é este, mas o senhor útil, que se chama propriamente proprietário da herdade.”

¹²¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 636.

¹²² GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 636.

Pela história, percebe-se que a propriedade será normalmente tratada como instrumento político para a consecução de objetivos sociais e econômicos, sem qualquer análise acerca dos resultados atingidos serem favoráveis ou não¹²³.

Exemplo evidente do tratamento da propriedade como forma de instrumento político pode ser encontrado, por exemplo, na Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), de 5 de dezembro de 1936, na qual eram previstas quatro modalidades de propriedade, sobrepujando-se, obviamente, aquelas com intuito evidentemente coletivo¹²⁴.

Assim, como consequência da dupla influência das Constituições Socialistas e do Welfare State norte-americano, a idéia da valorização de propriedades coletivas foi adotada em diversas Constituições garantistas democráticas do quarto final do século XX em diante.

Propriedade e Constituição brasileira

Sem embargos da manutenção do direito de propriedade como direito constitucional e ainda arrolado dentro de rol de garantias individuais, o inciso XXIII da Constituição brasileira de 1988, prevê que “toda propriedade atenderá a sua função social”. Para fundamentarmos a

¹²³ Sobre a evolução histórico-política do tratamento da propriedade, veja-se em: FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. A Cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e da Roma. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1998; MARKY, T. Curso de instituições de Direito Romano, 1978; e MERQUIOR, J.G. O liberalismo – antigo e moderno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2. ed., 1991.

¹²⁴ Constituição da URSS (tradução para o português contida no livro de GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001, p. 654): “Art. 5º A propriedade socialista na U.R.S.S. reveste quer a forma de propriedade do Estado (bens de todo o povo), quer a forma de propriedade cooperativa e dos *kholkoz* (propriedade de cada *kholkoz*, propriedade das uniões cooperativas). Art. 6º A terra, o subsolo, as águas, as florestas, as usinas, as fábricas, as minas de carvão e de minério, os caminhos-de-ferro e os transportes por água e aéreos, os bancos, os correios, as grandes empresas agrícolas organizadas pelo Estado (*sovkhoses*, estações de máquinas e de tractores, etc.), bem, como as empresas municipais e a massa fundamental das habitações nas cidades e nas aglomerações industriais, são propriedade do Estado, ou seja, de todo o povo. Art. 7º As empresas colectivas nos *kholkoz* e nas organizações cooperativas com o seu capital circulante e fixo, a produção fornecida pelos *kholkoz* e pelas organizações cooperativas, bem como os seus equipamentos colectivos constituem a propriedade social, socialista dos *kholkoz* e das organizações cooperativas. Cada lar *kholkosiano*, além do rendimento que tira da economia *kholkosiana* colectiva, tem o gozo pessoal de um pequeno terreno adjacente à casa e, neste terreno, possui como coisa sua uma economia auxiliar, uma casa de habitação, o gado de produção, as aves de capoeira e o material agrícola ligeiro. Art. 8º A terra ocupada pelos *kholkoz* é-lhes atribuída em gozo gratuito por um tempo ilimitado, ou seja, perpetuamente. Art. 9º Ao lado do sistema socialista da economia, que é a forma dominante da economia da U.R.S.S., a lei admite as pequenas economias privadas dos camponeses individuais e dos artesãos, fundadas no trabalho pessoal e excluindo a exploração do trabalho alheio. Art. 10º O direito dos cidadãos à propriedade pessoal dos rendimentos e das poupanças provenientes do trabalho, à propriedade da sua casa de habitação e de economia doméstica auxiliar, dos objectos domésticos e de uso quotidiano, dos objectos de uso e de comodidade pessoal, bem como o direito de herança da propriedade pessoal dos cidadãos, são protegidos por lei.”

utilização dessa opção legislativa, antes é necessário explicar as principais teorias jurídico-teóricas do direito de propriedade.

a.1. teorias jurídico-teóricas do direito de propriedade¹²⁵

A teoria da ocupação classifica o direito de propriedade como a aquisição dos bens pelo homem como forma de satisfação das suas necessidades. Planiol, seu fundador, foi um dos principais críticos da teoria da especificação, pela qual o direito de propriedade só poderia ser o fruto do trabalho da pessoa. A concepção de Rudolf Von Ihering, dos economistas e dos socialistas, foi criticada, pois a teoria da especificação é por si mesma uma causa do fim da propriedade, haja vista que a recompensa pelo trabalho é o bem-estar, o salário, e não a própria coisa produzida. O dono do bem não teria os direitos de quem na propriedade apenas trabalhou por sua permissão.

A teoria da natureza humana diz que é próprio do ser humano o zelo por suas posses e a conseqüente vontade de aumentar ao máximo possível sua propriedade. Não há como privar as pessoas de governarem seus próprios objetos, sendo, portanto, inerente ao ser humano a busca por angariar propriedades.

Por fim, a teoria da Lei preconiza não existir propriedade em si mesma. A propriedade é outorgada por meio de previsão normativa que expressamente consente com essa individualização do titular da coisa. Assim, como instituição do Direito Positivo, a lei regula a detenção da propriedade de forma a se amoldar ao ordenamento ou sistema jurídico vigente.

a.2. função social da propriedade

A propriedade, claramente com a Constituição de 1988, deixa de ter delimitado o aspecto negativo de proibição de intervenção na esfera do direito, passando _à uma regulação casuística conforme o interesse coletivo público previsto tanto no sistema como um todo, como numa determinada e específica controvérsia jurídica.

O conceito de função social desafia o próprio conceito de liberdade, fundamento dos ordenamentos liberais. De acordo com a teoria da função social da propriedade, toda pessoa tem ampla liberdade para escolher como lidará com seus próprios atributos pessoais ou

¹²⁵ FIUZA, César. Direito Civil – curso completo. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

patrimoniais, devendo, todavia, exercer tal atributo em consonância com os interesses de toda a sociedade para que a busca de seu próprio benefício afete positivamente o resto da coletividade que o cerca.

Pelo vocábulo “função”, Orlando Gomes ensina que a partir do momento no qual o direito de propriedade deixou de ser tutelado como uma satisfação do interesse individualista, mas sim como uma satisfação do interesse coletivo, instituiu-se a função social da propriedade, manifestada em seu tríplice aspecto:

- “1º) a privação de determinadas faculdades;
- 2º) a criação de um complexo de condição para que o proprietário possa exercer seus poderes;
- 3º) a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio. A funcionalização da propriedade se resolveria na distinção entre espécies particulares de bens, classificados mediante critério econômico, e pela modificação das normas que disciplinam a atividade do proprietário. Quanto aos bens, é relevante a classificação entre bens de produção, bens de uso e bens de consumo, por isso que “só os bens produtivos são idôneos à satisfação de interesses econômicos e coletivos que constituem o pressuposto de fato da função social”.

Não há como se estender aos bens de uso o princípio da função social, falando em função social da propriedade edilícia ou, até mesmo na dos bens duráveis. Quanto à mudança do regime legal, as novas disposições normativas têm como alvo a atividade do proprietário, a empresa, ou segundo outros autores, “a propriedade chamada a absorver a função social não é a propriedade direito-subjetivo, mas a propriedade instituto-jurídico”.

Na delimitação do conceito de função social da propriedade, interessante estudo foi desenvolvido pelo italiano Lodovico Barassi, ensinado entre nós, por Eduardo Espínola, no qual a função social da propriedade pode ser compreendida pelas funções impulsiva e limite. Por função impulsiva, a propriedade deve atender um ótimo rendimento na sua utilização, enriquecendo os bens econômicos, trazendo ganhos para a ordem econômica. Assim, tal função impulsiva, nas palavras de Eros Roberto Grau, transforma o proprietário em um proprietário-empresendedor, que deve utilizar o bem, por dever jurídico, sob o ponto de vista econômico.

A função social limite é a própria intervenção na propriedade de forma que sejam beneficiados os bens econômicos em prol da sociedade. É, dessa forma, mais do que uma

série de limitações administrativas, mas uma forma de gestão de uma atividade normal do proprietário, buscando um ponto de equilíbrio entre o convívio social e a própria gestão da propriedade.

Não há como ser dissociada, portanto, a idéia de função social de propriedade como um elemento característico da própria existência do direito. O direito de propriedade contém em seu âmago uma função social que deve ser atendida pelo proprietário, independentemente de uma previsão normativa expressa nesse sentido. A propriedade, como um direito autônomo protegido, traz em si a eleição de uma gestão garantida ao seu titular que não pode, entretanto, simplesmente dispor dela sem o devido cumprimento das garantias mínimas de concretização de um interesse social no bem econômico eleito.

Para Cristiane Derani, quando se afirma que “a propriedade deve responder a uma função social, está-se impondo uma nova configuração pelo modo como o sujeito irá se apropriar do objeto e transformá-lo”. A função social não seria um mero elemento limitador, mas conteúdo do próprio direito de propriedade.

Outra questão colocada é a dificuldade de distinção entre a propriedade que *tem* função social daquela que *é* função social. Assim, a propriedade que *tem* função social é aquela propriedade “que permanece como uma situação subjetiva no interesse do titular, e que só ocasionalmente este é investido na função social”, já a que *é* função social a “propriedade é atribuída ao proprietário, não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou coletivo”.

A divisão não é clara a ponto de respondermos a questão, já que tanto a propriedade como um direito subjetivo (tem função social) quanto a propriedade como potestatis (é função social) reserva aos seus titulares situações ativas e passivas. Assim, “a propriedade é uma situação jurídica subjetiva com a natureza de um poder (potestá) que encerra deveres, obrigações e ônus”¹²⁶.

Passou-se a sopesar a opção estatal de preservar a proteção conferida à propriedade com a função de promoção dos interesses públicos que as envolve. Assim, a chamada função social da propriedade não é uma característica ou um elemento limitador da propriedade, mas sim

¹²⁶ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 127.

um elemento que sempre existiu, o qual, por conta do interesse público, foi concedida uma proteção absoluta.

Todavia, com a modernidade, é impensável conferir uma titularidade ilimitada de um bem jurídico central, como é a propriedade, sem considerarmos as duras condições sociais vividas pelos países, bem como a escassez do bem face ao crescimento populacional.

Vale frisar a concepção ressaltada por Leon Duguit ao conceituar a liberdade como não sendo o “direito de fazer tudo que não cause dano a outrem e, portanto, a fortiori, ao direito de não fazer nada. Todo homem tem uma função social a cumprir e, por conseqüência, tem o dever social de desempenhá-la. O proprietário, ou melhor, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir essa riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumpre essa missão, seus atos de proprietário são protegidos”.

1.3. Intervenção do Estado na Economia

A noção de Estado liberalizador como pressuposto econômico fundamental para as diretrizes do capitalismo moderno implica conseqüências importantes para a vida em sociedade, no entanto, como vimos, a propriedade tem uma função política que lhe é inerente.

Dessa forma, o Estado passará a realizar constante intervenção no domínio econômico com o escopo de executar e preservar os interesses reguladores da propriedade em determinado momento e situação. A expressão “intervenção” decorre da idéia de atuação na área de outrem, ou seja, em domínio que não lhe é próprio. A divisão entre direito público e privado guarda importante interesse para nós nesse ponto.

O elemento forte da classificação direito público/privado é o direito público uma vez que apresenta as relações titularizadas pelo Estado, enquanto o direito privado regula todas as demais relações, as que não envolvam o Estado.

Com o passar do tempo, percebeu-se que a classificação passou a não ser mais relevante, uma vez que o Estado ampliou sua área de atuação, desenvolvendo mecanismos de intromissão sobre boa parte dos negócios jurídicos celebrados, inclusive na esfera das relações particulares.

Desde uma simples regulação do dever de publicar e informar eventuais terceiros¹²⁷, a intervenção estatal é manifestada até mesmo na regulação de cláusulas celebradas entre partes privadas, como as cláusulas consideradas abusivas, comprometendo disposições antes consideradas intocadas baseadas na “pacta sunt servanda”¹²⁸.

1.3.1. Atividade econômica e serviço público

Após Keynes¹²⁹, o Estado não se contenta mais com o mero acompanhamento das tendências naturais do próprio mercado, mas busca pautar seu comportamento visando a eficiência na tutela dos direitos tutelados por negociações privadas.

O Estado tem seu próprio campo de atuação econômica natural, fenômeno este chamado de serviços públicos¹³⁰, já os particulares, por sua vez, atuam na exploração de atividade econômica em sentido estrito¹³¹. Nada impede, no entanto, que o Estado atue também na esfera da atividade econômica em sentido estrito¹³².

Cumprе esclarecer, que não se tratam de noções excludentes, pois mesmo a prestação de serviços públicos busca a satisfação de necessidades mediante a utilização de bens e serviços

¹²⁷ Vide, por exemplo, a Instrução nº 358 de 03.01.2002, da Comissão de Valores Mobiliários, que dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado.

¹²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Modalidades de contrato de adesão e cláusula definidas como abusivas**. In BITTAR, C.A.. Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva: 1.991. pp. 97-114.

¹²⁹ Keynes representa “a racionalização e os fundamentos da doutrina de que um Estado organizado – eventualmente um grupo de Estados – pode estabilizar, estimular e dirigir o rumo de sua economia sem apelar para a ditadura e sem substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo. Assim, KEYNES recriou a concepção de que a economia e a política estão indissolavelmente ligadas”. BERLE, Adolf A. The American Economic Republic. Londres: Sidgwick and Johnson, 1963, p. 4 apud VENÂNCIO FILHO, Alberto. A intervenção do Estado no domínio econômico: o Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 11.

¹³⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 8ª ed. Vol. I. Paris: Montchrestien, 2003. p. 463. “La présence du service public se décèle à partir des trois éléments entrant dans sa définition: activité d'intérêt général, assurée par une personne publique (ou privée) et soumise à un régime juridique particulier où la part du droit public est plus ou moins prononcée”.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 140-1.

¹³² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 8ª ed. Vol. I. Paris: Montchrestien, 2003. p. 506.

escassos¹³³. Pode-se dizer, inclusive, que ambas são decorrentes da atividade econômica. Apenas o que as distinguirá será o regime jurídico aplicável em cada uma das situações.

A atividade econômica pode ser entendida, neste ponto, como um gênero, figurando como espécies a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos¹³⁴:

Atividade econômica em sentido lato { Atividade econômica em sentido estrito (Particulares)
Serviços Públicos (Estado)

A sujeição de determinado ato ao regime próprio dos serviços públicos dependerá sobretudo da definição da própria atividade econômica. Assim, mediante o confronto entre o capital, que avocará para si todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa, e o trabalho relacionado com a atividade Estatal, não exercido de modo especulativo, contribuindo em contrapartida para a melhora da vida dos administrados, é que será atingido o conceito aberto de serviço público. Assim:

“A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adquadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho”¹³⁵.

Considerando, como já dito, que é permitida a atuação direta do Estado no domínio econômico, sendo isso no Brasil, inclusive, objeto de disposição constitucional: “*Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*”, é adotada a concepção material derivada de Leon Duguit, pela qual serviço público é a atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a realização desta atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social¹³⁶.

¹³³ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133-5.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141.

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 152.

Dessa forma, ao Estado não é franqueada toda e qualquer intervenção no domínio econômico. São próprias do Estado as atividades de interesse social, enquanto apenas em circunstâncias específicas lhe caberá intervir na atividade econômica em sentido estrito exercendo atividades de segurança nacional ou para atender relevante interesse coletivo.

Dependendo do caso, no entanto, pode um serviço público ser prestado por agentes privados, sob regime de concessão ou permissão. Criou-se, nesse caso, a importante distinção entre serviços privativos, ou seja, aqueles que apenas o próprio Estado (União, Estados ou Municípios) pode prestar¹³⁷ e aqueles não privativos, nos quais a atividade econômica é caracterizada como serviço público por atender a interesses sociais mas pode ser desenvolvida por particulares¹³⁸.

1.3.2. Modalidades de intervenção do Estado na atividade econômica em sentido estrito

Conforme acima debatido, há um campo de atuação natural do Estado e um campo próprio da iniciativa privada, existindo, entretanto, regras constitucionais reguladoras tanto da atuação de particulares na área estatal, quanto da intervenção estatal sobre a atividade econômica em sentido estrito própria dos particulares. Nesse sentido, serão feitos alguns comentários adiante a respeito da classificação doutrinária sobre as modalidades de intervenção no campo da atividade econômica em sentido estrito¹³⁹.

Pois bem.

Para Eros Grau, a intervenção no domínio econômico (atividade econômica em sentido estrito), pode tomar três modalidades: (a) intervenção por absorção ou participação; (b) intervenção por direção; e, (c) intervenção por indução¹⁴⁰.

¹³⁷ Exemplos de serviços privativos: União: serviço postal e de correio aéreo internacional (art. 21, X); serviços de telecomunicações (art. 21, XI); radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, “a”); serviços de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água em articulação com os Estados (art. 21, XII, “b”); Estado: gás canalizado, diretamente ou mediante concessão (art. 25, §2º); Município: transporte coletivo (artigo 30, V).

¹³⁸ Saúde e educação.

¹³⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 167. “Intervenção conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*.”

¹⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 168.

(a) **intervenção por absorção e participação:** de acordo com esta classificação, o Estado desenvolve uma ação, como agente econômico. Na intervenção por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca, em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de monopólio. Já na intervenção por participação, o Estado assume o controle de parte dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, participando, neste caso, em regime concorrencial com os agentes privados do mesmo setor.

(b) **intervenção por direção:** na intervenção por direção, bem como na intervenção por indução, o Estado desenvolve uma ação como regulador da atividade, e não com atuação efetiva no setor eleito, exercendo pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

(c) **intervenção por indução:** neste último caso, o Estado manipula o instrumental regulatório para levar/induzir os agentes a determinado comportamento. Nesse caso, a intervenção forçará que os agentes atuantes em determinado setor passem a se comportar de determinada maneira como reflexo da nova disposição normativa do Estado, diferente da intervenção por direção, hipótese em que o Estado expressamente prevê a alteração dos agentes de mercado.

Percebe-se, desse modo, que as intervenções acima descritas podem ser tratadas por duas formas: como intervenção direta, nos casos de intervenção por direção e participação; como por intervenção indireta, nos casos da intervenção por direção e indução.

Há uma clara tendência econômica regulatória internacional em se utilizar a intervenção indireta. Isso fica bastante evidente quando tratamos da regulação econômica sobre o petróleo, que passa por uma franca tendência de intervenção direta para indireta, especialmente no Brasil que se espelha na regulação norte-americana do tema.

Vive-se atualmente no Brasil, um forte incentivo para realização de investimentos em setores de indústrias de base. No caso do setor de petróleo e gás, percebe-se o grande valor dada a anunciada extinção do bem, tornando-o cada vez mais estratégico para o desenvolvimento econômico dos Estados.

Comparando-se a evolução dos contratos de exploração de petróleo e gás no âmbito de outros Estados em face da evolução da regulação brasileira, nota-se que da livre exploração inicial passou-se a um mercado intensamente regulado, com regras específicas e utilização de políticas estruturais, de acordo com o modelo econômico adotado.

Atualmente, o arranjo regulatório brasileiro aproxima-se tanto do modelo internacional moderno quanto do modelo tradicional norte-americano.

O petróleo serve como parâmetro para análise de qualquer país à medida que, quanto maior o crescimento comercial e industrial de qualquer Estado, maior é a utilização do bem nos processos produtivos, motivo pelo qual sua influência nas relações econômicas é notada já há algum tempo.

Contratos brasileiros

No caso brasileiro, a evolução contratual segue um pouco da experiência internacional acima demonstrada.

Inicialmente, antes de 1938, os contratos de concessão para exploração de petróleo seguiam o padrão das concessões clássicas internacionais. Tinha-se como regra a grande desigualdade entre as partes e o pequeno arbítrio do Estado brasileiro sobre seus interesses energéticos¹⁴¹.

Todavia, com o governo getulista, iniciou-se o período do “Petróleo é nosso”, em razão do bem mineral ser considerado um propulsor da nossa nascente indústria¹⁴². Antes da grande

¹⁴¹ Vide Decreto imperial 3.352-A, que concede ao inglês Thomas Denny Sargent a concessão sobre a extração de petróleo e outros minerais em Camamu e Ilhéus na Bahia.

¹⁴² O famoso jargão “O petróleo é nosso” bastante propagado pelo escritor Monteiro Lobato, foi bastante discutido na nossa política interna, o que, no entanto, não encontrava ressonância na nossa produção de petróleo que apenas foi iniciada com a descoberta de petróleo num poço no Recôncavo baiano. Curiosamente, o poço foi encontrado no município de Lobato.

onda internacional de nacionalização, o Brasil a fez com relação aos seus interesses petrolíferos, por meio da constituição do Conselho Nacional do Petróleo em 1938.

Com o monopólio, em 1953 foram definitivamente consolidados os interesses nacionais sobre o petróleo por meio da criação da Petrobrás, por meio da Lei nº 2004/1953, sendo todos os contratos relacionados ao petróleo somente realizados pela empresa sob seu absoluto monopólio.

Na década de 70, chegaram a ser firmados alguns contratos de risco pelos quais o Brasil cedia a exploração e propriedade do petróleo extraído para empresas que se dispusessem a investir no país e descobrir jazidas.

Tais contratos foram sempre duramente criticados pela doutrina, pois traziam de volta algumas das cláusulas das concessões clássicas com enormes vantagens para as empresas investidoras em detrimento dos interesses nacionais. Ditos contratos apenas dispunham de irrisórios pagamentos de royalties para o Brasil. Os contratos de risco foram completamente extintos com a Constituição de 1988.

O monopólio foi mantido até a edição da Emenda Constitucional nº. 9/95, que abriu a possibilidade de contratação com outras empresas para exploração de petróleo no Brasil¹⁴³.

Embora já existente a regulação pela Lei do Petróleo, em termos práticos tal medida ainda não representou uma grande alteração no quadro econômico da exploração do petróleo no Brasil, já que as concessões normalmente são feitas para a própria empresa brasileira. O conhecimento técnico necessário para a exploração no Brasil, a implantação da empresa no país, a facilidade da mão-de-obra, entre outros fatores, fazem com que a proposta da Petrobrás

¹⁴³ Veja-se a nova redação do artigo 177 da Constituição da República Federativa Brasileira: “Art. 177. 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 derivados básicos resultantes 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. §1º 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. § 2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II – as condições de contratação; III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

difícilmente não seja a mais vantajosa, pois uma exploração feita por empresa estrangeira não conta com as mesmas facilidades, tornando o preço da Petrobrás sempre muito competitivo.

Os contratos para exploração de petróleo no Brasil são celebrados por meio de concessões, na forma da Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), cujo artigo 43 retrata como cláusulas essenciais: (i) definição do bloco objeto da concessão; (ii) prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação; (iii) programa de trabalho e o volume do investimento previsto; (iv) obrigações do concessionário quanto às participações, conforme o disposto na Seção VI; (v) a indicação das garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase; (vi) especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens; (vii) procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, e para auditoria do contrato; (viii) obrigatoriedade do concessionário fornecer à ANP relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas; (ix) procedimentos relacionados com a transferência do contrato; (x) regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; (xi) casos de rescisão e extinção do contrato; (xii) penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

As concessões de petróleo e gás, seguem subsidiariamente as regras gerais da Lei nº 8.987/95, que prevê duas formas de concessão: a não precedida de obra pública e a precedida de obra pública.

A primeira é definida como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Já a precedida de obra pública, consiste na “construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco,

de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Até então, o cumprimento desses contratos tem sido garantido pelos próprios Tribunais brasileiros, que, em regra, adotam postura de conservação dos investimentos, como no caso julgado pelo STF a respeito do estrito cumprimento das obrigações estabelecidas em contratos de concessão¹⁴⁴.

Verificada a regra da concessão, a própria Lei do Petróleo prevê exceções permitindo que o contrato seja realizado por meio de meros atos de autorização, como nos casos de importação e exportação; construção e operação de gasodutos e oleodutos; e, refino, processamento e distribuição de petróleo, seus derivados e gás natural.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 256), autorização é o ato administrativo unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário.

Preocupa-se a doutrina posto que tal ato não está amparado pela segurança do contrato de concessão, sendo possível que a mera autorização gere instabilidade provocando um desincentivo na exploração energética por empreendedores internacionais, no caso de contratos de longo prazo.

Duas soluções tentam, por via reflexa, empregar as mesmas garantias contratuais previstas para as concessões às referidas hipóteses de autorização. Alexandre Aragão chama tais atos de “autorizações contratadas”, já Maria D’Assunção Costa demonstra que embora o ato seja chamado de autorização, segue a rigidez das contratações advindas da Lei, sendo-lhe percebido a natureza de concessão, mantendo-se apenas nome de autorização. Considerando que os contratos de concessão de exploração de petróleo foram recentemente firmados, ainda não há jurisprudência sobre o assunto.

¹⁴⁴ “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade da Lei 11.462, de 17.04.2000, do Estado do Rio Grande do Sul. Pedido de liminar. - Plausibilidade jurídica da arguição de inconstitucionalidade com base na alegação de afronta aos artigos 175, “caput, e parágrafo único, I, III e V, e 37, XXI, todos da Constituição Federal, porquanto Lei estadual, máxime quando diz respeito à concessão de serviço público federal e municipal, como ocorre no caso, não pode alterar as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários sem causar descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários. - Caracterização, por outro lado, do “periculum in mora”. Liminar deferida, para suspender, “ex nunc”, a eficácia da Lei nº 11.462, de 17.04.2000, do Estado do Rio Grande do Sul.”

Contratos norte-americanos

Outra cultura jurídica em relação à exploração de ativos petrolíferos é encontrada no direito norte-americano, onde a propriedade do petróleo e do gás natural é do particular¹⁴⁵. De qualquer forma, como mero agente de mercado, o Estado norte-americano detém propriedades que representam aproximadamente 30% dos direitos sobre bens minerais e 25% da produção de petróleo e gás.

Ainda nessas situações, a intervenção estatal não se dá diretamente, mas indiretamente na qualidade de um agente de mercado qualquer. Por conseguinte, vários problemas aparecem na extração dos bens minerais, haja vista que sua regulação deve beneficiar interesses públicos, sem desatender o caráter absoluto da propriedade privada.

Com isso, surgem duas correntes acerca da propriedade nessa extração, a seguir expostas.

A doutrina “ad coelum” privilegia a propriedade na sua acepção mais clássica. Adota-se uma definição pela qual a propriedade consiste num poder absoluto de alguém sobre um quinhão de terra, sendo-lhe reservado o uso, gozo e disposição do bem do céu a terra (cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos).

Salvo para o caso de minerais sólidos, tal doutrina vem caindo em desuso, pois o petróleo e o gás não são estanques ou delimitáveis, especialmente considerando as dificuldades envolvidas na sua extração. Perfuração de vários metros de solo gera dificuldades enormes quanto à exata delimitação da propriedade, já que os minerais se movem dentre as rochas subterrâneas e uma perfuração num local pode atingir petróleo de milhas de distância dali.

Além do óbice físico, a doutrina “ad coelum” pode causar grandes injustiças. Os tribunais norte-americanos enfrentaram situações nas quais o particular realizava grandes investimentos para retirar o petróleo e a respectiva comprovação da titularidade do bem era difícil e inviável economicamente.

¹⁴⁵ LOWE, John S. Oil and Gas Law in a nutshell. 4ª ed. Saint Paul: West Group, 2004. p. 8.

Considerando a conjuntura apresentada, foi criada uma norma “de conveniência”¹⁴⁶. Pela regra da captura vige o princípio pelo qual não é cabível indenização em razão da retirada de petróleo e gás de terras de outro, desde que não tenha ocorrido invasão de propriedade e todas as regras relevantes tenham sido observadas¹⁴⁷.

A regra proporcionou o crescimento da economia norte-americana, movida pela valorização dos investimentos feitos em bens energéticos. Analisa-se não somente a conjuntura jurídica na qual o problema foi inserido, mas também a função social que o bem exerce na moderna economia mundial.

No que se refere à duração dos contratos, até 1944 era vigente uma estrutura livre da regulação estatal, representando, muitas vezes, a exploração por diversos anos pela mesma exploradora, devido a integração vertical das estruturas operacionais do mercado. Ou seja, o mesmo grupo econômico que detinha a exploração, detinha o refino, o transporte e assim por diante.

No período compreendido entre 1944 e 1984, a economia do setor foi bastante alterada em razão da crescente necessidade do produto no mercado, especialmente o interno daquele país, gerando um intenso fluxo regulatório no setor¹⁴⁸.

Com o passar dos anos, o mercado deixou de ser dominado estruturalmente e passou a ser regulado por um processo de “contratualização” das explorações¹⁴⁹. A terceira fase de exploração gerou um mercado pouco regulado, mas com a referida padronização dos contratos curtos, incrementando sensivelmente o custo do investimento na área. Cabe acrescentar que o modelo, obviamente, foi adotado em razão de grande parte da infraestrutura já ter sido realizada previamente.

Essas fases são importantes para nosso estudo especialmente porque foram sentidos e alterados os prazos contratuais da área e vários efeitos foram sentidos na economia, ora prejudicando o consumidor, ora afetando os interesses dos exploradores. Todavia, as fases

¹⁴⁶ LOWE, John S. Oil and Gas Law in a nutshell. 4ª ed. Saint Paul: West Group, 2004. p. 9.

¹⁴⁷ LOWE, John S. Oil and Gas Law in a nutshell. 4ª ed. Saint Paul: West Group, 2004. p. 458.

¹⁴⁸ GREGG, John P.; MOGEL, William A. Appropriateness of imposing common carrier status on interstate natural gas pipelines. vol. 4. Energy Law Journal: 1983. p. 155.

¹⁴⁹ MAKHOLM, Jeff D. The theory of relationship-specific investments, long-term contracts and gas pipeline development in the United States. Mimeo: 2006.

foram divididas de acordo com a necessidade do Estado em expandir os investimentos na área que por um período necessitaram de uma promoção dos interesses, a longo prazo, de quem investia no mercado.

De acordo com o exemplo apresentado até aqui, um importante fator indicativo sobre o grau de regulação de um mercado advém dos prazos contratuais estabelecidos, especialmente no caso brasileiro em que os prazos são delimitados pelo próprio Estado na qualidade não de mero agente, mas de gestor do setor econômico e de seus decorrentes interesses públicos. São percebidas tanto vantagens quanto desvantagens na escolha por um contrato de longa ou de curta duração, sendo elencadas como vantagens (i) os benefícios para os consumidores; (ii) facilidade em se construir infra-estrutura; (iii) menor custo de capital; (iv) diminuição da volatilidade dos preços; e, (v) aumento na confiança do cumprimento das obrigações; e como desvantagens (i) a estocagem em excesso para necessidades futuras; (ii) pagamento de preços por anos acima do custo (nível de mercado); e, (iii) utilidades construídas acima do necessário¹⁵⁰.

1.4. Contratos com o Estado

Diante da situação do petróleo, cumpre-nos tecer alguns comentários acerca da evolução dos contratos de concessão estabelecidos junto a investidores estrangeiros.

1.4.1. Contratos clássicos

Os contratos clássicos eram realizados sob a égide da exploração de empresas exportadoras de capital que, no início do século, investiram pesadamente para se tornarem hábeis em retirar e aproveitar da melhor maneira o potencial das jazidas encontradas, especialmente naquelas em países mais pobres, onde o lucro era especialmente notório.

Aproveitando-se da situação de poder sobre os contratados, os contratos clássicos estabelecidos entre as empresas investidoras e os países receptores de investimento, eram evidentemente desiguais. As cláusulas tendiam a privilegiar de forma desmedida as empresas, devendo o Estado arcar com quase todo o risco econômico das empreitadas.

¹⁵⁰ PETRASH, Jeffrey M. Long-term natural gas contracts: dead, dying, or merely resting? vol. 27. Energy Law Journal: 2006. p. 545.

As atualmente chamadas “concessões clássicas”, celebravam cláusulas contratuais de imensa desigualdade dispondo das áreas estrangeiras como se fossem de propriedade dos investidores. Sobre o assunto discorre Peter Wolfgang¹⁵¹:

“Os acordos de concessão nos tempos coloniais impuseram pouquíssimas obrigações sobre os investidores estrangeiros. Com tais “Contratos de Concessão Tradicionais” foram adquiridos direitos quase ilimitados sobre grandes áreas, em que podiam explorar os recursos naturais mediante a contraprestação de modestos royalties, normalmente baseados no volume de produtividade. Tempos em que os investidores estrangeiros gozavam de direitos quase soberanos, um tipo de “status de enclave” no Estado receptor, sem controle estatal ou co-propriedade estatal e apenas mínimas obrigações financeiras que acabariam com a descolonização.”

As cláusulas normalmente previam¹⁵²: amplas áreas de concessão; ausência de direito de resilição ou revisão contratual; direitos exclusivos sobre todas as operações referentes ao petróleo extraído na área concedida; direito de propriedade das petrolíferas sobre as reservas do petróleo; isenção de todos os tributos relacionados à atividade; baixo valor no pagamento de royalties; a área concedida e os equipamentos remanescentes ao final da concessão eram entregues ao governo local; fixação arbitrária do preço do petróleo extraído pela empresa investidora; e, longa duração do contrato.

São vários os exemplos de concessões com as cláusulas acima referidas. William D’Arcy obteve do Xá da Pérsia, em 1901, por um bônus de 100.000 (cem mil) dólares, somado a 100.000 (cem mil) dólares em participação societária na sua empresa petrolífera e a 16% de royalties, o controle exclusivo sobre os direitos petrolíferos de 500.000 milhas quadradas da Pérsia no período de 60 anos. Em 1933, a Standard Oil da Califórnia recebeu do Rei da Arábia Saudita uma concessão por um período de 66 anos sobre metragem semelhante a de D’Arcy, por 50.000 pounds de ouro. Já em 1939, o Rei de Abu Dhabi concedeu o país inteiro para um consórcio composto pelas 5 maiores indústrias petrolíferas por período de 75 anos, e, pelo mesmo período, foi realizada a concessão de todo o território do Kuwaiti¹⁵³.

¹⁵¹ Tradução livre do texto de WOLFGANG, Peter. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht, 1986, p. 6.

¹⁵² BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama dos contratos no setor de petróleo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2794>>. Acesso em: 01 fev. 2007.

¹⁵³ SMITH, Ernest E.; et. al. *Concessions, Production Sharing, and Participation Agreements for developing a Country’s Resources*. *International Petroleum Concessions*. 2ª ed. Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000.

Todavia, com a valorização do petróleo no mercado internacional, especialmente após a crise dos anos 70, os Estados passaram a negociar de forma mais paritária as cláusulas da concessão¹⁵⁴. Nessa época, dado que a desigualdade era evidente, muitos Estados descumpriram as cláusulas e, com base na doutrina da soberania permanente sobre os bens naturais, fizeram valer melhores condições.

1.4.2. Novos arranjos contratuais

Diante da pressão internacional dos Estados produtores de petróleo, novos arranjos contratuais foram estabelecidos com a formação dos modernos contratos de exploração, os quais estabelecem, em regra, cinco tipos de obrigações centrais:

a) concessões modernas

Pelas concessões modernas, o risco do negócio é integral do concessionário, sendo sua, todavia, a propriedade do petróleo extraído.

b) “joint venture”

Por essa segunda modalidade contratual, o risco do negócio permanece sendo do concessionário, contudo, a gerência e os lucros do projeto são divididos entre as partes contratantes. Forma-se uma nova empresa exploradora dos bens minerais, sendo a participação societária dividida entre a empresa investidora e o Estado receptor do investimento.

c) PSC (production-sharing contracts)

Segue-se aqui também o risco integral para o concessionário, sendo estabelecido entre as partes uma divisão da produção, sem a constituição de uma nova empresa e tampouco caráter indeterminado de prazo. Os contratos são celebrados com a empresa petrolífera estatal que permanece com o direito de controle sobre os recursos minerais do Estado receptor do

¹⁵⁴ SMITH, Ernest E.; et. al. Concessions, Production Sharing, and Participation Agreements for developing a Country's Resources. International Petroleum Concessions. 2ª ed. Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000. “Although several countries managed to renegotiate their concessions in the 1950s and the 1960s, the major restructuring of the original arrangements occurred in the 1970s”

investimento. Por outro lado, os riscos da exploração são suportados pelo investidor estrangeiro. Caso o petróleo seja encontrado, a propriedade do recurso é da empresa estatal, porém boa porcentagem dos resultados será apropriada pelo investidor estrangeiro, inicialmente, até que os custos da exploração sejam zerados. A partir daí, uma porcentagem é destinada ao investidor estrangeiro como forma de dividendos por um período, sendo tal porcentagem progressivamente reduzida até que o investidor estrangeiro se retire do investimento¹⁵⁵.

d) contrato de serviço ou risk-service agreements

Os risk-service agreements seguem modelo contratual especialmente distinto dos demais, já que fica pactuado entre as partes como os riscos serão divididos. Pode, ou não, o risco recair sobre o concessionário, mas o que efetivamente se contrata é o serviço da extração do petróleo, e não a propriedade do que é extraído.

A empresa, por prestar apenas o serviço de extração, não fica com o direito sobre o petróleo, recebendo o correspondente pelo serviço prestado. Ou seja, a fórmula é bem simples, o contratante provê todo o capital associado com a exploração e desenvolvimento para a extração do petróleo. Como retorno, se obtiver sucesso, o governo permite que os custos para extração do petróleo sejam recuperados por meio da venda do gás e do petróleo, pagando-se, ainda, ao investidor uma taxa referente aos recursos restantes. A propriedade é sempre estatal e normalmente são cobrados tributos sobre as retiradas de petróleo. Brasil, Chile, Argentina, Equador e Venezuela, por exemplo, em 1994 utilizavam tal modalidade contratual¹⁵⁶.

e) contratos híbridos ou compostos

Embora os contratos acima tenham pontos importantes que os distingam, há contratos que compreendem cláusulas típicas de mais de uma modalidade, sendo, portanto, denominados contratos híbridos ou compostos

¹⁵⁵ SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Haia: Kluwer Law International, 2000.

¹⁵⁶ JOHNSTON, Daniel. *International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts*. PennWell, 1994.

A prática internacional revela contratos normalmente celebrados sob a forma de PSC ou das chamadas concessões modernas¹⁵⁷.

Isso é significativo até certo ponto, já que sob qualquer das cinco modalidades contratuais, a maior parte das cláusulas contém termos semelhantes.

Não é a toa que isso acontece.

Após a crise do petróleo, alguns princípios antes não plenamente aceitos passaram a ser constitucionalizados ao redor do mundo. A propriedade das jazidas e o direito de explorá-las passaram a ser soberanamente do Estado receptor, sendo observada uma participação efetiva sobre o objeto contratual, sua exploração e sua comercialização, já que a matriz energética ocupa lugar preponderante para os interesses soberanos modernos de qualquer Estado.

2. PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE PELO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CLÁSSICO

Quando os investidores estrangeiros posicionam seus investimentos em territórios fora do seu Estado de origem, submetem-se à jurisdição de um Estado¹⁵⁸ soberano que como consequência da sua soberania pode conceder tratamento que gere obrigações jurídicas específicas, em alguma das seguintes situações:

- ✓ tratamento concedido à pessoa do estrangeiro;
- ✓ tratamento da propriedade dos estrangeiros;
- ✓ desempenho dos contratos Estatais com os estrangeiros;
- ✓ prática de não discriminação, e o padrão de tratamento mínimo internacional;
- ✓ denegação de justiça.

Cada um dos aspectos acima salientados receberá tratamento do direito interno, incluindo-se aí, do direito interno brasileiro, que será por nós mais adiante tratado. No entanto, aceitando-se a idéia de que o investimento é realizado normalmente por ETN's, merece atenção especial o tratamento oferecido pelo Direito Internacional.

¹⁵⁷ SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Haia: Kluwer Law International, 2000.

¹⁵⁸ BROWNIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University, 1998, p.533.

2.1. *Direito Internacional e o estrangeiro*

2.1.1. Garantias do Direito Internacional ao estrangeiro

Dessa forma, pode-se perceber que o estrangeiro que detenha seu investimento situado em Estado estrangeiro deve se adequar a todas as leis que se submetem os nacionais do país no qual está localizado, salvo se disposição convencional disponha de forma diversa.

Exemplo de disposição diversa, as extintas “capitulações” antes previstas em legislações como as do Japão, China, Pérsia, Egito e Marrocos, consagravam o direito do estrangeiro valer-se da legislação nacional do seu Estado de origem exercida pelos cônsules locais, enquanto permanecessem em um desses Estados¹⁵⁹.

O Estado pode, portanto, tratar de maneira distinta os estrangeiros¹⁶⁰, excluindo-lhes de certas profissões e o exercício de algumas formas de comércio¹⁶¹, ou ainda proibindo-lhes, ou impondo-lhes certas obrigações específicas, para que obtenham a propriedade de determinados imóveis¹⁶².

Cabe esclarecer, outrossim, no que se refere à impossibilidade de estrangeiros adquirirem terras, que a garantia da propriedade assegurada a “todos”, incluindo-se aí os próprios estrangeiros, é uma aceita interpretação feita do artigo 17 (1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos artigos 5 (d)(v) da Convenção para a Eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965; do artigo 1º do Protocolo nº 1 de 1952 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos; e do artigo 21 da Convenção Inter-americana sobre Direitos Humanos de 1969.

¹⁵⁹ JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. **Oppenheim’s International Law: peace**. 9ª ed. Londres: Addison Wesley, 1997. p. 911.

¹⁶⁰ JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. **Oppenheim’s International Law: peace**. 9ª ed. Londres: Addison Wesley, 1997. p. 905-6.

¹⁶¹ A Corte Suprema norte-americana decidiu que a discriminação para um emprego de acordo com sua cidadania é possível, sem que se fira a garantia da não-discriminação em razão da nacionalidade. Também ficou decidido que a proibição de estrangeiro realizar o exame regulamentar de admissão de classe e que a proibição de contratação de estrangeiro pelo Estado-membro para certas funções de prestação de serviço público são inconstitucionais. Veja-se em *Espinoza v Farah Manufacturing Co*, 94 S Ct 334; *Re Griffiths* (1973) 413 US 717, AJ, 68 (1974), p 334; e, *Sugarman v Dougall* (1973) 143 US 634, AJ, 68 (1974), p 335. JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. **Oppenheim’s International Law: peace**. 9ª ed. Londres: Addison Wesley, 1997. p. 905.

¹⁶² A Lei mexicana sobre a promoção de investimento de 1973 prevê em seu artigo 3º a proibição parcial de estrangeiros adquirirem a propriedade de terras.

Já para fins de imigração, o Estado pode organizar lista específica do controle e da presença de estrangeiros em seu território concedendo permissão de residência, monitorando, inclusive, sua movimentação dentro do território¹⁶³. Dentro de situações de crises sociais, como a decretação do estado de calamidade ou de perigo, pode o Estado também incrementar determinadas obrigações de Direito Administrativo.

De fato, tantas situações particulares são impostas sobre estrangeiros que a Assembléia Geral das Nações Unidas elaborou o documento intitulado “Declaração dos Direitos Humanos de Indivíduos que não são nacionais do Estado em que vivem”¹⁶⁴.

Utiliza-se, nesta Declaração da definição de estrangeiro como aquele indivíduo que não seja nacional do Estado em que esteja presente, de modo que sem prejuízo dos direitos que já lhe foram garantidos tanto pelo Direito interno quanto pelo Direito internacional, é observado que o estrangeiro deve observar as normas locais e respeitar as tradições e costumes locais, além do que ao estrangeiro deve ser garantido determinados direitos humanos, econômicos e sociais (artigos 5 a 8).

Também não lhes devem ser infligidas penas cruéis e tratamento cruel ou degradante, bem como é proibida a expulsão com fundamento na raça, cor, religião, cultura, descendência, nacionalidade ou origem étnica. Garante-se, ademais, o direito de se comunicar com o respectivo corpo consular ou diplomático.

O direito, no entanto, que mais nos interessa no presente estudo é a garantia que o artigo 9º do referido tratado assegura aos estrangeiros de não lhes serem arbitrariamente retirada a propriedade dos ativos legalmente adquiridos.

Observados os requisitos impostos pelo direito costumeiro internacional sobre a garantia dos estrangeiros em território alheio, diversos tratados foram criados reafirmando a

¹⁶³ O controle da movimentação do estrangeiro em território nacional por meio de uma permissão para residência não constitui um óbice ilegal, mesmo no caso de Tratado que garanta a livre residência de estrangeiro no país por constituir apenas mera medida de supervisão ou controle. Veja-se em *In re Coll* (nº 2), ILR, 19 (1952), nº 65; *Re Bertrina*, ILR, 22 (1955), p 478.

¹⁶⁴ Resolução da Assembléia Geral nº 40/144 de 1985.

responsabilidade internacional em razão da denegação da justiça à estrangeiros, e ainda que sejam observados os padrões mínimos de direito internacional.

Como faremos comentários específicos acerca dos tratados que envolvam o Direito Internacional do Investimento em outro momento do presente estudo, ressaltamos aqui as Declarações sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre os Direitos Civis e Políticos, pelas quais é vedada a discriminação entre nacionais e não-nacionais em questões abrangidas pelos respectivos documentos.

2.1.2. Abrangência do Direito Internacional Público e a proteção da propriedade

O Direito Internacional Público tem o investimento internacional como objeto, tendo sido em diversas situações chamado para compor a controvérsia. Todavia, mediante a percepção da importância e relevância do investimento estrangeiro, um novo feixe de direitos e obrigações foi criado, ao qual se costuma denominar Direito Internacional do Investimento.

Assim, no que se refere às expropriações, serão feitas adiante as principais características de cada ordenamento atualmente aplicável, ou seja no Direito Internacional Público Clássico, no Direito Internacional do Investimento e no Direito interno brasileiro.

O Direito Internacional Público não tem o indivíduo como objeto de acordo com sua estrutura clássica. Entretanto, nunca se negou que o indivíduo, aí visto sob uma visão kantista, como aquela visualizada por Kelsen, sofre referências do Direito Internacional Público, seja diretamente, mas em qualquer situação, por via reflexa, afinal o objeto último do Direito é o homem¹⁶⁵.

Referida visão do Direito foi adotada desde logo, como podemos perceber nas palavras da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPIJ) em 1928:

“Pode ser facilmente admitido que, de acordo com um bem estabelecido princípio de direito internacional, o Beamtenabkommen [tratado entre Polônia e Alemanha] como um acordo internacional, não pode, como tal, criar direitos e obrigações para indivíduos. Porém, não pode ser discutido

¹⁶⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. Armênio Amado: Coimbra, 1984. p. 434. “Apenas [normas de Direito Internacional] determinam o que deve ser feito ou omitido, mas não quem, isto é, que indivíduo humano, tem de realizar a actuação ou omissão previstas”

que o principal objeto de um acordo internacional, dependendo da intenção das Partes Contratantes, pode ser a adoção pelas Partes de algumas disposições das quais derivam direitos e obrigações aplicáveis sobre indivíduos pelas Cortes nacionais.”

2.1.3. Reconhecimento do direito de expropriação pelo Direito Internacional Público

O direito de expropriação como expressão jurídica de uma determinada política pública é reconhecido pelo Direito Internacional Público¹⁶⁶, independentemente dos direitos patrimoniais envolvidos ou da nacionalidade da pessoa da qual o patrimônio foi retirado de seu acervo¹⁶⁷.

Entretanto, apesar do direito já ter sido reconhecido isso não significa de forma alguma que há um consenso¹⁶⁸. Já, em 1930, formou-se um grupo na Conferência de Codificação de Haia sobre a “Responsabilidade dos Estados pelos Prejuízos Causados em seu Território para Pessoas ou Propriedades dos Estrangeiros”, tendo concluído seus trabalhos diante da impossibilidade dos peritos chegar a qualquer conclusão sobre o assunto¹⁶⁹.

Costuma-se chamar de expropriação aquele fenômeno pelo qual o Estado intervindo no domínio econômico toma para si determinada propriedade, tutelando-a conforme seus presentes interesses políticos.

Tradicionalmente, a expropriação ou confisco, nesse caso, serviu para a tomada da propriedade pelos dirigentes políticos para seu próprio ganho pessoal. A prática, em termos gerais, tem sido extinta.

No entanto, como vimos, o Estado tem deixado sua atuação clássica restrita aos serviços públicos e cada vez mais interveio na Economia, seja pela intervenção por direção e seja por indução. Será comum como consequência dessas intervenções no domínio econômico, a acusação por parte das ETN's que seus ativos têm sido ora expropriados, ou que em razão da desvalorização acarretada aos seus ativos, são medidas que equivalem à expropriação.

¹⁶⁶ Veja-se, por exemplo, a Resolução nº 626 (VII) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas. Sessão de 21 de dezembro de 1952.

¹⁶⁷ GARCIA AMADOR, F.V. Special Rapporteur's Report. International Law Commission. 1959.

¹⁶⁸ MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to International Law**. 7ª ed. Londres: Routledge, 1997, p. 235.

¹⁶⁹ BORCHARD, Edwin M. Responsibility of States, at The Hague Codification Conference. American Journal of International Law. Vol. 24. Washington, 1930, p. 517-8.

Como consequência do amplo direito de Soberania que o Estado pode exercer sobre as pessoas em seu território, mesmo as estrangeiras, a propriedade estrangeira também deve se adequar ao ordenamento jurídico do território do investimento.

Além de negar-lhes o direito a propriedade em si, pode também ser-lhes exigida certas obrigações como medidas de poder de polícia, tributação, planejamentos de desenvolvimento urbanos e rurais.

De fato, os Estados exercem certa discricionariedade em relação à propriedade estrangeira, a fim de garantir a plena manutenção dos interesses de segurança e unidade nacionais, especialmente no que se refere à soberania sobre os recursos naturais. Entretanto, a atração do IED é o que, em muitas situações, manterá um forte investimento em áreas essenciais de prestação de serviço público. Os investidores estrangeiros são estratégicos no caso, em razão de já possuírem o capital suficiente para a elaboração desses projetos em pleno atendimento ao interesse público primário, daí não cabe falar somente do capital financeiro, mas também do capital intangível, considerando *know how*, tecnologia específica etc.

Imperioso para o marco regulatório vigente estabelecer um equilíbrio entre a necessidade do Estado receptor regular a propriedade de acordo com as necessidades políticas, econômicas e sociais vividas, além de manter os direitos de propriedade contra intervenções estatais indevidas.

A expropriação, de acordo com o Direito Internacional, sempre representou um grande entrave aos investimentos estrangeiros diretos, como pôde se notar no movimento de nacionalizações, quando no período da descolonização.

Referidas intervenções estatais não recebem uma definição comum, mas normalmente os vocábulos a seguir são utilizados dentro desses âmbitos: Expropriação: em amplo sentido uma tomada da propriedade pelo Estado cujo título pertencia a outrem; Confisco: normalmente refere-se a uma expropriação sem compensação, uma sanção¹⁷⁰; Nacionalização: refere-se a uma transferência da propriedade privada para o exercício de alguma forma de propriedade

¹⁷⁰ CARREAU, D.; JULLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 509.

pública¹⁷¹; e, Seqüestro: modalidade de restrição da propriedade instituída pelo Poder Público em razões específicas e, em regra, não definitiva, tal como a requisição por motivos de segurança pública, ocupação temporária, entre outros¹⁷².

As formas tradicionais de desapropriação são as nacionalizações e as expropriações em sentido estrito. A nacionalização¹⁷³ pode se dar de maneira absoluta, ou seja, todos os setores econômicos são atingidos pelo ato legislativo ou executivo que torna estatal a propriedade dos bens. Pode ocorrer em um setor particular também, tornando todo um setor nacionalizado. Uma terceira via de nacionalização é aquela em que o Estado reformula a divisão de terras particulares com o escopo de atender uma divisão igualitária beneficiando setores carentes da sociedade. Tratam-se, todavia, de formas pouco usuais de expropriação atualmente.

Há também as expropriações em sentido estrito que são aquelas descritas no âmbito interno como sendo desapropriação direta. Vale ressaltar que tanto as nacionalizações quanto às expropriações em sentido estrito são consideradas desapropriações diretas. Isto porque tal desapropriação expressa, em regra, uma utilidade pública para o bem expropriado. Não é mera disposição estatal sobre o bem, mas forma de atender interesses primários da Administração Pública.

Como exemplos de medidas que já foram analisadas como causadoras de expropriações, podemos citar a imposição de controle sobre o câmbio, o não pagamento ou anulação de débitos contratuais do Estado, a imposição de alíquotas exorbitantes de tributos, desvalorização discriminatória do câmbio, a transferência da propriedade para cooperativas de domínio público, a venda forçada e ilusória da propriedade, a anulação de direitos reconhecidos judicialmente, ou ainda, a imposição de extensivas restrições sobre o controle da propriedade de um estrangeiro ou sobre o corrente exercício dos direitos normais de propriedade¹⁷⁴.

¹⁷¹ DOMKE, Martin. Foreign nationalizations: some aspects of contemporary International Law. *American Journal of International Law*. Vol. 55. Washington: 1961. p. 585.

¹⁷² JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. **Oppenheim's International Law: peace**. 9ª ed. Londres: Addison Wesley, 1997. p. 916.

¹⁷³ Vide CNUCED, 2000a.

¹⁷⁴ JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. **Oppenheim's International Law: peace**. 9ª ed. Londres: Addison Wesley, 1997. p. 917

2.2. Expropriação e Direito Internacional Público

2.2.1. Categorias de expropriação

A substancial apropriação do bem tem sido considerada pelos tribunais internacionais como um teste legítimo para se verificar uma expropriação de acordo com o Direito Internacional¹⁷⁵. Entretanto, podemos verificar a expropriação ocorrendo na prática por três vias¹⁷⁶:

- (i) apropriações diretas ou indiretas¹⁷⁷;
- (ii) privações arbitrárias que não podem ser justificadas pelo exercício do poder de Polícia do Estado para se proteger a ordem pública, a moral, saúde humana e atualmente o meio-ambiente¹⁷⁸; ou,
- (iii) ab-rogação ou destituição de compromissos contratuais ou ainda, autorizações sobre as quais um investidor dependa¹⁷⁹.

Normalmente, entretanto, as expropriações são divididas em dois grandes grupos: as expropriações diretas e as expropriações indiretas.

a) Expropriação direta

As expropriações são normalmente tratadas com base na forma com que o Estado as efetiva. Quando feitas mediante a apropriação do bem, ou melhor, com a transferência da titularidade da posse física dos bens do investimento mediante lei ou atos administrativos são chamadas de “Expropriações diretas”.

¹⁷⁵ CARREAU, D.; JUILLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 507.

¹⁷⁶ NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 391.

¹⁷⁷ Vide *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*. Caso ICSID nº ARB (AF)/96/1; *Olguin v. Paraguay*. Caso ICSID nº ARB (AF)/98/5.

¹⁷⁸ Vide *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso ICSID nº ARB (AF)/00/2.

¹⁷⁹ Vide *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*. Caso ICSID nº ARB (AF)/97/1.

No entanto, quanto realizadas como consequência da perda do poder de administração, do exercício do controle, ou de significativa depreciação no valor dos ativos investidos é chamada de “Expropriação indireta”.

Enquanto na expropriação direta se discute a legalidade do ato e a devida compensação pela tomada da propriedade, na indireta, antes de mais nada, discute-se se de fato houve expropriação, ou se a medida constitui mera atuação administrativa estatal, ou ainda um descumprimento contratual.

b) Expropriação indireta

Algumas medidas, mesmo sem restrições físicas à propriedade, podem equivaler às expropriações, sempre que resultem na efetiva perda de administração, do exercício de controle, ou levem àquela significativa depreciação do valor, nos ativos do investidor estrangeiro. Algumas situações específicas de expropriações indiretas podem ser chamadas de “expropriações paulatinas” (*creeping expropriation*), enquanto outras de “expropriações regulatórias” (*regulatory expropriation*).

Com acerto poderia se afirmar que quase todas as medidas governamentais podem ser interpretadas como atos de interferência no IED realizado. A análise do conceito de expropriação indireta nos leva a uma importante questão de quais medidas regulamentares devem ser compensadas e quais medidas não acarretam, à luz do direito internacional, uma obrigação de pagar qualquer compensação ou indenização.

Ainda que os EUA tenham promovido uma nova forma para se lidar com as expropriações regulatórias nos textos dos tratados recentemente firmado, não se pode afastar a constante pressão dos limites entre proteção do investimento e o exercício da regulação do poder de polícia.

Várias são as situações, no entanto, em que o poder de polícia é considerado uma expropriação, o que não pode significar que o ordenamento jurídico não proteja aquelas expropriações que fundamentem políticas saudáveis e imprescindíveis para a tutela de interesses primários estatais.

Há, no entanto, ao menos três razões para fundamentar a proteção contra expropriação: (i) encontrar-se uma defesa para o investidor internacional contra atos estatais enquanto direta ou indiretamente sua propriedade tenha sido tomada; (ii) além disso, o ato expropriatório deve ser proporcional à restrição do direito de propriedade do particular; (c) enfim, busca-se que o Estado cumpra seus compromissos contratuais ou que as autorizações sejam devidamente concedidas.

Entretanto, a regulação da desapropriação indireta vem ganhando corpo no cenário internacional. Pode-se, inclusive, aferir que as desapropriações indiretas são bem mais comuns que as diretas. Tal fato se deve, mormente, à própria natureza do ato, pois não é uma constrição arbitrária *ab initio*, porém com o tempo se transforma e pode ofender gravemente os direitos do expropriado.

Costuma-se definir desapropriação indireta como aquela que resulta na perda efetiva da administração, uso ou controle, ou ainda uma depreciação significativa do valor dos ativos do investidor¹⁸⁰. Dá-se ora pela expropriação paulatina¹⁸¹ ora pela expropriação regulatória¹⁸².

A expropriação paulatina ocorre com a diminuição gradativa dos direitos de propriedade do investidor estrangeiro que continua com a propriedade, que tem, à seu turno, os direitos de uso e gozo bastante ou totalmente restringidos. Como exemplos podem ser destacadas a perda forçada das ações de uma companhia, a interferência nos direitos de administração, a designação dos administradores, a proibição de acesso à matéria-prima e mão de obra¹⁸³.

As expropriações regulatórias atingem também de forma indireta¹⁸⁴ o expropriado que, da mesma forma, é atingido em seus direitos. Tal modalidade consiste na utilização do poder de polícia afeto ao Estado, que, porém, tolhe de forma significativa o gozo dos direitos de propriedade do investidor. São medidas regulatórias que modificam matérias de meio ambiente, saúde, moral, cultura, economia, e ao fazê-lo tornam a regulação da prestação do

¹⁸⁰ CNUCED, 2000a

¹⁸¹ A doutrina costuma manter a denominação inglesa deste tipo de expropriação de “creeping expropriation”, veja-se em: DIAS, Bernadete de Figueiredo, p. 218.

¹⁸² Chamada também de “regulatory taking”.

¹⁸³ CNUCED, 2000a.

¹⁸⁴ Veja-se em ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD – “*Indirect expropriation*” and the “*right to regulate*” in *international investment law*. Working papers on international investment. n. 4, 2004.

serviço diferente das condições iniciais do seu exercício, o limitando e até mesmo o impossibilitando.

A expropriação indireta já é reconhecida pelo Direito Internacional Público a bastante tempo tendo sido reconhecida na Corte Permanente de Justiça Internacional¹⁸⁵, na Corte Internacional de Justiça¹⁸⁶ e até mesmo na Corte Européia dos Direitos do Homem¹⁸⁷.

No entanto, cumpre-nos ressaltar que a formação do conceito de expropriação indireta para o Direito Internacional sofreu grande influência do Direito norte-americano interno e seu específico conceito de expropriação.

2.3. *Desapropriação no direito norte-americano*

O dicionário Black's Law Dictionary assim define o direito de propriedade sob o prisma do direito norte-americano:

1. Direito de posse, uso e fruição de determinada coisa (tanto de bem imóvel quanto de bem móvel); direito de ter algo para si “o instituto da propriedade privada é protegida contra indevida intervenção governamental”. 2. Qualquer coisa externa sobre a qual os direitos de posse, uso e fruição são exercidas “o aeroporto é propriedade da cidade”.

‘No sentido mais amplo, propriedade abrange todos os direitos legais de uma pessoa, de qualquer descrição. A propriedade de um homem é tudo que seja dele juridicamente. Tal utilização, entretanto, é obsoleta hoje em dia, embora bastante comum nos livros antigos... Em um segundo e mais restrito sentido, propriedade não abrange todos os direitos legais de uma pessoa, mas apenas seus direitos de propriedade em oposição àqueles pessoais. O primeiro constitui seu bem ou propriedade, enquanto o último seu *status* ou condição

¹⁸⁵ Casos da Fábrica de Chórzow e de Oscar Chinn.

¹⁸⁶ Casos Barcelona Traction e Elettronica Sicula (ELSI).

¹⁸⁷ Caso Spornong e Lönnroth v. Suécia, de 23 de setembro de 1982.

pessoal. Neste sentido os móveis e imóveis de um homem, participações societárias e débitos por ele devidos são sua propriedade, enquanto não são, de outro modo, sua vida, liberdade ou reputação ... Por uma terceira aplicação, a aqui adotada, o termo não abrange nem mesmo todos os direitos de propriedade, mas apenas aqueles que também são reais (*in rem*). O direito de propriedade é a tutela real sobre as coisas, os direitos pessoais podem ser distinguidos como sendo o Direito das obrigações. De acordo com esta utilização, o arrendamento de um imóvel, ou a patente de uma marca são propriedade; mas um débito ou um benefício não é... Finalmente, no sentido mais restrito do termo, é abrangido nada mais do que os bens tangíveis – ou seja, o direito sobre um objeto material, ou o próprio objeto’. John Salmond, Jurisprudence 423-24 (10ª ed. Glanville L. Williams: 1947)

Nota-se claramente a diferença do tratamento dispensado à propriedade, quando notamos o regime jurídico da desapropriação.

Inclusive, as expropriações regulatórias pelo Direito Internacional do Investimento, bem como no Direito Brasileiro, são, na realidade, um instituto incorporado do sistema jurídico norte-americano, surgido graças ao ativismo judicial próprio do fenômeno lá vivido.

Explicamos.

Para o direito norte-americano é possível que o Estado tome a propriedade do particular, desde que o ato esteja sendo realizado em vistas do atendimento do interesse público, o que se chama de doutrina do “*eminent domain*”. No caso, a doutrina também prescreve que em contraposição à referida tomada, deve o Estado pagar uma adequada compensação, em obediência à Constituição (GRAHAM, 1998, P. 604):

“Nenhuma pessoa deve (...) ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada pode ser tomada por utilidade pública, sem a adequada compensação” (5ª Emenda à Constituição dos EUA)

Até o final do século XIX, o Direito norte-americano interpretava a Quinta Emenda como uma proteção somente à expropriação de imóveis ou ativos tangíveis. Entretanto, com a decisão *Lochner vs. New York*¹⁸⁸, que deu origem a chamada “era Lochner”, a Suprema Corte Norte-Americana utilizou uma combinação entre a Quinta e a Décima Quarta Emenda para considerar uma série de atos legislativos como efetiva desapropriação.

Do ativismo judicial do início do século passado no direito norte-americano até a mudança de paradigma com a implantação da política do *New Deal*, foi apresentado um grande desafio ao legislativo, já que qualquer tipo de ato poderia ser invocado como passível de uma expropriação regulatória com base no desatendimento ao devido processo legal. Os atos que naquele período geraram direito à compensação envolviam leis de salário mínimo, aumento do Imposto de Renda e até mesmo normas trabalhistas (GRAHAM, 1998, p. 605).

A partir dos anos 80, a doutrina Lechner foi “ressuscitada” uma vez que alguns atos foram considerados como de expropriação regulatória, mais a nova tendência abrange, por enquanto, apenas direitos reais de propriedade, como, p. ex., normas de proteção a ambiente costeiros (McUSIC, 1995, p. 605).

Considerando o tratamento conferido pelo Direito norte-americano, passaremos a debater sua adoção definitiva pelo Direito Internacional, através do Tribunal Irã-Estados Unidos, conforme a seguir:

2.4. Tribunal Irã-Estados Unidos

2.4.1. Considerações introdutórias

No último dia de governo do Presidente norte-americano James Carter, o Irã soltou 52 pessoas aprisionadas na embaixada norte-americana em Teerã, e os Estados Unidos enviaram cerca de 8 bilhões de dólares referentes a fundos iranianos congelados em fundos detidos pela Argélia¹⁸⁹.

¹⁸⁸ *Lochner vs. New York*, 198 US 45 (1905).

¹⁸⁹ Sobre o assunto veja MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to International Law**. 7ª ed. Londres: Routledge, 1997, p. 296. Peter Malanczuk, além de atualizador da referencial obra de introdução ao

Tal transferência representa o fim das negociações mediadas pela Argélia, conhecida como a crise dos prisioneiros de Teerã. Tais negociações resultaram na criação de um Tribunal “ad hoc”, conforme se relata nas Declarações Argelinas¹⁹⁰.

Situado na cidade de Haia, foram levados ao Tribunal mais de 3.800 casos envolvendo aproximadamente 50 bilhões de dólares, o credenciando como um dos principais Tribunais arbitrais da história ¹⁹¹.

Seu objetivo é julgar as controvérsias existentes entre nacionais dos dois países, envolvendo desde casos de milhares de dólares a até o caso acerca das vendas de produtos militares estrangeiros (*Foreign Military Sales*), cujo valor quase atingiu os 12 bilhões de dólares.

2.4.2. Jurisdição do Tribunal

A jurisdição do Tribunal cobriu 4 áreas conforme previa o parágrafo 17 da Declaração Geral:

1. pedidos de nacionais dos Estados Unidos contra o Irã e pedidos de nacionais do Irã contra os Estados Unidos, e qualquer reconvenção decorrente do mesmo contrato, transação ou ocorrência que constitua o objeto do pedido do nacional, se tais pedidos e reconvenções estiverem pendentes ao tempo de formação deste Tratado, apresentado ou não perante qualquer Corte e decorrente de débitos, contratos (incluindo transações que estão sujeitas a títulos de crédito ou garantias bancárias), expropriações ou outras medidas que afetem os direitos de propriedade¹⁹²;

Direito Internacional do Professor Akehurst, foi Assistente Jurídico do Presidente do Tribunal Irã-Estados Unidos entre 1986-9 e, após, prosseguiu com a finalização dos casos relacionados à expropriação das companhias petrolíferas norte-americanas até 1993. Veja-se outras informações no sítio eletrônico: www.iusct.com.

¹⁹⁰ Tais Declarações consistem no grupo de documentos que envolvem a: Declaração do Governo da República Popular e Democrática da Argélia (Declaração Geral); Declaração do Governo da República Popular e Democrática da Argélia concernente a Solução das Controvérsias entre o Governo dos Estados Unidos da América e da República Islâmica do Irã (Declaração de Solução de Controvérsias); e, Medidas do Governo dos Estados Unidos da América e do Governo da República Islâmica do Irã com respeito à Declaração do Governo da República Popular e Democrática da Argélia (Medidas).

¹⁹¹ CARON, David D. The nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the evolving structure of International Dispute Resolution. *American Journal of International Law*. Vol. 84, 1990.

¹⁹² Tradução livre do artigo II (1) da Declaração de Solução de Controvérsias.

2. pedidos oficiais envolvendo os Estados Unidos e o Irã, um contra o outro, decorrentes de acordos contratuais entre os mesmos para a compra e venda de bens e serviços¹⁹³;
3. Controvérsias acerca dos Estados Unidos ter cumprido suas obrigações assumidas com relação à devolução da propriedade da família do antigo Xá do Irã, Reza Pahlevi¹⁹⁴; e,
4. outras controvérsias relacionadas à interpretação e aplicação dos Acordos Argelinos¹⁹⁵.

A jurisdição do Tribunal não atingia, por expressa disposição da Declaração Geral (parágrafo 8 e 11), eventos relacionados à tomada da Embaixada Norte-Americana em Teerã; perdas de nacionais americanos durante a Revolução Islâmica, que não fossem considerados atos do Governo de Irã; e pedidos decorrentes de contratos que especificamente previam a jurisdição interna do Irã.

A relevância dos casos julgados perante este Tribunal reside exatamente no direito aplicável, dado que este pode evidenciar o Direito Internacional mais amplamente aceito. Como definido pelo Artigo V da Declaração de Solução de Controvérsias:

“O Tribunal deve decidir todos os casos com base no respeito ao Direito, aplicando tal escolha segundo regras e princípios de Direito Internacional e Comercial como o Tribunal determine ser aplicável, levando em consideração práticas relevantes do comércio, previsões contratuais e alterações nas circunstâncias.”

2.4.3. Estrutura do Tribunal

A estrutura formal do Tribunal obedeceu uma formulação especialmente adaptada pela UNCITRAL, sendo composto por nove Membros, três iranianos, três americanos e três de outros Estados, sendo a maior parte dos casos solucionados perante uma Câmara com três desses Membros, com o Tribunal pleno apenas julgando casos envolvendo Direito Internacional e em circunstâncias muito particulares.

¹⁹³ Tradução livre do artigo II (2) da Declaração de Solução de Controvérsias

¹⁹⁴ Tradução livre do parágrafo 16 da Declaração Geral.

¹⁹⁵ Tradução livre do parágrafo 17 da Declaração Geral.

A circunstância política que envolveu a criação do Tribunal era tão particular que mesmo o transcorrer dos trabalhos foi bastante tumultuado. Em uma sessão, dois Membros iranianos atacaram fisicamente um Membro sueco, fato conhecido como o “incidente Mangard”, o que levou a paralisação dos trabalhos por um bom tempo.

Até Dezembro de 1995, o Tribunal proferiu 567 Decisões e 81 Decisões Interlocutórias, extinguindo 877 casos por Ordem ou Decisão e emitindo 124 Decisões em outros 133 casos. O número total de casos finalizados era de 3.892. Não se pode esquecer que mais de 2.300 “pequenas causas” de menos de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) dólares foram solucionadas por um acordo entre o Irã e os Estados Unidos pelo qual o primeiro pagaria ao segundo a quantia 105 milhões de dólares.

Os valores envolvidos nas causas são enormes. Os EUA receberam US\$ 2.091.696.325,96 (dois bilhões, noventa e um milhões, seiscentos e noventa e seis mil, trezentos e vinte e cinco dólares e noventa e seis centavos), mais o equivalente a 303.196 (trezentos e três mil e cento e noventa e seis) libras, 297.051 (duzentos e noventa e sete mil e cinquenta e um) marcos alemães e 97.132.598 (noventa e sete milhões, cento e trinta e dois mil e quinhentos e noventa e oito) Rials. Já o Irã recebeu US\$ 883.447.411,71 (oitocentos e oitenta e três milhões, quatrocentos e quarenta e sete mil, quatrocentos e onze dólares e setenta e um centavos), mais o equivalente a 7.977.343 (sete milhões, novecentos e setenta e sete mil e trezentos e quarenta e três) Rials.

2.4.4. Jurisprudência

Importantes decisões foram tomadas por esse tribunal definindo conceitos e prevendo uma vasta lista experiência da qual os tribunais posteriores se valerão para firmar seu entendimento com base no Direito Internacional.

Uma importante decisão tomada por este Tribunal foi a do caso Tippets:

Uma privação ou expropriação pode ocorrer pelo direito internacional por meio da interferência por um Estado do uso de uma propriedade ou com a utilização de seus benefícios, ainda quando o registro da propriedade não tenha sido alterado; (...) tal conclusão é garantida em todos os eventos que demonstrem que o proprietário foi privado de seus direitos fundamentais de propriedade e que pareça que tal privação não foi meramente efêmera. A

intenção do governo é menos importante do que a realidade do seu impacto.¹⁹⁶

2.5. *Acordos lump-sum*

Em algumas circunstâncias, algumas controvérsias envolvendo a expropriação de propriedade estrangeira foi resolvida por meio de acordos entre os Estados envolvidos, que após, normalmente longas, negociações acordam em acertar um valor para que vários casos sejam solucionados de forma conjunta, por um valor abaixo do valor dos ativos expropriados¹⁹⁷.

Estes acordos são chamados de acordos *lump-sum*.

Exemplo de acordo *lump-sum*, é o Acordo entre o Reino Unido e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) pelo qual o primeiro reclamava danos envolvendo mais de 500 milhões de libras esterlinas relacionadas a dívidas de guerra, mas 400 milhões de libras esterlinas de nacionais britânicos.

Resolveu-se pelo Acordo entre o Reino Unido e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas para a Solução das Controvérsias Financeiras e de Propriedade Mútuas de 1986¹⁹⁸, que a URSS pagaria um valor de 45 milhões de libras esterlinas para o Reino Unido, enquanto este liberaria uma quantia de 2,65 milhões de libras retidas na Embaixada pré-revolucionária Russa.

Outro exemplo que inclusive discutimos neste trabalho, foi o acordo lump-sum entre os governos iraniano e norte-americano para solucionar mais de 2.300 “pequenas causas” de até 250.000 mil dólares julgados perante o Tribunal Irã-Estados Unidos, mediante o pagamento de 105 milhões de dólares pelo governo iraniano.

A questão que nos é colocada é acordos *lump-sum* podem servir como prática do Direito Internacional para futuros casos. Entende-se que não, pois, as soluções não foram motivadas por razões jurídicas, mas por razões políticas ou econômicas, não havendo como se utilizar

¹⁹⁶ LEBEN, Charles. **La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte**. In: LEBEN, Charles (org.) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Louvain-la-neuve: Anthemis, 2006. p. 167.

¹⁹⁷ SHAW, Malcom N. *International Law*. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 750.

¹⁹⁸ UK-USSR Agreement on the Settlement of Mutual Financial and Property Claims, 1986.

tais casos como referências de padrão para indenização sobre expropriação de propriedades estrangeiras.

Como normalmente ocorre nestes acordos, o pagamento aos nacionais recebido pelo Estado (EUA e Reino Unido, no caso) é distribuído segundo sua discricionariedade, passando para a sua responsabilidade a divisão de tais restituições, obviamente limitado ao valor recebido para este fim dos Estados que causaram os prejuízos (Irã e URSS).

Tal idéia foi inclusive referenciada pela Câmara do Tribunal Irã-Estados Unidos no caso *SEDCO v. National Iranian Oil Co.*, pelo qual ficou decidido que seria difícil vislumbrar princípios gerais de direito derivados de acordos lump-sum em razão do questionável valor de evidência da prática disponível¹⁹⁹.

3. ACORDOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO E EXPROPRIAÇÃO

Dessa forma, para que seja analisada a possibilidade da realização de um IED, necessário realizar as precauções necessárias para se evitar danos no futuro. De fato, como respostas às circunstâncias políticas, econômicas e sociais já debatidas acima, foram estabelecidos Acordos Internacionais de Investimento a fim de se assegurar uma efetiva proteção dos ativos em território estrangeiro.

No entanto, há grande controvérsia se tais Acordos oferecem maior garantia quanto à interferência governamental de efeito seja semelhante à expropriação, pois para alguns tal proteção já é oferecida pelo Direito Internacional Público²⁰⁰.

Não há como se desprezar, entretanto, que a regulação por meio dos tratados oferece maior estabilidade aos investidores estrangeiros.

Assim, adiante serão analisadas as principais padrões de tratamento que regularão o tema no âmbito destes Acordos Internacionais de Investimento, bem como a prática internacional da interpretação sobre os mesmos.

¹⁹⁹ SHAW, Malcom N. *International Law*. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University, 2003, p. 750.

²⁰⁰ NEWCOMBE, Andrew. *The boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*. In: KAHN, Philippe; WÁLDE, Thomas W. *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007.

ESTUDO DE CASO 4. CASO METALCLAD

Alguns casos julgados perante o ICSID servem como parâmetro de comparação na análise de sistemas de solução de controvérsias aqui estudados. A Companhia Metalclad²⁰¹ teve seu projeto devidamente aprovado em âmbito federal no México, para a construção de um perigoso aterro de lixo. Com o início das obras, houve uma forte pressão para que as obras fossem paralisadas, dado que a agressão ambiental seria bastante intensa. Com a constante pressão popular, a municipalidade decidiu interromper as obras. A Metalclad irrompeu novo requerimento para a continuação das obras, haja vista que todas as licenças necessárias já haviam sido devidamente retiradas junto ao governo federal. A municipalidade²⁰² negou novamente o prosseguimento das obras. Realizado novo óbice à implantação da indústria, a Companhia alegou violação do artigo 1110 do NAFTA caracterizando uma expropriação indireta, além de requerer as compensações que eram devidas pelo descumprimento contratual²⁰³.

3.1. Padrão de tratamento justo e equitativo

3.1.1. Origem

Inicialmente previsto na malfadada Carta de Havana, que buscava instituir a Organização Internacional do Comércio²⁰⁴, na prática, o padrão de tratamento justo e equitativo foi implantado pelos Tratados de Comércio, Navegação e Amizade²⁰⁵, sendo definitivamente

²⁰¹ JÍMENEZ, p. 537.

²⁰² Veja-se em RODDEN, Jonathan; ROSE-ACKERMAN, Susan. The allocation of government authority: does federalism preserve markets? *Virginia Law Review*. n. 83. p. 1521, Outubro/1997.

²⁰³ Conforme, BEEN, Vicky; BEAUVAIS, Joel C. The global fifth amendment? NAFTA'S Investment protections and the misguided quest for an international "regulatory takings" doctrine. *New York University Law Review*. n. 78. p. 30, 2003: "Just over two years ago, in *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, an arbitral tribunal announced a seventeen-million-dollar award under NAFTA Article 1110, which requires host governments to compensate foreign investors for acts of "direct or indirect expropriation" or "measures tantamount to expropriation." Several of these "regulatory takings" claims have recently been filed against NAFTA governments, and while it is still too early to judge how broadly tribunals will interpret the expropriation provision, the *Metalclad* case has opened the door for investors to challenge and potentially stifle environmental and land use regulation".

²⁰⁴ Artigo 11 (2) da Carta de Havana: "2. A Organização poderá, nessa colaboração com outras organizações intergovernamentais competentes: (a) recomendar e incentivar a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais relativos às medidas tendentes a (i) assegurar tratamento justo e equitativo à empresa, competência técnica; capital, processos ou tecnologia levados de um país para outro;

²⁰⁵ Vide os Tratados estabelecidos entre os Estados Unidos e Bélgica, Luxemburgo, França, Grécia, Irlanda, Israel, Nicarágua e Paquistão.

incorporado na agenda de negociação dos acordos econômicos com os APPRIs, especialmente nos Tratados Bilaterais de Investimento²⁰⁶.

3.1.2. Definição

O padrão de tratamento justo e eqüitativo tem sido aplicado por pelo menos duas formas. Há um sentido corrente de interpretação de direito internacional, e, há outra interpretação pela qual o padrão é nivelado com o padrão mínimo internacional²⁰⁷.

a) sentido corrente

Pela interpretação corrente, o padrão pode ser entendido pela análise do caso concreto, de forma literal ao verificar se o tratamento concedido a determinado investidor no caso foi “justo” e “eqüitativo”.

Exatamente, por ser feita numa base casuística, a utilização do sentido corrente é objeto de críticas, pois, sua utilização pode muito diversa por razões subjetivas como as tradições jurídicas das partes de uma eventual controvérsia internacional e pela falta de precisão dos vocábulos justo e eqüitativo.

b) Relação com o padrão mínimo internacional

Há ainda aqueles que defendem que qualquer pessoa que investe em territórios estrangeiros merece um tipo de proteção mínima, diferenciada da ordinária, garantindo um padrão mínimo internacional ao investidor. A confusão entre os padrões é interessante, uma vez que já há uma grande prática internacional sobre o padrão mínimo internacional.

Na prática é difícil defender tal interpretação, uma vez que se a prática internacional fosse exercida nesse sentido, os Estados não celebrariam acordos que previssem os padrões autonomamente.

c) aplicação prática do padrão justo e eqüitativo

²⁰⁶ O padrão foi adotado em vários acordos multilaterais, como o estudo Abs-Shawcross e o MAI.

²⁰⁷ CNUCED, 1999d.

A prática dos laudos arbitrais tem demonstrado o seguinte entendimento acerca da abrangência do padrão. No caso Metalclad ficou entendido que o Réu não havia assegurado um padrão transparente e previsível para o planejamento e investimento dos negócios da Metalclad, de modo que as circunstâncias demonstraram a falta de um processo ordenado e em tempo razoável, impedindo que o investidor encontrasse um ambiente em que foi tratado de maneira justa e equitativa²⁰⁸.

No caso Técnicas Medioambientales²⁰⁹, comentou-se que:

“O investidor estrangeiro espera que o Estado receptor aja de uma maneira consistente, livre de qualquer ambigüidade e de forma transparente em suas relações com o investidor estrangeiro, de modo que o investidor saiba previamente todas as regras e procedimentos que governarão seus investimentos, bem como os objetivos das políticas relevantes e as práticas ou diretivas administrativas, possibilitando que planeje seu investimento cumprindo com referidas regras”

Assim, qualquer intervenção sobre o domínio econômico, pode causar um descumprimento da garantia assegurada pelo padrão, como, por exemplo, descumprirá o padrão se no caso do Direito Tributário, ocorra alteração sem que fique clara sua definição e abrangência, de modo que as disposições normativas se tornem inconsistentes com tais alterações²¹⁰.

3.1.3. Tratamento Justo e Equitativo e Expropriação

Atualmente, os Tratados Bilaterais de Investimento têm exigido com base no padrão de tratamento justo e equitativo, que a expropriação ocorra com base no interesse público, que sejam respeitados os princípios de não discriminação e do devido processo legal e que haja compensação imediata, adequada e efetiva.

3.2. *Padrão de tratamento da nação mais favorecida*²¹¹

²⁰⁸ Vide Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos. Caso ICSID nº ARB (AF)/97/1.

²⁰⁹ Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso ICSID nº ARB (AF)/00/2.

²¹⁰ Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador. Caso UN 3467. Julgamento final de 1º de julho de 2004.

²¹¹ CNUCED, 1999c.

3.2.1. Definição e abrangência

O padrão da nação mais favorecida (NMF) significa que um dado país receptor do investimento deve estender aos investidores de outro país estrangeiro o mesmo tratamento que aquele que é concedido aos de qualquer outro país, nas mesmas circunstâncias.

Inicialmente, o padrão NMF era apenas aplicável após a admissão e estabelecimento do investimento. Assim, apenas haverá obrigação de aplicar-se o tratamento NMF apenas *após* a realização do investimento, como prevê o artigo 10 (7) do Tratado da Carta de Energia, por exemplo:

Cada Parte Contratante deve conceder, em sua área, aos investimentos de investidores de outras partes contratantes, e suas atividades correlatas, incluindo administração, manutenção, uso, gozo ou disposição, tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos Investimentos de seus próprios investidores ou dos investidores de outra Parte contratante ou o de quaisquer estados terceiros e suas atividades relacionadas incluindo administração, manutenção, uso, gozo ou disposição, ou o que seja mais favorável.

No entanto, os TBIs mais recentes têm previsto a aplicação da regra também durante a fase de estabelecimento e admissão do investimento, como, por exemplo a cláusula 1103 do NAFTA:

“1. Cada Parte deve conceder aos investidores de outra Parte tratamento não menos favorável do que é concedido, nas mesmas circunstâncias, aos investidores de qualquer outra Parte ou não-Parte com respeito ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou qualquer outra disposição sobre investimentos.”

No que se refere ao objeto da proteção da cláusula, muitos acordos de investimento prevêem a cláusula NMF sobre o investidor estrangeiro e sobre os investimentos de investidores estrangeiros. Isso ocorre, por exemplo, no caso do NAFTA (artigo 1103), e dos TBIs celebrados pela Alemanha, Suíça e o Reino Unido.

Já o Tratado da Carta de Energia (artigo 10, parágrafo 7) e os TBIs dos Estados Unidos, apenas, concedem o tratamento NMF aos investimentos. Outra fórmula, ainda, foi adotada pelo tratado modelo da França, que outorga NMF aos investidores de acordo com os seus investimentos.

3.2.2. Limites do padrão NMF

Contudo, para ser protegido por uma cláusula NMF, o tratamento deve ser o tratamento geral, normalmente dispensado aos investidores de um país estrangeiro. Desta maneira, se um país receptor concede privilégios especiais ou incentivos a um investidor determinado, por meio de um contrato de investimento, não subsiste qualquer obrigação, à luz da cláusula NMF, de que todos os investidores estrangeiros devam ser tratados da mesma maneira. A liberdade de contratar prevalecerá sobre o padrão NMF. Só se este comportamento particular se tornar prática geral no país receptor, como no caso, de um regime especial previsto em regulamento é que nasce tal obrigação.

Há também situações objetivas nas quais o tratamento diferenciado é justificado, possibilitando que os investidores estrangeiros sejam tratados de forma distinta, como por exemplo, a concessão de benefícios para diferentes setores da atividade econômica, ou de acordo com a estrutura da empresa, ou ainda se os benefícios apenas atingirem indústrias de alta tecnologia. Deve-se verificar, no caso concreto, no entanto, se o único propósito do benefício foi distinguir investidores de um certo país.

O padrão NMF comporta, então, exceções, que variam consideravelmente de tratado para tratado, já que o âmbito do padrão NMF é bastante amplo. Deve-se considerar que o NMF atinge, inicialmente, toda atividade de investimento possível, sendo que políticas para setores específicos que dependam de reciprocidade podem variar dependendo da sua exclusão da abrangência do padrão NMF.

Por exemplo, o artigo XIV do GATS elenca algumas exceções à norma NMF, tais como proteção da moral e ordem pública, proteção da vida animal, vegetal ou humana, ou sobre segurança, entre outras. Desta forma, a norma NMF não é absoluta, porém qualquer exceção necessita ser comprovada pela parte que a alega, pois se trata de uma condição para a validade do tratado, que se correntemente descumprida pode gerar sua ineficácia.

3.2.3. NMF: comércio e investimento

A aplicação do padrão NMF é distinta nos campos do comércio e investimento. Em comércio, o padrão apenas se aplica a medidas na fronteira, em particular às tarifas²¹². Em relação a investimentos, o padrão NMF tem sido normalmente aplicado no tratamento de investidores *depois* de sua entrada. De qualquer forma, como já se comentou, alguns acordos estendem também sua operação ao estágio de pré-entrada. Assim, o efeito da NMF sobre comércio e investimento, representa uma garantia de liberdade para operações envolvendo as ETN's muito ampla, podendo a operação ocorrer na exata forma que seus concorrentes possam ter elegido.

3.2.5. Tratamento da nação mais favorecida e expropriação

Diretamente, no que se refere à expropriação, a relevância da NMF significa dizer que nenhuma expropriação pode ser discriminatória, e, com relação à solução de conflitos, um país receptor normalmente compromete-se a não discriminar se decide pagar compensação para as perdas sofridas; mais uma vez, o padrão NMF é aplicado.

3.3. Padrão de tratamento nacional²¹³

3.3.1. Definição

O padrão de tratamento nacional (TN) significa que um dado país receptor do investimento deve estender aos investidores estrangeiros o mesmo tratamento que é concedido aos seus nacionais, nas mesmas circunstâncias.

Assim, embora não seja um princípio geral de direito, o TN é um dos mais importantes padrões gerais utilizados na prática internacional para se assegurar o nível de tratamento de IED. Trata-se de padrão relativo, assim como a NMF, uma vez que o padrão de proteção depende daquele que é concedido aos outros investidores, sejam nacionais sejam estrangeiros de outras nacionalidades.

²¹² Por exemplo, pelo GATS, a cláusula NMF tem a seguinte previsão: “Com respeito à qualquer medida protegida por este Acordo, cada Membro deve conceder imediatamente e incondicionalmente para os serviços ou provedores de serviços de qualquer outro membro tratamento não menos favorável do que é concedido ao mesmo tipo de serviços ou provedores de serviços de qualquer outro país”

²¹³ CNUCED, 2000b.

O caráter relativo do TN e do NMF foi objeto de discussão, que elegeu a seguinte solução:

Mas o que determina o caráter relativo do tratamento nacional e da nação mais favorecida? A resposta está no conteúdo do padrão mínimo internacional, que se refere aos direitos pessoais, procedimentais e econômicos do estrangeiro. Ao comentar o caso “Neer”, que está apoiado no reconhecimento da existência do padrão mínimo internacional (BROWNLIE, 1998, p. 550 e MALANCZUK, 1997, p. 261), conforme anteriormente abordado, SCHWARZENBERGER esclarece que este padrão deve ser aplicado aos casos nos quais o Estado do residente tenha falhado ao proteger adequadamente a vida, a liberdade, a dignidade humana ou a propriedade, no mais amplo sentido da palavra, incluindo direitos contratuais de estrangeiros; ou nos quais, especialmente, na investigação de crimes cometidos contra estrangeiros, ocorra flagrante insuficiência da administração local. Para concluir, o autor afirma que o padrão mínimo internacional se aproxima das exigências mínimas das regras do direito no sentido anglo-americano do termo²¹⁴.

Normalmente, a aplicação do TN é restrita a investimentos de outras partes contratantes que são admitidos conforme as leis e regulamentos da parte receptora contratante. Estes são seguidos por uma regra que concede tratamento nacional aos investimentos de determinado modo admitidos, ao que se costuma chamar de concessão pós-entrada.

Cada Parte Contratante deve concordar com os Investimentos de investidores das outras Partes Contratantes nesta área, e suas atividades correlatas, incluindo, administração, manutenção, uso, gozo ou disposição, tratamento não menos favorável do que àquele concedido aos Investimentos dos seus próprios Investidores ou dos Investidores de qualquer outra Parte Contratante ou de qualquer terceiro Estado e suas atividades relacionadas, incluindo, administração, manutenção, uso, gozo ou disposição, o que for mais favorável²¹⁵.

Cabe aqui comentar como o TN é aplicado no GATS, que em face da progressiva liberalização, o Estado pode listar positivamente (cláusula *opt-in*) setores em sua agenda para posterior liberalização, e mesmo após, pode ainda, ao liberalizar o setor, estabelecer até em que ponto o setor será liberalizado, listando outra forma de liberalização, sem que haja, no entanto, discriminação no tratamento “de facto” ou “de jure” .

²¹⁴ MARZOCHI, Christiane Della Libera. O tratamento jurídico do investimento estrangeiro no processo de integração econômica: NAFTA e MERCOSUL. Dissertação (Mestrado em Direito). 2005. Universidade Católica de Santos.

²¹⁵ Vide Tratado da Carta de Energia, artigo 10 (7).

Há ainda aqueles tratados que estendem a proteção do TN a fase prévia ao estabelecimento do investimento, como, por exemplo, do Tratado Bilateral de Investimento modelo dos EUA de 1994:

Com relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação e vendas ou outras disposições dos investimentos protegidos, cada Parte deve conceder tratamento não menos favorável do que aquele concedido, em situações semelhantes, aos investimentos em seu território de seus próprios nacionais ou companhias (a partir de aqui, “tratamento nacional”) ou a investimentos em seu território de nacionais ou companhias de um terceiro país (de agora em diante, “tratamento da nação mais favorecida”), o que for mais favorável (a partir daqui, “tratamento nacional e da nação mais favorecida”)

3.3.2. Tratamento Nacional e expropriação

Como vimos no caso da NMF, o padrão TN relaciona-se com a expropriação no que se refere ao dever de não discriminação entre investidores, seja no momento de escolher o que se vai expropriar, seja no momento da compensação pela expropriação. Apenas que agora a discriminação não pode ocorrer entre investidores estrangeiros e investidores nacionais do Estado receptor.

4. PADRÕES DE COMPENSAÇÃO DA EXPROPRIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Adiante serão feitos alguns comentários acerca dos padrões de compensação de expropriação aplicável no Direito Internacional. No caso do padrão de compensação, desde já, cumpre informar que tanto aspectos de Direito Nacional quanto aspectos de Direito Internacional são aplicáveis.

Inicialmente cumpre explicar que o padrão de compensação dependerá diretamente qual ativo está sendo reclamado, se uma propriedade a compensação deverá se ater ao valor da propriedade que está sendo reclamada, mais eventuais indenizações. No entanto, pode representar também o descumprimento de obrigações contratuais, como nos comuns casos de descumprimento do Estado em contratos com estrangeiro. Costuma-se aí utilizar os valores dos chamados lucros cessantes e danos emergentes.

Para o caso das expropriações diretas, a situação nos parece mais tranquila nos casos julgados. No entanto, o Direito Internacional do Investimento tem percebido, como já debatido acerca das chamadas expropriações indiretas, e nesse caso, especialmente aquelas medidas equivalentes à expropriação. Em grande parte dos casos, a quebra das obrigações contratuais em relações com o Estado receptor tem sido encarada como expropriação, o que nos leva a analisar detidamente as formas de reparação já utilizadas.

Ótimo ponto de partida é o Caso da Fábrica Chorzów.

ESTUDO DE CASO 5. CASO DA FÁBRICA DE CHORZÓW

Controvérsia instaurada sob os auspícios da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), o Governo da Alemanha requereu indenização do Governo polonês em consequência das atitudes tomadas em prejuízo das companhias alemãs localizadas na Polônia.

Em 5 de Março de 1915, um contrato foi estabelecido entre o Império Alemão e a *Bayerische Stickstoffwerke A.-G. (Bayerische)*, segundo o qual entre outras coisas, seria construída uma fábrica de nitrato em *Chorzów*, na Alta Silésia, que seria administrada pelo Império Alemão até 31 de Março de 1941.

Já em 24 de Dezembro de 1919, constituiu-se a *Oberschlesische Stickstoffwerke A.-G. (Oberschlesische)* mediante a incorporação da fábrica de *Chorzów* após alienação realizada pelo Império Alemão, mantendo-se, entretanto, a administração nas mãos da *Bayerische*.

Em 1º de Julho de 1922, ficou decidido que a transferência de propriedade em favor do Império Alemão era nulo, devendo os terrenos voltarem para o acervo patrimonial do Tesouro Polonês, o que efetivamente ocorreu dois dias depois com a imissão na posse pelo responsável delegado pelo governo polonês.

Ainda pendentes as decisões do Tribunal Arbitral Misto Germano-polonês de Paris e do tribunal local polonês, foi submetido o julgamento perante a Corte Permanente de Justiça Internacional em 1925.

Em 25 de maio de 1926, a Corte Permanente de Justiça Internacional decidiu que a aplicação do decreto polonês efetivou uma expropriação de ativos alemães, sendo devida indenização para que o ato possa restar em conformidade com a Convenção de Genebra.

Após, os países entraram em negociações para acerto amigável das compensações devidas. Entretanto, em 8 de fevereiro o governo alemão emitiu nota solicitando novo julgamento da Corte Permanente de Direito internacional buscando confirmar se a Corte possuía jurisdição no litígio envolvendo a fábrica de Chorzów, isso porque os governos pareciam naquele momento “ter pontos de vistas tão diferentes que parecia impossível evitar o recurso a um tribunal internacional²¹⁶”.

Confirmada a possibilidade de julgar o caso, foi submetida a Corte julgar o pedido de indenização feito pelo governo alemão reclamando os prejuízos sofridos com a tomada da propriedade pelo Decreto polonês.

No julgamento de 13 de setembro de 1928, estatuíram-se importantes diretrizes para a compensação de atos danosos internacionais. Já no início do julgamento fica estabelecido que: “é um princípio de direito internacional que a reparação de um dano consiste numa indenização correspondente ao prejuízo que os nacionais daquele Estado tenham sofrido”²¹⁷.

Além disso, também ficou decidido: “O princípio essencial contido na noção atual de um ato ilegal – um princípio que parece estar estabelecido pela prática internacional e em particular por decisões de tribunais arbitrais – é que a reparação precisa, o máximo possível, apagar todas as conseqüências do ato ilegal e reestabelecer a situação que, com toda probabilidade, existiria se aquele ato não tivesse sido cometido. Restituição da coisa, ou, se não for possível, o pagamento de uma soma correspondente ao valor no qual a restituição da coisa significaria; a entrega, se necessário, das perdas pelos frutos não percebidos que não seriam cobertas pela restituição da coisa ou o pagamento em seu lugar – estes são os princípios que serviriam para determinar a quantia da compensação devida por um ato contrário ao direito internacional.”²¹⁸

²¹⁶ Corte Permanente de Justiça Internacional. Julgamento nº 8, Ser. B, nº 3, 1927.

²¹⁷ Corte Permanente de Justiça Internacional. Julgamento nº 13, Ser. A, nº 17, 1928, p. 28-9.

²¹⁸ Corte Permanente de Justiça Internacional. Julgamento nº 13, Ser. A, nº 17, 1928, p. 47.

Assim, a restituição é o método preferencial de reparação de um dano cometido e sofrido por alguém, porém normalmente a solução se dará por meio de compensação.

Também comparou-se a quebra de obrigações contratuais com um ato expropriatório, o que servirá de base para importantes discussões acerca dos treaty claims e contract claims.

Por fim, outra contribuição bastante relevante trazida pelo caso, é o padrão de compensação semelhante ao preceituado pela fórmula Hull: “pronta, adequada e efetiva”. O que no caso ficou descrito como sendo o reestabelecimento da situação que poderia com toda probabilidade ocorrer, se não fosse o prejuízo de direito internacional provocado pelo governo polonês.

Um pouco diferente do que ocorre com a propriedade, tem sido decidido que a quebra dos contratos gera para o Estado o dever de indenizar o montante das perdas atuais, ou seja, as despesas acumuladas com o investimento (danos emergentes) e os ganhos não auferidos (lucros cessantes)²¹⁹, com base ora no que dispõe o direito interno²²⁰ ora nos princípios gerais de direito internacional²²¹.

Dessa maneira, para que sejam retirados os efeitos do ato equivalente à expropriação, tem-se considerado que o investidor deve ser colocado na mesma situação que estaria se o contrato tivesse sido normalmente respeitado. Veja, o que foi decidido no caso Amco:

“assim, a total compensação do prejuízo, concedendo para a parte ofendida *damnus emergens* e *lucrum cessans* é um princípio comum para os principais sistemas de direito interno, e portanto, um princípio geral de direito que pode ser considerado como fonte de direito internacional.²²²”

²¹⁹ Vejam-se os casos Sapphire International Petroleum Ltd. V. National Iranian Oil Co., decisão de 15 de março de 1963; P.W. Shufeldt v. Guatemala, decisão de 24 de Julho de 1930.

²²⁰ Karaha Bodas Co., LLC v. Pertamina & others, decisão final de 18 de dezembro de 2000. A decisão faz expressa menção ao direito indonésio que regula a indenização acumulando lucros cessantes com danos emergentes.

²²¹ SABAHI, Borzu. The calculation of damages in International Investment Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 558. O autor comenta essa tendência e faz referência ao caso Amco Asia.

²²² Amco Asia v., Julgamento do Mérito, Caso ICSID ARB (81) 1

A regra deve ser obedecida como uma simples conseqüência do princípio do *pacta sunt servanda*, pois isso nada mais consiste do que na substituição de uma obrigação pecuniária por uma obrigação que foi prometida, mas não cumprida²²³.

4.1. Evolução dos padrões de compensação

Não há um padrão de compensação e não há um padrão de compensação que já foi aplicado. De fato, persiste um grande debate acerca dos padrões de compensação, o que nos leva a tecer um breve histórico acerca dos padrões prevalecentes, conforme o período histórico político.

4.1.1. antes da 2ª Guerra Mundial

Antes da 2ª Guerra Mundial, o padrão de compensação vigente era aquele proposto por Cordell Hull²²⁴. O Secretário de Estado norte-americano em correspondência ao governo mexicano relacionada às perdas de cidadãos de seu país na Revolução Mexicana reclamou indenização “imediate, adequada e efetiva”²²⁵.

Por “imediate” entende-se que a compensação deve ser paga ou logo após a tomada da propriedade, ou caso contrário, juros deverão ser pagos. Dispõe as Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto em seu artigo IV, 8 que em circunstâncias específicas, como aquela em que as divisas para o pagamento da indenização provenham do Fundo Monetário Internacional, a compensação será imediata desde que paga o mais rápido possível, dentro de um limite máximo de 5 (cinco) anos do tempo da expropriação, devendo acrescer ao montante os juros devidos²²⁶.

Já, “adequada” implica dizer que a compensação será integral da maneira como entender o tribunal no caso concreto. E, “efetiva” é a compensação paga em moeda livremente conversível, designada como livremente utilizável pelo Fundo Monetário Internacional, ou se aceita pelo investidor²²⁷.

²²³ Sapphire International Petroleum Ltd. V. National Iranian Oil Co., decisão de 15 de março de 1963.

²²⁴ Apesar de não adotada a expressão, a forma de cálculo já foi adotada por exemplo no caso da Fábrica Chorzów. Ver quadro: Estudo de Caso acima.

²²⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. Direito Econômico Internacional. Curitiba: Juruá, 2005, p. 172.

²²⁶ Artigo IV, 8 das Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto

²²⁷ Artigo IV, 7 das Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto, e, SABAHI, Borzu. The calculation of damages in International Investment Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE,

4.1.2. depois da 2ª Guerra Mundial até a Nova Ordem Econômica Internacional

O aparecimento da nova ordem econômica internacional, como já discutido neste trabalho ensejará profundas alterações no contexto internacional no que se refere aos padrões de compensação por expropriações.

Com as Revoluções Russa e Mexicana, e o fortalecimento das políticas dos países comunistas, a propriedade que detinha um contexto particular passará a ser tratada politicamente como bem coletivo ou social, que, em regra, deveria permanecer nas mãos do Estado.

Isso provocará uma profunda tensão no cenário das Relações Internacionais, uma vez que para os países do bloco comunista a expropriação não deveria gerar qualquer direito a indenização aos particulares.

A Nova Ordem Econômica Internacional se fundamentará no princípio da soberania permanente, que reconhece o direito do Estado receptor regular e exercer autoridade sobre as atividades do investidor estrangeiro, por meio de medidas legislativas ou administrativas em conformidade com suas políticas e prioridades nacionais; por outro lado, enfatiza-se a obrigação do investidor estrangeiro em se adequar com a políticas econômicas do Estado receptor²²⁸.

Tal teoria, no entanto, será mitigada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas que por meio de diversas Resoluções²²⁹ criará o padrão que se costuma atualmente chamar de compensação “apropriada”, conforme se percebe da sua redação:

Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 559.

²²⁸ CHOWDITURY, Subrata Roy. Permanent Sovereignty over Natural Resources: substratum of the Seoul Declaration. In: WAART, P.; PETERS, P.; DENTERS, E. (org.). International Law and Development. Dodrecht: Martinus Nijhoff, 1988, p. 64.

²²⁹ Resolução nº 1803 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas sobre a Soberania Permanente sobre Recursos Naturais, 17ª Sessão de 1962 (doravante AG/ONU); Resolução nº 3201 da AG/ONU “Declaração sobre o Estabelecimento da Nova Ordem Econômica Internacional”, 6ª Sessão Especial de 1974; e, Resolução nº 3281 da AG/ONU “Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados”, 29ª Sessão de 1974.

“o proprietário deve receber uma ‘compensação apropriada’, de acordo com as regras vigentes no Estado que toma referidas medidas no exercício de sua soberania e de acordo com o direito internacional (...)”²³⁰

Comentando a referida Resolução nº 1.803, José Carlos de Magalhães cita Charles De Visscher concluindo que: “a nacionalização dificilmente permite mais que uma indenização parcial, calculada menos pela extensão do dano do que pela capacidade e boa vontade do Estado que a realizou”²³¹.

Como se sabe, as Resoluções da Assembléia Geral não constituem direito vinculante (“hard law”), mas normalmente indica indício de prática generalizada no âmbito do direito internacional (“opinio juris”)²³². Ao mesmo passo, costuma-se alegar que especificamente essas Resoluções em conjunto com acordos *lump-sum*, reforçam o padrão de “compensação adequada”. Trata-se de questão a ser debatida, mas, atualmente com pouca força dado o enfraquecimento da Nova Ordem Econômica Internacional após meados da década de 1970.

Desse modo, o antes vigente padrão Hull de compensação não pode mais ser considerado como parte do direito internacional costumeiro, especialmente nesse período, como pontua Chowditory:

“Não há evidência que o padrão Hull faça parte do direito internacional costumeiro, no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Pelo contrário, há evidência indicando que o padrão tem sido trocado por um variedade de fórmulas flexíveis dependendo dos fatos de cada caso, e levando-se em conta a balança de interesses, e circunstâncias políticas e econômicas, como por exemplo a capacidade de se pagar (...)”²³³

4.1.3. pós-Nova Ordem Econômica Internacional

Após a perda política no cenário internacional, ocorreu de forma conjunta a explosão dos Acordos para Promoção e Proteção dos Investimentos (APPRI) que de forma quase unânime adotou o padrão Hull como forma de compensação para as expropriações.

²³⁰ Resolução nº 1803 da AG/ONU, parágrafo 3.

²³¹ VISSCHER, Charles de. *Théorie et Réalités em Droit International Public*. 3ª ed. Paris: Pédone, 1960 apud MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Internacional Econômico*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 173.

²³² Veja caso da Corte Internacional de Justiça “Legalidade da Utilização ou Ameaça de Armas Nucleares” de 1996, parágrafo 70.

²³³ CHOWDITURY, Subrata Roy. *Permanent Sovereignty over Natural Resources: substratum of the Seoul Declaration*. In: WAART, P.; PETERS, P.; DENTERS, E. (org.). *International Law and Development*. Dodrecht: Martinus Nijhoff, 1988, p. 77.

Não se pode afirmar, no entanto, que o padrão Hull já consista em parte do direito costumeiro internacional, primeiro porque ainda não é pacífico que a compensação dos prejuízos deva abranger tantos danos emergentes quanto lucros cessantes²³⁴, e segundo porque apesar do elemento “adequado” ser aplicado como padrão de compensação para qualquer laudo internacional, os elementos imediato e efetivo são objeto de controvérsia, já que em diversas legislações internas²³⁵ e em alguns acordos internacionais²³⁶ tais elementos não são previstos²³⁷.

4.2. Avaliação das perdas

Diversos modelos são utilizados para a avaliação dos ativos, variando segundo os preços que são pagos nas vendas de empresas semelhantes, preços oferecidos para aquisição do objeto da empresa, o valor acionário das Companhias de capital aberto, previsão das receitas e despesas para os próximos anos, entre outros elementos²³⁸.

Normalmente utilizam-se vários desses modelos combinados, uma vez que nem sempre tais informações são disponíveis. Nem sempre há como se verificar o valor de mercado de uma empresa, seja porque a empresa atua em regime de monopólio dentro de determinado

²³⁴ Fundamenta tal posicionamento, SABAHI, Borzu. The calculation of damages in International Investment Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 555.

²³⁵ O Direito brasileiro, como veremos adiante, em diversas situações não prevê o padrão Hull de compensação. Sobre o assunto veja-se MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coords.). O Direito Internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998. p. 884. “Há, como se percebe, um descompasso entre o regime jurídico da desapropriação no direito brasileiro e o estabelecido nos tratados celebrados pelo país, que interfere com a segunda parte importante dos assuntos neles regulados e que diz respeito à arbitragem, facultada ao investidor estrangeiro – e não ao Estado”.

²³⁶ Veja-se, por exemplo, Modelo “B” dos Acordos Modelos sobre Promoção e Proteção de Investimentos do Comitê Jurídico Consultivo Afro-Asiático “Uma Parte Contratante pode exercer seus direitos de soberania em matéria de nacionalização ou expropriação a respeito de um investimento... uma vez paga a compensação apropriada...”; e, Tratado Bilateral de Investimento China e Tailândia de 1985 “Apenas por interesse público e mediante compensação, poderá qualquer Parte Contratante expropriar, nacionalizar ou tomar medidas similares... Tal compensação será equivalente ao valor apropriado dos investimentos expropriados ...”.

²³⁷ SABAHI, Borzu. The calculation of damages in International Investment Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 563. Veja-se também Estudo do Banco Mundial. “Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment” de 1992.

²³⁸ SABAHI, Borzu. The calculation of damages in International Investment Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 565.

mercado, seja porque a empresa não contabiliza a valor de mercado suas participações acionárias etc.

Inicialmente, considerada a importância para fins da avaliação dos bens expropriados serão feitos alguns comentários acerca da data da expropriação para fins da avaliação, logo depois trataremos especificamente da avaliação em si dos ativos, inicialmente quando se tratam de propriedades, e depois quando a expropriação é uma sanção pelo descumprimento de obrigações contratuais.

4.3. Data da expropriação

Um fator muito importante na avaliação é a determinação da data para o cálculo do valor devido em consequência da expropriação. Isso ocorre com mais facilidade no caso de expropriações diretas com tomada da propriedade, quando tal data servirá para evidenciar os danos causados ao ativo do investidor. No Tratado Bilateral sobre Investimento Modelo dos EUA de 2004 é previsto, por exemplo, como data da expropriação a data “imediatamente anterior a que seja tomada ou seja conhecida a ação expropriatória, o que ocorrer primeiro”

Todavia, nem sempre as coisas ocorrem dessa maneira. Como vimos, no caso de expropriações paulatinas, uma série de atos praticados pelo Estado retira o valor dos ativos do investidor, sendo que considerada a data do primeiro ato e considerada a data do último ato, os resultados encontrados poderão ser bastante distintos. Aliás, do mesmo problema padece as expropriações configuradas no caso de condutas estatais injustas ou inequitativas, posto que, não há uma data determinada para que se considere o Estado como injusto, na grande maioria das situações, mas se trata sim de uma série encadeada de atos que prejudicam o investidor face às condições de mercado regulares²³⁹.

Uma solução foi encontrada no caso *Malek v. Irã*, como a seguir a descrevemos:

“Quando a alegada expropriação é realizada por meio de uma série de interferências na fruição da propriedade, o descumprimento que leva à causa de pedir da ação deve ser considerada realizada no dia que a interferência

²³⁹ SABAHI, Borzu. The calculation of damages in International Investment Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 564.

suprimiu para uma privação mais ou menos irreversível da propriedade ao invés do que o início da data dos eventos”²⁴⁰.

Tal solução, no entanto, não pode ser sempre atingida, permanecendo profundas dificuldades no tema. No entanto não podemos nos afastar da idéia de que alguma complacência com a data indicada pelo investidor, árbitro deve observar, uma vez que é vítima de um ato danoso internacional²⁴¹.

Passemos a debater os padrões de compensação aplicáveis.

4.4. *Restitutio in integrum*

Como vimos, a avaliação da propriedade em casos de expropriação segue o padrão utilizado desde o caso da Fábrica Chorzów, ou seja, o *restitutio in integrum*. Pela restituição integral, somam-se os danos emergentes aos lucros cessantes.

No que se refere, portanto, aos danos emergentes é mais simples calcular uma vez que basta o levantamento contábil do período em que a expropriação foi realizada. Assim, vejamos a decisão no caso LIAMCO²⁴²:

“Este item consiste na avaliação das contas correntes e dos ativos imobilizados que foram expropriados pela Líbia na expropriação da LIAMCO.

Ativos correntes incluem caixa (\$16.000), óleo cru no tanque (\$2.064.918), materiais e suprimentos (\$5.111) e material de escritório alugado previamente quitado, mais a concessão dos materiais de superfície (\$82.166).

Já quanto ao ativo imobilizado, o valor já foi reduzido pela depreciação e amortização, conforme o tempo que tais ativos estavam em operação anteriormente à data da expropriação. Nesta conta estão incluídas: campo de Raguaa e respectivas benfeitorias (\$3.647.429), campo de Mabruk e respectivas benfeitorias (\$2.750.728), fábrica de gás de Raguba (\$2.881.228), maquinários de superfície de Raguba (\$2.946.186), material de escritório (\$16.732), projetos em andamento (\$5.259) e custos já realizados (\$1.733.011).

O valor total dos ativos correntes e imobilizado atinge \$16.148.768. Desse valor deve ser abatido o passivo circulante que concerne imposto de renda,

²⁴⁰ Malek v. Irã, conforme Decisão nº 534-193-3 de 1992 do Tribunal Irã-Estados Unidos.

²⁴¹ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. **Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary**. Haia: Kluwer Law International. 2005. p. 1331.

²⁴² Lybian American Oil Company (LIAMCO) v. Governo da República Árabe da Líbia, conforme decisão de 12 de abril de 1977.

sobretaxas e pagamentos complementares no valor de \$2.266.091, chegando-se ao valor líquido dos ativos tangíveis de \$13.882.677.

As avaliações acima representam o valor de mercado sobre 25,5% da LIAMCO em referidos ativos. Tal valor é baseado no custo original de apenas setenta campos conforme demonstrado nos livros e documentos da Companhia, ajustado por variações de custos de construção ao se aplicar o respectivo índice de construção internacional no Oriente Médio.”

Já, no que se refere aos lucros cessantes, importa-nos ressaltar que o assunto é controverso, especialmente no que se refere ao limite dos lucros cessantes calculados. De acordo com a prática internacional, utiliza-se o método dos lucros que seriam auferidos com toda probabilidade.

Um exemplo em que é o caso em que Portugal concedeu para um cidadão norte-americano, Edward MacMurdo, a construção de uma ferrovia na África do Sul. A construção começou normalmente em 1884, mas 1887 foi emitido um decreto pelo qual MacMurdo deveria construir ainda mais 7 quilômetros em 6 meses. Diante da impossibilidade de MacMurdo em cumprir o aditivo contratual, Portugal expropriou a ferrovia anulando a concessão alegando descumprimento do contrato²⁴³.

No julgamento de 29 de março de 1900 na Corte de Arbitragem da Baía de Delagoa foi decidido que:

“Com relação ao período de tempo pelo qual os lucros devem ser contabilizados, o Tribunal adotou o período estipulado como o tempo da concessão no artigo 28 do contrato, ou seja, 35 anos, e tratou o caso como uma “antecipação de resgate”. O método geral de indenização adotado é destinar aos requerentes (1) o efetivo ou ao menos os prováveis lucros nesses trinta e cinco exercícios fiscais (após deduzir as perdas percebidas nos primeiros anos fiscais que, como se sabe, resultaram em prejuízos), e (2) o preço que Portugal deveria pagar após trinta e cinco anos para retomar a linha férrea, que, de acordo com o artigo 28 da concessão, era o preço equivalente à receita média dos últimos sete anos multiplicado por vinte”.

4.3.1. Método do Valor de Mercado Líquido

Mais conhecido por sua sigla em inglês (Net Book Value – NBV), o método de valor contábil líquido consiste na diferença entre os ativos e os passivos conforme escriturado nos livros contábeis da Companhia, ou ainda a quantia de ativos tangíveis expropriados que constam no

²⁴³ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. **Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary**. Haia: Kluwer Law International. 2005. p. 1338-9.

balanço patrimonial da Companhia, deduzidas a depreciação ou amortização acumulada conforme os princípios de contabilidade geralmente aceitos²⁴⁴.

Algumas críticas são feitas ao modelo debatido. Primeiro que os ativos são escriturados por um valor histórico e não pelo valor de mercado no momento da expropriação, quanto mais tempo, mais longe do real é o valor escriturado. Segundo, porque os ativos podem ser depreciados por propósitos contábeis conforme taxas diferentes da que o ativo é ainda produtivo. Terceiro, há dificuldade em se contabilizar ativos intangíveis, posições contratuais, habilidades de gestão, expertise etc. E, por fim, quarto os elementos do ativo têm valor econômico distintos quando parte do acervo de um determinado Patrimônio, separadamente podem não valer o mesmo²⁴⁵.

4.3.2. Método do Valor de Reposição

Pelo método do valor de reposição busca-se mensurar o valor do ativo expropriado por meio do valor que o ativo representaria agora no Patrimônio da Companhia, inclusive no que se refere aos frutos que este ativo estaria produzindo atualmente²⁴⁶. As críticas desenvolvidas ao método indicam que dificilmente o ativo pode ser mensurado de forma a ser completamente reposto²⁴⁷.

4.3.3. Método do Valor de Liquidação

De acordo com este método os ativos da empresa são avaliados pela soma das quantias pelas quais os ativos separadamente poderiam ser vendidos menos qualquer obrigação que a

²⁴⁴ Artigo IV, 6 das Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto; FRIEDLAND, Paul D.; WONG, Eleanor. **Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies**. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. Vol. 6. 1991. p. 405; e, STAUFFER, Thomas R. **Valuation of Assets in International Takings**. Energy Law Journal. Vol. 17, p. 459. 1996. O método foi aplicado, p. ex., no caso Amoco International Finance Corporation v. Governo da República Islâmica do Irã, Decisão nº 310-56-3 de 14 de Julho de 1987 da 3ª Câmara do Tribunal Irã-Estados Unidos.

²⁴⁵ SABAH, Borzu. The calculation of damages in International Investment Law. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007, p. 566.

²⁴⁶ Veja o Artigo IV, 6 das Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto, e também, o caso Governo do Estado do Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL), Decisão de 24 de maio de 1982, para. 165.

²⁴⁷ FRIEDLAND, Paul D.; WONG, Eleanor. **Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies**. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. Vol. 6. 1991. p. 405-6.

empresa possua²⁴⁸. Nesse caso, esse método deve ser utilizado em empresas com problemas de lucratividade, já que após a soma da venda de todos os ativos individualmente considerados, as atividades da empresa são liquidadas ao invés da empresa continuar operando²⁴⁹.

Tal modalidade nada mais consiste numa aplicação específica do Método do Fluxo de Caixa Descontado para empresas próximas a finalizar suas operações, já tendo sido inclusive adotada na prática²⁵⁰.

4.3.4. Método do Fluxo de Caixa Descontado

De utilização recente nos laudos arbitrais, o método do Fluxo de Caixa Descontado (ou em inglês, Discounted Cash Flow) valora o resultado que será produzido pelo ativo estimando o fluxo de caixa que o ativo provavelmente geraria no curso do tempo de sua utilização, e daí desconta-se fatores como o custo do valor do dinheiro e o risco associado com tal fluxo de caixa²⁵¹.

Inicialmente, envolve o cálculo das receitas em dinheiro previstas em cada ano futuro, daí subtraindo as despesas esperadas com o dinheiro, chegando-se ao resultado do fluxo de caixa prevista para aquele ano.

Considerando que dinheiro a ser recebido vale menos do que o dinheiro já em mãos, haverá um abatimento, que consistirá na aplicação de uma taxa de desconto que reflete o valor do dinheiro, previsão de inflação e qualquer risco relacionado ao fluxo de caixa. Normalmente é mensurado comparando-se a taxa de retorno disponível no mercado em investimentos alternativos que envolviam os riscos semelhantes ao do ativo ou empresa que se esteja avaliando²⁵².

²⁴⁸ Artigo IV, 6 das Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto.

²⁴⁹ FRIEDLAND, Paul D.; WONG, Eleanor. **Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies**. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. Vol. 6. 1991. p. 406.

²⁵⁰ SEDCO, Inc. v. Iran Marine Industrial Company, Decisão nº 419-128/129-2 de 30 de março de 1989 do Tribunal Irã-Estados Unidos.

²⁵¹ Artigo IV, 6 das Diretrizes do Banco Mundial para o Tratamento do Investimento Estrangeiro Direto.

²⁵² FRIEDLAND, Paul D.; WONG, Eleanor. **Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies**. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. Vol. 6. 1991. p. 406-7.

A soma dos valores presentes dos fluxos de caixa dos anos objeto de avaliação é o valor do ativo ou da empresa avaliada segundo o Método dos Fluxos de Caixa Descontados.

Importa ressaltar que, apesar de ser o mais festejado método²⁵³, nada há aqui que prejudique a utilização dos demais, bastando que seja aplicado o método conforme a situação específica que deve ser empregada. Enquanto o método dos fluxos de caixa é melhor utilizado em empresas com longo tempo de atividade, de modo que os cálculos possam ser feitos da maneira mais concreta possível, o inverso é verdadeiro para o cálculo pelo valor contábil no caso de investimentos recém-realizados, em que o valor comercial escriturado ainda não sofreu perdas significativas nos registros contábeis da empresa.

Tal entendimento foi inclusive, expressamente adotado no caso do Metalclad, pelo qual ficou decidido:

“119. Normalmente, o valor de mercado justo de um objeto que possui uma história de operação em lucratividade pode ser fundamentada em uma estimativa de lucros futuros sujeitos à análise dos fluxos de caixa descontados. *Benvenuti and Bonfant Srl v. Governo da República Popular do Congo*, 1 ICSID Reports 330; 21 I.L.M. 758, *AGIP SPA v. Governo da República Popular do Congo*, 1 ICSID Reports 306; 21 I.L.M. 737.

120. Entretanto, quando uma empresa não funcionou por tempo suficiente para que se possa estabelecer um levantamento de desempenho ou quando a empresa não foi lucrativa, lucros futuros não podem ser usados para determinar o valor do objeto ou o valor justo de mercado. Em *Sola Tiles, Inc. v. Irã* (1987) (14 Iran-U.S. C.T.R. 224, 240-42; 83 I.L.R. 460, 480-81), o Tribunal Irã-Estados Unidos acentuou a importância com relação ao valor da empresa da “reputação de seus negócios e da relação que estabeleceu com seus fornecedores e consumidores”. Da mesma maneira, no *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 246 (1990) at 292), outro Tribunal do ICSID observou que, ao lidar com problema de comparação para análise do valor do fundo de comércio, que seu julgamento ‘requer prévia presença no mercado de ao menos dois ou três anos, período mínimo necessário para se estabelecer conexões de negócios contínuas’.”

²⁵³ É o critério considerado como o mais adequado, por exemplo, pelo famoso Professor José Carlos de Magalhães em sua excelente e pontual obra *Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 174. Na prática, diversos casos adotaram o método: *Philips Petroleum Company Iran v. República Islâmica do Irã*. Decisão nº 425-39-2 de 29 de Junho de 1989 da 2ª Câmara do Tribunal Irã-Estados Unidos. Para. 114; *CME Czech Republic B.V. (Holanda) v. República Tcheca*, Decisão final UNCITRAL de 14 de março de 2003, para. 563 e seguintes.

C. REGULAÇÃO DO IED NO DIREITO BRASILEIRO

1. MARCO REGULATÓRIO BRASILEIRO

1.1. Regras específicas aplicáveis ao IED no Brasil

1.1.1. Âmbito internacional

Tradicionalmente, o Brasil promove acordos sobre investimentos com outros países garantindo uma legislação específica para o investidor internacional. Assim acontece com 3 países, com a Itália²⁵⁴, com o Paraguai²⁵⁵ e com os Estados Unidos²⁵⁶.

Este último se trata de um Acordo de Garantia de Investimento destinado a regulamentar a concessão de garantias de investimento feita por um Estado em favor de investidor nacional, que realize investimentos no outro território. No que se refere a expropriação de bens estrangeiros, não subsiste questões de Direito Internacional Público “a não ser e até o que o processo judicial do País Recipiente tenha sido exaurido e se configure uma denegação de justiça, na forma em que tais termos são definidos no Direito Internacional Publico”.²⁵⁷.

Quanto aos modernos TBIs, o Brasil firmou quatorze, porém nenhum foi ratificado e fora todos retirados da Pauta do Poder Legislativo, pelo próprio Poder Executivo do país²⁵⁸.

No âmbito de Acordos Multilaterais, o Brasil não é signatário da Convenção de Washington que constitui o Centro Internacional para Resolução de Diferenças entre Investidores e Estados, mais conhecido como ICSID²⁵⁹.

²⁵⁴ Decreto de promulgação nº 30.823/52.

²⁵⁵ Decreto de promulgação nº 42.918/57.

²⁵⁶ Decreto de promulgação nº 57.943/66.

²⁵⁷ SCHLEE, Paula Christine. **Investimento internacional e desenvolvimento**. In: BARRAL, Welber (org.) *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 265-6.

²⁵⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *CIADI y arbitraje em contrato com el Estado*. In: BIOCCA, Stella Maris (org.) *Jurisdicción internacional em las relaciones juridicas y econômicas em que el estado es parte*. Bahia Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2006. p. 55.

²⁵⁹ Embora não seja signatário há possibilidade do Brasil ou de empresas brasileiras lá solucionarem suas controvérsias. Vide COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina Costa; e, ANDRADE, Thiago Pedrosa de. *Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?* In: *Revista Direito GV*. Vol. 3. ano 2. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, Novembro de 2007.

No entanto, o Brasil aderiu ao Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), organismo que garante riscos não-comerciais, incluindo co-seguros e resseguros, de investimentos realizados por nacional de país membro em país membro.

Também no âmbito da OMC, como já dissemos, o Brasil aderiu ao TRIMs e ao GATS, sendo que ambos lidam com questões que versam sobre investimentos.

Embora não incorporado a legislação interna dos membros do Mercosul, o Protocolo de de Colônia que trata dos investimentos define investimento estrangeiro direto com base em ativos no Protocolo de Colônia, enquanto para investidor adotou os critérios de nacionalidade e do domicílio concomitantemente (DIAS, 2004).

1.1.2. Âmbito interno

No âmbito interno, a regulação tem por base a Lei 4.131/62 e sua emenda, a Lei 4.390/1964²⁶⁰. Tal norma aplica o critério do domicílio, sendo estrangeiro todo investidor que tenha seu domicílio fora do país. Já, para a definição de investimento estrangeiro utiliza-se o Regulamento Anexo à Circular 2.997/00 do Banco Central do Brasil em que se preceitua o investidor estrangeiro como aquele que com domicílio ou sede no exterior possua um investimento no Brasil.

Uma importante característica é vigência do princípio da liberdade total das remessas de lucros, devendo, no entanto, estar em conformidade com as normas cambiais e cumprir o requisito do registro de capitais estrangeiros no país. As remessas são feitas sob a fiscalização do Banco Central do Brasil, apenas podendo ocorrer via banco autorizado a fazer câmbio, de acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Internacional (CMN)²⁶¹.

1.2. Desapropriação no Direito brasileiro

²⁶⁰ FERRAZ, Flávia Rocha. Investimentos Externos Diretos: aspectos mais relevantes da legislação cambial. **Revista de Direito Bancário**. Vol. 33. São Paulo: RT, p. 358-375.

²⁶¹ SCHLEE, Paula Christine. **Investimento internacional e desenvolvimento**. In: BARRAL, Welber (org.) *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 280.

1.2.1. Notas preliminares

Pode-se afirmar que o fenômeno da desapropriação foi, e é, um dos maiores problemas enfrentados pelos investidores quando em terras estrangeiras (DOLZER, 1981, P. 553). A defesa da propriedade do estrangeiro já é uma preocupação antiga que oferece grandes discussões na seara internacional, haja vista que dois interesses são diretamente contrapostos: a livre disposição da propriedade e o atendimento pelo particular da função social que hoje o direito de propriedade se submete.

No Brasil, a regulação da desapropriação se dá por diversos diplomas legais. Na Constituição Federal há os artigos 5º, XXIV; 182, parágrafo 4º, III e 184 e parágrafos. Já, a legislação infraconstitucional é ampla, merecendo especial atenção o Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, com suas alterações posteriores, a Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962, e o Decreto-lei 1.075, de 22 de janeiro de 1970.

De acordo com a legislação vigente no Brasil, a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade²⁶². Assim, atendidos os requisitos para a desapropriação, ou seja, em havendo necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro, no caso da desapropriação comum²⁶³, ou em títulos especiais da dívida pública, sendo desapropriação para política urbana²⁶⁴ ou para reforma agrária²⁶⁵, a propriedade passa ao Estado de forma autônoma, originária, independentemente de título anterior que justifique, bastando por si só para constituir título de propriedade.

1.2.2. Espécies de intervenção do Estado na propriedade no Direito brasileiro e Responsabilidade Civil

A intervenção do Estado na propriedade, de acordo com o previsto no Direito brasileiro, pode se dar por suas espécies ou graus. Pela Intervenção restritiva ou branda, o Estado condiciona o

²⁶² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 728-730.

²⁶³ Cf. artigo 5º, inc. XXIV da CRFB.

²⁶⁴ Cf. artigo 182 da CRFB.

²⁶⁵ Cf. artigo 184 e ss. da CRFB.

direito do exercício de propriedade, retirando-lhe apenas algumas faculdades, como por exemplo, nos casos da requisição²⁶⁶, servidão administrativa²⁶⁷, tombamento²⁶⁸.

Já, pela Intervenção supressiva ou drástica, ocorre a tomada de todas as faculdades de uma propriedade, o que se costuma chamar de desapropriação. A propriedade é retirada do particular e entregue ao Poder Público.

No que se refere às intervenções e mais especialmente a análise que se busca fazer no presente trabalho com a expropriação no Direito Internacional do Investimento, uma dúvida que nos apresente é qual a diferença entre a Responsabilidade Civil do Estado e a desapropriação.

Grande controvérsia persiste no que tange à responsabilidade civil do Estado por ato lícito e a desapropriação, uma vez que diversos pontos se confundem.

Para o Direito brasileiro, no caso da Responsabilidade Civil do Estado por ato lícito, a atuação do Poder Público é lícita e está em conformidade com o direito, e *indiretamente* gera um dano ao particular, de forma desigual em relação a outros particulares. Ao contrário, na desapropriação é a própria ordem jurídica, lei ou Constituição que pede que o Poder Público atue para diretamente aniquilar o direito de propriedade.

Assim, no caso do Poder Público resolver interditar a passagem de veículos por uma determinada rua para que em algum dia da semana seja realizada uma feira livre, não subsiste ato ilícito, até porque, em tese, atende o interesse coletivo dos munícipes daquele bairro. No entanto, também eventual direito de regresso existiria para o dono do posto de gasolina localizado naquela rua, uma vez que em razão do atendimento do interesse coletivo, este terá que arcar com um sacrifício de forma desigual aos demais donos de postos de gasolina naquela cidade ou mesmo naquele bairro.

²⁶⁶ Vide artigos 5º, XXV e 22, III da CRFB, artigo 1.228, § 3º, “in fine” do Código Civil, Decreto-lei nº 4.812/1942, Lei Delegada nº 4/1962, e o Decreto-lei nº 2/1966.

²⁶⁷ Vide artigo 40 do Decreto-lei nº 3.365/41 e artigos 1.378 e 1.379 do Código Civil.

²⁶⁸ Vide Artigo 216, § 1º da CRFB e Decreto-Lei nº 25/1937.

Enquanto isso, na desapropriação, o dano é cometido *diretamente* ao particular, uma vez que, com respaldo na ordem jurídica, o Estado retira do particular o direito que aquele exerce sobre uma propriedade.

1.2.3. Modalidades de desapropriação

Para que o Estado intervenha de maneira drásticas, três são os pressupostos ou fundamentos previstos pelo ordenamento dos quais o Poder Público poderá se valer ao implantar determinada medida:

{
necessidade pública
utilidade pública
interesse social

Um quarto fundamento é um grupo de medidas previstas pela Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), chamadas de desapropriação sancionatória.

A necessidade pública, diferentemente do que ocorre com as outras modalidades de desapropriação, não tem diploma específico que a regule. Considera-se que embora não confundam, a necessidade pública está contida na utilidade pública.

A necessidade pública pressupõe situação de emergência e urgência, ao contrário, na utilidade pública basta uma situação de conveniência com o atendimento do interesse público. Assim, considera-se que ambos os casos são regulados pela Lei Geral das Desapropriações, o Decreto-lei nº 3.365/41.

A outra modalidade é regulamentada pela Lei nº 4.132/62, que trata da desapropriação por interesse social.

Já a desapropriação sancionatória, tem caráter de sanção ao particular, contendo em si três sub-espécies²⁶⁹:

²⁶⁹ São previstos nesses casos, as hipóteses de desapropriações que apenas podem ser realizadas por determinado ente federativo, ao contrário do que impõe a regra geral: o Município na desapropriação urbanística, a União na desapropriação para reforma agrária; e, também a União na expropriação-confisco.

- Desapropriação urbanística;
- Desapropriação rural; e,
- Desapropriação-confisco

Prevista no artigo 182, § 4º, III da CRFB, a Desapropriação para fins urbanísticos prevê uma série de medidas, de modo que o Poder Público Municipal percebendo o não cumprimento da função social da propriedade urbana, exigirá que o proprietário do solo urbano a cumpra, sob pena de ser submetido a três penalidades de forma sucessiva.

A primeira penalidade é o parcelamento ou a edificação compulsória, após, caso não atendida a exigência, ocorrerá a incidência do IPTU progressivo no tempo até que passados cinco anos, incidirá a desapropriação com restituição mediante títulos da dívida pública.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.457/01) possibilita assim aos Municípios aplicarem as penas previstas na Constituição Federal pela subutilização do solo urbano.

Algumas características são peculiares a essa modalidade de desapropriação. (i) Apenas Municípios e DF²⁷⁰ podem desapropriar em seu território; (ii) necessidade de Plano Diretor do Município aprovado em Lei Municipal; (iii) outra Lei Municipal específica deverá ser editada para determinar a edificação compulsória ou a parcelá-lo, para isso, o particular proprietário deverá ser notificado com averbação no Registro Geral de Imóveis; (iv) imposição ao particular do IPTU progressivo no tempo, aumentando a alíquota conforme o tempo por cinco anos consecutivos; e, (v) somente após esses cinco anos é que então o Poder Público poderá se valer da desapropriação urbanística.

Percebe-se que diante da dificuldade em se acumular todas as penalidades prévias a desapropriação, trata-se de hipótese bastante difícil de ser concretizada.

Trata-se a presente desapropriação de exceção ao artigo XXIV de compensação em dinheiro, uma vez que se dá por meio de títulos da dívida pública. Tal previsão é constitucional, uma

²⁷⁰ Ver GASPARINI, 2000, 605. A União e os Estados poderiam desapropriar para fins urbanos, mas com base na Lei Geral das Desapropriações, ou seja com base na necessidade ou utilidade públicas.

vez que se trata também norma constitucional originária, contra a qual o STF não pode declarar sua invalidade.

A segunda modalidade de desapropriação sancionatória é a desapropriação de imóvel rural por interesse social para fins de reforma agrária, prevista no artigo 184 da CRFB.

Também consistindo em exceção à regra de pagamento em dinheiro, a compensação pelo dano causado é feito mediante títulos da dívida agrária (TDA). Aspecto também relevante dessa modalidade é que apenas a União poderá implantar tal desapropriação²⁷¹.

A terceira modalidade representa duas exceções à regra geral. É a prevista no artigo 243 da CRFB que trata da expropriação confiscatória.

As glebas onde foram localizadas culturas ilegais de psicotrópicos serão expropriadas e destinadas a colonos de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário. Trata-se na única modalidade de desapropriação sem qualquer indenização, seja em dinheiro ou em títulos de dívida pública.

O segundo aspecto é que, em regra, a desapropriação é discricionária do Poder Público, cabendo ao último decidir por sua própria escolha se desapropria e quando se imite na posse do bem. O presente artigo 243 da CRFB é a única hipótese de desapropriação vinculada²⁷², sem que seja concedida qualquer liberdade de ação ao administrador público, cabendo-lhe o dever de destinar a propriedade para os fins previstos na Constituição.

Apenas pode ser objeto da desapropriação confiscatória a área específica que tiver localizada a cultura ilegal de psicotrópico, permanecendo o restante da propriedade nas mãos do particular²⁷³.

²⁷¹ Conforme já decidido pelo STJ, Estados e Municípios podem desapropriar com base no interesse social previsto na Lei 4.132/62. No entanto, para fins de reforma agrária, tal possibilidade é apenas prevista em favor da União, sendo vedada aos demais entes federativos.

²⁷² Dentre os elementos do ato administrativo, dois podem ser discricionários ou vinculados, os outros três são sempre vinculados (finalidade, forma e competência). O objeto e o motivo variam de acordo com o interesse do administrador, quando discricionário, mas nesse caso, deve o Poder Público desapropriar.

²⁷³ O presente entendimento será analisado pelo Tribunal Pleno do STF, de acordo com o julgamento do REExt 543.974/MG, cujo Ministro Relator será Eros Roberto Grau.

1.2.4. Competência legislativa

Apenas a União pode legislar em matéria de desapropriação, o que não se confunde com a execução dos atos tendentes à expropriação, que outros entes também podem.

1.2.5. Sujeito Ativo

Não se confunde necessariamente quem pode desapropriar com quem pode promover a desapropriação.

Assim, por Competência declaratória da desapropriação, entende-se a pessoa que pode declarar a utilidade pública ou interesse social; enquanto, a competência executória, vislumbra-se o órgão que pode executar os atos de desapropriação.

Nesse caso, em regra, apenas os entes da federação têm competência declaratória para desapropriar²⁷⁴. Duas exceções, entretanto, são admitidas o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transporte (DNIT)²⁷⁵ e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)²⁷⁶ têm competência declaratória para desapropriar.

A competência executória é mais ampla e está prevista no artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Os entes da federação, a administração pública indireta e as concessionários e permissionários de serviços público estarão autorizados para executar a desapropriação. A competência dos outros entes para executar é condicionada, dependendo de prévia autorização legal ou contratual para tanto.

1.2.6. Objeto da desapropriação

O artigo 2º do Dec-lei 3.365/41 afirma que todos os bens poderão ser desapropriados. A desapropriação apenas pode recair sobre bens que tenham valoração econômica, excetuando-se, por exemplo, direitos personalíssimos.

²⁷⁴ Artigo 2º do Decreto-Lei 3.365/41.

²⁷⁵ Artigo 82, IX da Lei 10.233/2001.

²⁷⁶ Artigo 10 da Lei nº 9.074/95

No entanto, determinados bens não podem ser desapropriados por impossibilidade jurídica e material. A impossibilidade jurídica recai p. ex. no artigo 185 da CRFB em relação aos bens imóveis de pequena e média propriedade, cujo proprietário apenas tenha essa propriedade e a propriedade seja produtiva. A impossibilidade material decorre da própria condição do objeto, tal como moeda corrente e cadáver²⁷⁷.

É admissível a desapropriação de bens públicos, desde que respeitados alguns limites²⁷⁸, isto é, deve ocorrer mediante autorização legislativa e deve se observar o princípio da supremacia do interesse envolvido. Assim, o interesse nacional prevalece sobre o interesse regional dos Estados e do DF e o interesse regional prevalece sobre o interesse local dos Municípios localizados em seu território ou seu domínio iminente, sem que referida ordem possa ser desobedecida. Assim, bens da União são insuscetíveis de desapropriação.

Em relação aos bens da Administração Pública Indireta, se obedecido o princípio da supremacia do interesse envolvido não subsiste qualquer controvérsia, uma vez que a desapropriação da União sobre bens de órgãos da Administração Pública Indireta estadual e municipal é válida, valendo o mesmo para os Estados.

Controverso, entretanto, se um Município pode desapropriar bem, por exemplo, de órgão da Administração federal. Uma primeira corrente defendida por Sérgio Andréa Ferreira afirma que sempre será possível a desapropriação independentemente da supremacia dos interesses, isso porque os entes da Federação não poderiam se submeter aos interesses da Administração Pública Indireta²⁷⁹.

Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini afirmam que é necessário se fazer uma distinção nesse caso, sendo apenas possível a desapropriação se o bem desapropriado não estiver afeto ao serviço público utilizado em situações de interesse social²⁸⁰.

²⁷⁷ SALLES, José Carlos Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 81 ensina que sempre haverá a impossibilidade material de se desapropriar um cadáver, enquanto CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 653. admite, desde que, para pesquisa científica e proteção da sociedade.

²⁷⁸ Artigo 2º, §2º do Dec-lei nº 3.365/41.

²⁷⁹ FERREIRA, Sérgio Andréa. Direito Administrativo Didático. Forense: Rio de Janeiro, 1985, p. 197.

²⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros: São Paulo, p. 509; GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo. Saraiva: São Paulo, p. 460.

Por fim, a posição majoritária e aceita pelo STJ²⁸¹, defende que nunca será admissível a desapropriação de bens da Administração indireta por ente da federação, em obediência ao critério do interesse envolvido²⁸².

1.2.7. Procedimento

Como já dito, divide-se em duas etapas: fase declaratória e fase executória.

Na fase declaratória, declara-se ora a utilidade pública ora o interesse social sobre determinada propriedade. Com a declaração três são os efeitos imediatos:

- ✓ Possibilidade do Poder Público ingressar no imóvel sujeito à declaração (avaliar o imóvel etc.);
- ✓ Inicia o prazo para contagem da caducidade de cinco ou dois anos²⁸³;
- ✓ Fixa o estado do bem para auferição do valor ao final da indenização²⁸⁴.

Com a fase executória, ocorre a promoção da desapropriação podendo terminar por meio de um acordo. Assim, se oferecido o valor pelo Poder Público e o particular concorda com o que foi oferecido a desapropriação já se aperfeiçoou. A isso se costuma chamar de desapropriação amigável ou um contrato de compra e venda.

Não concordando, ingressa-se na fase judicial. Na ação de desapropriação há uma limitação legal a matéria alegada na contestação, conforme prevê o artigo 20 do Decreto-Lei nº 3.365/41. Ou vício no processo judicial ou impugnação ao valor oferecido, havendo também, para os que aceitem a possibilidade, a oportunidade para se alegar o direito de extensão²⁸⁵.

²⁸¹ STJ. 1ª Turma. Recurso Especial nº 214.878. Rel. Min. GARCIA VIEIRA. Data do julgamento 5.10.1999.

²⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 655. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Melheiros: São Paulo, p. 377.

²⁸³ Artigo 10, Dec-lei 3.365/41. e artigo 3º da Lei 4.132/62, respectivamente.

²⁸⁴ Súmula 23 do STF preceitua que após o decreto expropriatório, o proprietário pode realizar obras no imóvel, mas a obra não será indenizada. Já quanto às benfeitorias, as necessárias serão sempre indenizáveis, as úteis apenas serão indenizáveis se contar com prévia autorização do Poder Público e as voluptuárias em nenhuma caso será indenizável.

²⁸⁵ José dos Santos Carvalho Filho aceita o direito de extensão, outros não.

Como já dissemos, a desapropriação é modo originário da propriedade, de modo que não interessa a relação causal da propriedade em situação anterior, sendo qualquer controvérsia neste tocante cabida em ação direta, própria e específica acerca do assunto relevado.

Com o oferecimento do valor, ao Poder Público já é permitida a imissão provisória na posse, se alegada urgência. Ocorrendo a imissão provisória na posse, o Poder Público já deve depositar 80% do valor oferecido, sendo o particular responsável pelos tributos referentes ao imóvel até a imissão na posse. Se alegada urgência, o Poder Público tem até 120 dias para imitir-se na posse.

No Dec-lei 1.075/70 fala da imissão na posse em imóveis urbanos, situação em que é permitida a controvérsia acerca do valor depositado necessário para a imissão na posse.

A transferência da propriedade, desse modo, é questão controversa na doutrina. Defende-se que a transferência ocorreria quando do trânsito em julgado da sentença da ação de desapropriação, outros alegam que há transferência no momento da transcrição e correspondente registro da propriedade do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis. No entanto, o entendimento majoritário é que o momento da transferência da propriedade é o momento em que há o pagamento pela desapropriação.

1.2.8. Indenização

Quanto à indenização, conforme preceitua o artigo 5º, XXIV da CRFB, deve ser justa, prévia e em dinheiro.

A indenização é reconhecida como “justa” se englobar o valor do bem acrescido de juros moratórios e compensatórios, correção monetária, lucros cessantes, danos emergentes e honorários de advogado.

Em relação aos juros moratórios e compensatórios, importa-nos fazer uma distinção. Juros moratórios referem-se ao atraso no pagamento da indenização, enquanto os juros compensatórios visam compensar a impossibilidade de utilização da propriedade pelo particular.

Nesse caso, havendo imissão provisória na posse, é cabido juros compensatórios desde a data da imissão para compensar a não utilização do imóvel.

O artigo 15-B do Dec-lei nº 3.365/41 diz ainda que os juros moratórios são devidos a 6% ao ano, já em relação aos juros compensatórios são devidos em até 6% ao ano, entendendo o STJ que a base de cálculo para o pagamento desses honorários é a diferença entre o valor previsto na sentença e os 80% do valor oferecido pela Administração.

A desistência da desapropriação apenas pode ocorrer antes de consumado o pagamento, além do imóvel ser devolvido nas mesmas condições em que foi retirado o expropriado, indenizando-se a indisponibilidade da propriedade pelo período desde a edição do decreto expropriatório.

1.2.9. Direito de extensão

Trata-se do direito do proprietário que tem a sua propriedade parcialmente desapropriada requerer que o Poder Público desaproprie o resto de sua propriedade, em razão do conteúdo econômico esvaziado.

O Decreto-Lei nº 3.365/41 não dispõe sobre o direito de extensão, no entanto, a legislação antecedente, o Decreto Federal nº 4.956/1903, previa o direito de extensão, que como não foi expressamente revogado entende-se que ainda está em vigor, além disso, o Direito de extensão está previsto em legislações esparsas, como na LC 76/93.

1.2.10. Retrocessão e tredestinação

A retrocessão pressupõe a existência da tredestinação. Tredestinação é o desvio de finalidade no âmbito da desapropriação, podendo ser lícita ou ilícita. Na lícita o Poder Público desvie a finalidade, mas o interesse público é preservado, como, por exemplo, no caso de uma desapropriação para a construção de uma escola, mas o Poder Público utiliza o terreno para a construção de um hospital, sem que isso gere qualquer prejuízo para a coletividade.

Já no caso da tredestinação ilícita, ocorre com o desvio de finalidade não afeta o bem ao interesse público ou ao serviço público, como no caso da venda do bem para uma empresa privada qualquer, por exemplo.

Gera-se com a tredestinação ilícita o direito de retrocessão, ou seja, garante-se ao particular a reaquisição do imóvel ou ser indenizado em perdas e danos.

Acerca da natureza jurídica da retrocessão, existem três correntes:

- 1) Retrocessão é um direito real, tendo o expropriado o direito de reaver o bem;
- 2) Retrocessão é um direito pessoal, mera possibilidade de perdas e danos (desapropriação indireta) não poderia o Poder Público entregar o bem de volta; e,
- 3) Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro retrocessão é um direito misto, com a possibilidade do expropriado escolher, pedindo perdas e danos ou pedindo a devolução do imóvel. Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que não existe direito misto, mas ainda assim é garantido ao particular a possibilidade de escolher o que ele quer.

1.2.11. Desapropriação por zona

O art. 4º do Dec-lei 3.365/41 dispõe sobre a desapropriação por zona. Assim, os imóveis que sofrem grande valorização em razão de obra pública poderiam ser também desapropriados. Assemelha-se ao tributo de contribuição de melhoria, mas ao invés do particular ser tributado, o bem é tomado do particular e passado para as mãos do Poder Público.

1.2.12. Desapropriação Indireta

Costuma-se definir desapropriação indireta como o fato administrativo pelo qual o Poder Público retira a propriedade de um particular sem obediência do procedimento legal. Seu fundamento legal é artigo 35 do Dec-lei 3.365/41.

A jurisprudência tem entendido que a desapropriação indireta tem caráter de ação real, exigindo-se por isso, que o proprietário comprove na ação, com a petição, que tem a propriedade do bem, devendo por isso ter como litisconsorte ativo o cônjuge. A competência é o foro da situação da coisa.

Pelo antigo Código Civil, o prazo prescricional para se requerer a indenização seria o prazo de 20 anos, assim como o prazo máximo da usucapião. Havia que defendesse a aplicação do prazo de 5 anos previsto de pelo Dec-lei 3.365/41 nas ações contra o Poder Público.

Ocorre que o STF declarou inconstitucional o prazo de 5 anos²⁸⁶, sendo aplicada a antiga súmula do STJ, adaptada ao Novo Código Civil, firmando-se o prazo de 15 anos.

ESTUDO DE CASO 6. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NA JURÉIA-ITATINS

Por meio do Decreto Estadual nº 24.646, de 20 de janeiro de 1986, ratificado pela Lei 5.649, de 28 de abril de 1987, instituiu-se a Estação Ecológica “Juréia-Itatins”, por meio da qual boa porção de terras passou a ser protegida por normas ambientais bastante severas, impedindo o desmatamento de qualquer forma.

Dentre várias ações propostas em face do Poder Público, destacamos aquela dos proprietários do sítio Canela, situado no município de Iguape, pedindo a desapropriação indireta do sítio, pois entenderam que as faculdades de uso e gozo foram retiradas da propriedade.

Relevante, neste ponto do nosso estudo, o debate acerca da natureza da medida, se de desapropriação indireta ou de mera limitação administrativa.

Decidiu-se que embora a propriedade formalmente ficou com o particular, qualquer utilização economicamente foi extinta com a constituição da Estação Ecológica. Considerando que restou provado a propriedade ser coberta por floresta primitiva, e dado que o desmatamento é defeso no sítio, não há qualquer destinação econômica a ser dada. Inclusive, para entrar no sítio era necessária autorização da Secretaria do Meio Ambiente.

Assim, como ressaltado no julgado²⁸⁷:

“Ora, havendo o apossamento administrativo, impõe-se o direito de indenização, porquanto se caracterize verdadeira desapropriação indireta, uma vez que os poderes inerentes ao domínio

²⁸⁶ STF. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. ADI nº 2260.

²⁸⁷ STJ. 2ª Turma. Recurso Especial nº 43.751-SP. Rel. para o acórdão Min. Adhemar Maciel. Data do julgado: 17.04.1997. Data de publicação: DJ de 08.09.1997.

foram todos amplamente despidos de substância, tiveram seu exercício impedido de forma irreversível”.

No que se refere à indenizabilidade das terras cobertas por áreas de preservação permanente, ao indeferir o valor requerido pelos autores, o Ministro José Delgado do STJ citou decisão também do STJ valendo-se das seguintes tendências vigentes²⁸⁸:

“ ‘Não é devida indenização pela cobertura vegetal de imóvel desapropriado se já anteriormente à dita desapropriação, configurada estava a impossibilidade de sua exploração econômica’. (REsp nº 123.835/SP, Rel. p/ Acórdão Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 01/08/00). As matas inexploráveis são caracterizadas unicamente como acessório da terra nua, sem valor destacado do valor fixado para o pagamento da terra. Assim, se a exploração econômica da propriedade é inviável, não é justo indenizar os expropriados pelo valor de cobertura florística inexplorável economicamente, sob pena de enriquecimento sem causa. (REsp nº 149.746/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 30/05/05)”

2. POLÍTICA PÚBLICA DE ATRAÇÃO DE IED NO BRASIL

Serão buscadas as principais diretrizes para nossa política pública de atração de IED para o Brasil, especialmente considerando-se o Direito Internacional do Investimento e nossa submissão a Acordos de Promoção e Proteção ao Investimento.

2.1. Política atual brasileira

As políticas públicas sofreram uma profunda mudança nos últimos anos, dentre as perceptíveis, notamos uma clara tendência a uma análise da legitimidade e viabilidade de forma mais acurada e técnica. Assim, o emprego de determinados meios de políticas, agora, são considerados odiosos por seus destinatários que procuram evitá-los e até mesmo bani-los²⁸⁹, como p.ex. a aplicação da pena de morte como medida retributiva penal²⁹⁰. Em

²⁸⁸ STJ. 1ª Turma. Recurso Especial nº 910.868-SP. Rel. Min. José Delgado. Data do julgado: 06.11.2007. Data de publicação: DJ de 22.11.2007.

²⁸⁹ SANKIECIVZ, 2005.

²⁹⁰ Veja-se ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 171-172 e 741-743.

contrapartida, há uma pressão da comunidade internacional por determinadas políticas que servem como uma fundamentação válida e eficaz para implantação de políticas internas²⁹¹.

Assim, temas que sempre foram objetos de Políticas de Estado passam a ser objeto de políticas de governo, com vistas a atender a demanda por torná-las cada vez mais técnicas e passíveis de avaliações objetivas.

Com a política de investimento estrangeiro direto, o tratamento não foi diferente. Independentemente da ideologia adotada pelos responsáveis do comando do governo, sabe-se que o investimento traz diversas vantagens para o Estado receptor e evitá-los é contra-producente ou até mesmo inviável internacionalmente. As políticas de atração e proteção são mais do que importantes, são imprescindíveis para o Brasil, especialmente na sua atual posição de potência média regional²⁹².

2.1.1. Em busca de um conceito de políticas públicas

A utilização do conceito de política pública é feita de forma reiterada pela jurisprudência nacional. Seus efeitos e conseqüências se dão por parte de seus subscritores como algo perfeitamente identificável e sobre o qual apenas pairam dúvidas acerca da sua implementação judicial²⁹³.

Não há como, todavia, creditar-se tal tranquilidade na utilização do conceito a sua perfeita definição e alcance. Percebe-se a utilização do conceito em diversos sentidos e ocasiões. Dessa forma, para delimitar a política pública de atração de investimentos, buscaremos uma definição de políticas públicas, ou mais especificamente, a definição de políticas públicas da qual nos valeremos para a produção desse estudo.

²⁹¹ DEZALAY, Y.; GARTH, B.G., 2000..

²⁹² LAPPER, Richard. Latin America investors reassess plans as fear of interference grows. **Financial Times**. 29 de maio de 2006. <<http://news.ft.com/cms/s/448402ba-eeaf-11da-820a-0000779e2340,s01=1.html>>.

²⁹³ Segundo pesquisa, brilhante e gentilmente cedida por PAULO SÉRGIO DUARTE DA ROCHA JÚNIOR, temos os seguintes julgamentos a favor da possibilidade do controle judicial de políticas públicas: STJ: RESP 493811/SP, RESP 429570/GO, RESP 503028/SP, RESP 575280/SP, RESP 575998/MG, TRF3: AG 94030329980/SP e AG 200303000311685/SP TRF4: AC 9404566713/RS, AC 199904010816703/RS e AG 200204010563474/RS, TRF 3ª R. – AC 261.220 – SP – 1ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. David Diniz – J. 19.06.2001. Já pela impossibilidade do controle judicial de políticas públicas, temos: RESP 63128/GO, RESP 57614/RS, RESP 169876/SP, AgRg no RESP 252083/RJ, AgRg no REsp 261144/SP e RESP 208893/PR. TRF4: AGA 200304010138044/RS, AG 200304010138044/RS, e AG 20040401011432/RS.

2.1.2. Classificação clássica de conceitos jurídicos:

Eros Roberto Grau²⁹⁴, utilizando classificação elaborada por Fabio Konder Comparato²⁹⁵, expõe três modalidades possíveis de conceitos jurídicos:

- a) conceitos meramente formais: São conceitos abstraídos de uma realidade histórica própria que indicam posturas centrais do ordenamento, de modo que toda teoria geral do direito neles se fundamenta. Cita-se ônus, sujeito jurídico, direito, obrigação.
- b) regulae juris: São expressões que resumem um sistema normativo específico restringindo efeitos e conseqüências próprias. Um exemplo é o sistema normativo da propriedade.
- c) Conceitos jurídicos tipológicos (fatispecie): expressam ideais históricos individuais e coletivos que se formaram com a própria evolução histórica dos regramentos formados. São exemplos: boa-fé, bom pai de família, coisa, bem, causa, dolo, culpa, erro.

Deste modo, os conceitos tipológicos seriam conceitos jurídicos indeterminados que por se tratarem de noções, seriam preenchidos conforme o avanço da sociedade, que emprestaria conteúdo ao conceito conforme sua tábua de valores empregada naquele específico espaço de tempo e lugar.

2.1.3. Linguagem, comunicação e sistema jurídico

Antes de avançar sobre a adequação de políticas públicas a um enunciado fechado, alguns fundamentos da Ciência do Direito merecem um sublinhado contorno.

Toda estrutura conta com elementos que oferecem uma esperada gama de possibilidades como esperáveis. Assim sendo, o mecanismo estrutural de um sistema jurídico se vale de atitudes normativas e cognitivas. As atitudes normativas consistem numa prescrição da normalidade para o comportamento, inversamente do que acontece, portanto, com as leis naturais (atitudes cognitivas) que descrevem a normalidade do comportamento (FERRAZ Jr., 1994, p. 105-106).

²⁹⁴ O direito posto e o direito pressuposto. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 198-200.

²⁹⁵ Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. Revista dos Tribunais: São Paulo, vol. 558, 1983, p. 269.

Sabe-se, ademais, que todo comportamento revela três características: complexidade, seletividade e contingência. Por complexidade entende-se “que há um número de possibilidades de ação maior que o das possibilidades atualizáveis”, por seletividade, a compulsão para selecionar expectativas e possibilidades atualizáveis de interação, e, por contingência, a “possibilidade de ocorrer ou não a expectativa selecionada” (FERRAZ Jr., 1994, p. 104-105).

No ato da regulação de determinada política pública, consubstanciada na estrutura normativo-jurídica, espera-se que expectativas duráveis e seguras sejam obtidas pelo desenvolvimento da seletividade (considerando uma determinada escolha feita e proferida pelo Estado), desobrigando os agentes envolvidos no sistema da tarefa (particulares atingidos pela política pública) da complexidade e contingência próprias das decisões possíveis em uma determinada situação.

“A norma jurídica, da qual fala o jurista, é, portanto, uma verdadeira construção teórica da própria ciência jurídica, em que os diferentes mecanismos estabilizadores manifestam, idealmente, uma congruência consistente. É isto que lhe permite fazer suas classificações, suas distinções, suas sistematizações. Mas, para isso, ele precisa de uma linguagem própria, com conceitos operacionais que lhe dêem condições de realizar aquele recorte teórico da realidade” (FERRAZ Jr., 1994, p. 116-117).

Daí, não há como verificar um fenômeno jurídico que possa ser razoavelmente regulado fora de um contorno especificamente demonstrável, sob pena de se tornar variável ou incerta a verificação do fenômeno dentro do âmbito jurídico. Ora, faz-se imprescindível uma linguagem, ao menos proximamente, uníssona do objeto políticas públicas.

Ademais, é importante ressaltar que a atitude normativa criando uma linguagem técnica jurídica de política pública, trará o conceito para a organização de tipos jurídicos. Dentro dessa organização (séries de tipos ou sistemas móveis parciais), elaboram-se situações nas quais há conseqüências previsíveis, mas que apenas serão concretizadas no caso concreto. Daí a idéia de um sistema interno referida por Karl Larenz²⁹⁶.

²⁹⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1997, p. 623

Com a disseminação de políticas públicas, há uma necessidade premente de qualificá-las juridicamente, agrupando-as quanto a sua formulação, de modo que se possa verificar as conseqüências que são normalmente impostas pelo próprio Sistema jurídico.

2.1.4. A tipologia de Karl Larenz

Utilizando classificação diversa, Karl Larenz trata da tipologia como uma forma do Direito apreender um fenômeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações, no momento em que os conceitos abstratos, aqui tratados como os meramente formais na classificação apresentada por Eros Grau, são insuficientes (LARENZ, 1997, p. 655-656).

O autor prossegue afirmando que a utilização da tipologia é comumente realizada em outras ciências, sendo que Max Weber foi o responsável pela introdução do conceito nas ciências sociais, por meio de seu “tipo ideal lógico”²⁹⁷, enquanto Georg Jellinek, o introduziu na teoria geral do Estado (LARENZ, 1997, p. 656)²⁹⁸.

Larenz explica a classificação de tipos que foi elaborada por Karl Engisch²⁹⁹, segundo a qual o termo tipo pode distinguir-se entre os tipos estruturais, evolutivos, médios ou de freqüência, e, de totalidade ou configuração. Os dois primeiros são importantes sobretudo para a ciência histórica, razão pela qual nos deteremos apenas nos dois últimos³⁰⁰.

O tipo médio ou de freqüência relata aquilo que é normal, o que é de se esperar normalmente dentro de uma certa situação, uma “situação típica”. Não obstante, quando se trata do tipo de configuração, concebemos uma imagem idealizada de uma totalidade, de forma que haja uma intuição que respeita certas características distintivas que os modelos empíricos encontrados serão o mais próximo possível à imagem intuída. Assim, com a formulação dos tipos,

²⁹⁷ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1997, p. 658-659. Larenz faz referências as seguintes obras de Max Weber: *Gesammelte Aufsätze und Wissenschaftslehre*, p. 191; e, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4ª ed. Vol. 1, p. 9 e ss.

²⁹⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1997, p. 656.

²⁹⁹ Citado por LARENZ (1997, p. 656), *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. 2ª ed, 1958.

³⁰⁰ Utilizar-se-á apenas a classificação que nos será mais útil, porém outras classificações foram feitas como a de H.J.Wolff (*Em Studium Generale*, vol. 5, p. 195), que divide assim: a) tipos da teoria geral do Estado, da ciência da história do Direito e da ciência jurídica comparatística; b) tipos jurídicos gerais, os tipos jurídicos em sentido estrito; c) tipos jurídicos penais; e, d) tipos jurídico-fiscais.

buscam-se, empiricamente, situações que se aproximem do modelo formulado, notando elementos das características idealizadas.

“Uma típica montanha de altura média, uma típica casa rústica da Baixa Saxônia”. Os exemplos de Heyde de tipos de configuração, nos mostram uma possível solução para a definição de políticas públicas. Partindo do pressuposto que um tipo ideal normativo seria um “produto do pensamento”, obtido por meio de um ou vários pontos de vista que são enfatizados dentro da multiplicidade de fenômenos particulares, pode-se vislumbrá-lo como um modelo, um arquétipo e não uma cópia da realidade. Não se busca identificar um modelo perfeito, puro na realidade, mas qualificar elementos presentes numa situação concreta que do modelo se aproximem, agrupando-o num conjunto de características similares (LARENZ, 1997, p. 655).

A tipologia não se confundiria, dessa forma, com os conceitos indeterminados, já que não se trata propriamente de um conteúdo que é preenchido conforme o caso. O conteúdo, no primeiro, é previsto por um modelo que é intuitivamente preenchido, situação que, todavia, não se busca preencher empiricamente, mas apenas verificar se estão presentes ou não os elementos que a inclua num determinado modelo criado. Ou seja, nos casos da indeterminação dos conceitos, a idéia é desenvolvida historicamente seguindo suas próprias contradições e superações sucessivas, já o pressuposto para análise de uma tipologia de configuração é sua prévia delimitação.

2.1.5. Uma proposta de tipologia de políticas públicas

Com o estudo das definições empregadas de políticas públicas, uma divisão, meramente didática sem pretensões de exaustão, pode ser encontrada: definições em sentido amplo e em sentido estrito.

a) Definições em sentido amplo

Um exemplo de definição em sentido amplo é aquela na qual Eros Roberto Grau afirma que o termo “designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social³⁰¹”.

³⁰¹ O direito posto e o direito pressuposto. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 26.

Sem embargos, não há como se dissociar da questão de trazer à noção de políticas públicas contornos especificamente jurídicos. Tal caráter, entretanto, não é pacífico. São identificáveis características interdisciplinares no conceito que padecem claramente de uma delimitação meramente jurídica. Ao contrário, “as políticas públicas constituem temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública”³⁰², de forma que a interdisciplinariedade é própria do âmbito do termo³⁰³.

Diante da modalidade de definições em sentido amplo, verifica-se uma incapacidade do Direito abarcar toda os efeitos da expressão. O Direito invadiria outras ciências, resultando ora num absolutismo do Direito gerando efeitos danosos, já que atuaria em terreno que não lhe é próprio, ou uma inefetividade da definição, posto que suas conseqüências comportariam inúmeras exceções.

b) Definições em sentido estrito

Outros doutrinadores preferem uma definição mais restrita do termo tratando-o como um programa, um plano de ação, uma atividade.

Definições importantes nesse sentido são as seguintes:

Duran: “uma política pública é a busca explícita e racional de um objetivo graças à alocação adequada de meios onde a utilização razoável deve produzir conseqüências positivas”³⁰⁴.

Fabio Konder Comparato: política pública “aparece, antes de tudo, como atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”³⁰⁵.

Maria Paula Dallari Bucci dá ao termo uma definição especificando elementos ideais de um tipo políticas públicas, que seria adequado à definição conforme a situação concreta, nos moldes da proposição feita por Karl Larenz acima:

³⁰² BUCCI, Maria Paula Dallari. Conceito de política pública em direito: mimeo. p. 1-2

³⁰³ No mesmo sentido: ARZABE, Patricia Helena Massa. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas: mimeo. p. 1 e seguintes.

³⁰⁴ Citada por ARZABE, Patricia Helena Massa. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas: mimeo. p. 13.

³⁰⁵ Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 35, n. 138. Brasília: abr/jun 1998, p.45.

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados --- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial --- visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.³⁰⁶”

Partindo da definição estabelecida pela autora, consegue-se verificar os seguintes elementos da tipologia:

- ✓ Ação;
- ✓ Coordenação;
- ✓ Processo;
- ✓ Programa.

O programa ideal, a seu turno, estabelece objetivos, meios e prioridades que devem ser cumpridos em um determinado tempo.

Propõe-se, portanto, uma expressão jurídica de política pública detalhando-a por seus elementos caracterizados por uma tipologia. Isso se demonstra ainda mais imprescindível para o propósito do presente estudo, pois não há uma especificação clara de se há ou não uma política pública brasileira sobre o incentivo de recepção de investimento estrangeiros diretos.

2.2. *Conjuntura brasileira de investimentos*

Cabe salientar que a busca por investimentos estrangeiros no Brasil é fato recorrente e notório da história nacional, que pautou sua política em diversas situações no sentido de atender as demandas internacionais em busca de seus investimentos. De forma recíproca, rotineiramente o país mereceu as atenções internacionais, razão pela qual sempre houve estrangeiros buscando realizar investimentos no nosso país³⁰⁷.

³⁰⁶ Conceito de política pública em direito: mimeo. p. 40.

³⁰⁷ Não é o presente propósito realizar uma análise histórico-evolutiva de investimentos no Brasil. Sem embargos, o estudo do tema é relevante, dado que a natureza do investimento sempre tomou em conta particularidades da nossa histórica política, fato que ainda é percebido na percepção do investimento estrangeiro no Brasil. FURTADO, Celso (Formação Econômica do Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1989, p. 48 e ss.) afirma que os investimentos realizados em países detentores de economia exportadora-escravista é completamente diferente do que numa economia industrial, posto que o acúmulo gerado de riquezas não representa um aumento de riqueza também para a sociedade local. Muito pelo contrário, a mesma se torna mero

Atualmente, isto se torna mais claro quando verificamos alguns pontos:

2.2.1. Conjuntura econômica brasileira

No ano de 2005, o Brasil apresentou taxa de crescimento do PIB de 2,3%, sendo que há expectativas do mercado de uma taxa de 3,50% em 2006. Houve o recorde de exportações, com um total de US\$ 118,3 bilhões, apresentando-se uma meta de US\$ 132 bilhões para 2006. O IPCA acumulado dos últimos 12 meses em agosto de 2003 era de 15,1%, sendo que em março de 2006 já desceu para 5,5%³⁰⁸. O Risco Brasil que superou a barreira dos 2.000 pontos no final de 2002, em fevereiro de 2006 já é de 221 pontos³⁰⁹. A dívida pública, que de 1995 a 2003, sempre apresentou uma tendência de alta atingindo o pico de 57,6% do PIB, em 2005 já registrou a marca de 51,6%³¹⁰. O superávit primário, em 2005, é de 4,84%³¹¹.

Por conseguinte, resta fundamental estudarmos a evolução do investimento estrangeiro direto no Brasil. Vale, entretanto, antes de qualquer análise, ressaltar que a relação de políticas de atração de investimentos com os números de influxos de investimentos é muitas vezes promíscua, haja vista que outras políticas podem alterar tais números vertiginosamente. O gráfico a seguir demonstra o influxo de investimentos estrangeiros direto no Brasil dentro dos últimos anos³¹²:

bem de uso consumível (em óbvia desvantagem com as máquinas que não geram despesas quando não utilizadas), não gerando outras riquezas direta e indiretamente, obrigando que qualquer riqueza produzida seja despendida externamente criando um ciclo de cada vez mais profundo de empobrecimento. Perceptível, portanto, as razões das dúvidas que pairam quando o assunto é investimento estrangeiro em países que tinham esse tipo de economia.

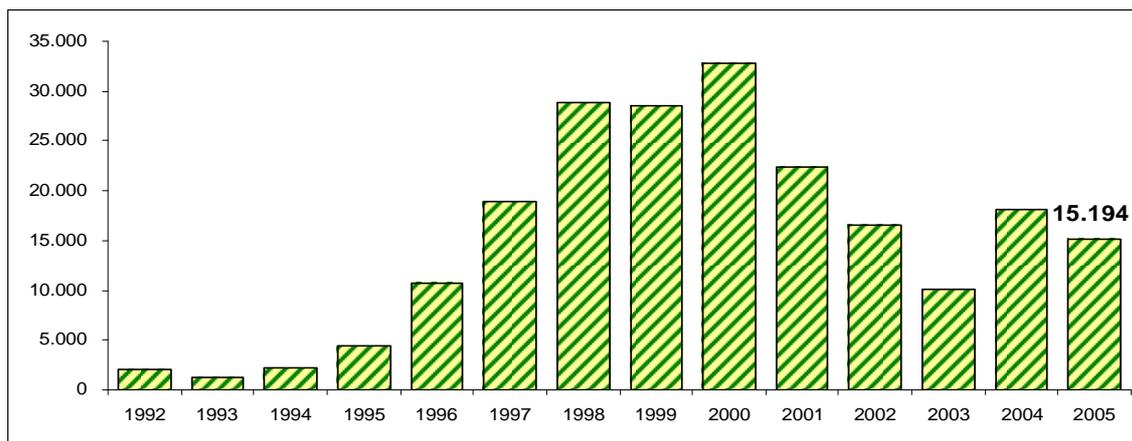
³⁰⁸ Segundo dados do IBGE.

³⁰⁹ Conforme JP Morgan e MF/STN.

³¹⁰ Dados do Banco Central do Brasil.

³¹¹ Dados do Banco Central do Brasil.

³¹² O gráfico foi elaborado com dados do Banco Central do Brasil por Nilton Sacenco da Rede Nacional de Informações sobre o Investimento – RENAI, em apresentação do dia 30 de março de 2006. Sítio eletrônico: < www.apexbrasil.com.br/media/SDP-RENAI.ppt >



Não há como se afirmar que houve uma política bem ou mal sucedida no final dos anos 90 e começo deste século, se tivermos em mente que foi o período da privatização ou desestatização³¹³, fenômeno que em razão das vantagens oferecidas e o grande aporte de capital necessário tornam os números modificados o suficiente para não considerarmos, *prima facie*, o referido período para a análise da política pública específica de atração de investimentos.

Vale lembrar, em contrapartida, que o perfil de investimento citado, ou seja, o investimento em áreas de interesse público, ainda permanece com muito espaço na economia brasileira. Segundo dados da Câmara de Infra-estrutura da Confederação Nacional da Indústria (CNI), há uma necessidade de investimentos de aproximadamente 180 bilhões de Reais nos próximos 15 anos em setores como energia elétrica, petróleo e gás, portos, ferrovias, hidrovias, rodovias e saneamento básico.

2.2.2. Conjuntura estrutural

Ademais, o Brasil faz parte de um restrito grupo, junto com os Estados Unidos e a China, de países com área maior do que 4 milhões de quilômetros quadrados, com mais de 100 milhões de habitantes e com mais de 400 bilhões de dólares de PIB anuais³¹⁴.

³¹³ Nota-se que a legislação nacional (art. 2º, § 1º da Lei nº 8.031/90), inicialmente, adotou o termo privatização. Todavia, houve uma modificação técnico-legislativa que adotou o termo desestatização (art. 2º da Lei nº 9.491/97). A doutrina como no caso de CARVALHO FILHO, José dos Santos (Manual de Direito Administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 279) explica que: “desestatizar significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que *privatizar* indica tornar algo privado, converter algo em privado”.

³¹⁴ Fonte: Rede Nacional de Investimentos – RENAI.

É fundamental para o Brasil um correto aproveitamento do influxo de investimento estrangeiro direto, tendo em vista que com ações convergentes de incentivo ao investimento e à exportação, o país terá um adensamento das cadeias produtivas, a transferência das tecnologias empregadas, e, por conseguinte, o aumento de empregos e renda no país. O investimento, em linhas gerais, é responsável, se bem regulado, pelo incremento da competitividade empresarial, do acesso ao mercado global e pelo desenvolvimento econômico³¹⁵.

Um quadro das relações econômicas atuais nos apresenta uma série de dificuldades. Há uma intensificação do processo de interdependência econômica, um correlato crescimento do fluxo do comércio mundial, a mobilidade do capital é tão constante que gera uma crescente disputa por investimentos estrangeiros, e, conseqüentemente, níveis acirrados de competitividade, devido a constante busca por nichos de mercado³¹⁶.

O Brasil, portanto, busca se posicionar como um receptor de investimentos estrangeiros, de forma que insira sua indústria nacional dentro do cenário globalizado, além de obter o desenvolvimento provocado por um fluxo forte e constante de divisas para o país. Necessidades como Infra-estrutura, estrutura produtiva, exportações, inclusão social e inovações tecnológicas tendem a ser melhor atendidas com o investimento estrangeiro saudável.

2.2.3. Sistema federal de atração de investimentos

A política de atração de investimento é claramente questão prioritária para o Estado brasileiro. Diante dos dados conjunturais acima, bem assim a preocupação já colonial acerca do tema, a atração de investimento estrangeiro direto é uma Política de Estado, ou seja, é duradoura, não respeita um tempo determinado, de forma que não se restringe facilmente nem ao termo de políticas públicas nem ao de norma, característica que lhe enseja a classificação como *sui generis*³¹⁷. Por outro lado, as políticas de governo são delimitadas, em geral, de forma infralegal.

³¹⁵ UCHÔA, 2006.

³¹⁶ TEIXEIRA, 2006.

³¹⁷ BUCCI, p. 22.

a) Evolução do sistema de incentivo

Seguindo o exemplo amplamente utilizado no resto do mundo, o governo brasileiro, por meio da Portaria MP n. 8, de 20 de janeiro de 2000, foi constituído o Grupo de Trabalho, formado por representantes dos seguintes órgãos: o Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, como coordenador, o Ministério da Integração Nacional, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério da Fazenda, além do BACEN e do BNDES³¹⁸.

Desse Grupo de Trabalho originou-se a Rede Brasileira de Promoção de Investimentos – INVESTE BRASIL, que tinha por escopo a busca e manutenção do investimento estrangeiro direto no país, organizando-se sob o sistema de “parada única”, ou seja, um só local em que o investidor identificasse todos os atrativos e características do país, oferecendo apoio técnico e facilitação de investimentos para o estrangeiro ou para o brasileiro investir em país estrangeiro³¹⁹.

O próprio Conselho de Administração da INVESTE BRASIL, contudo, em meados de 2004, opinou pelo fim das atividades da agência, haja vista a falta de apoio do setor público, o que resultava muito oneroso manter a agência para o setor privado³²⁰.

b) Sistema atual

Atualmente vige o sistema federal de atração de investimentos. O Sistema foi instituído por meio do Decreto de 30 de agosto de 2004. O Decreto criou a Comissão de Incentivo aos Investimentos Produtivos Privados no País, que tem por finalidade “fomentar e incentivar o desenvolvimento de investimentos no Brasil, mediante ações que atraiam, facilitem e informem investidores privados nacionais e estrangeiros a realizarem investimentos produtivos, em especial nas áreas e setores estratégicos para o desenvolvimento econômico

³¹⁸ GREGORY, Denise; OLIVEIRA, Maria Fatima Berardinelli Arraes de. O desenvolvimento de ambiente favorável no Brasil para a atração de investimento estrangeiro direto. p. 39. Sítio eletrônico: < http://www.cebri.org.br/pdf/238_PDF.pdf >

³¹⁹ Estatuto Social da Agência registrado no Cartório de Pessoas Físicas do Rio de Janeiro no dia 19 de abril de 2001, Pessoa Jurídica de Direito Privado criada sob a forma de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), com base na Lei 9.790/99. GREGORY, Denise; OLIVEIRA, Maria Fatima Berardinelli Arraes de. O desenvolvimento de ambiente favorável no Brasil para a atração de investimento estrangeiro direto. p. 40.

³²⁰ GREGORY; OLIVEIRA, p. 44.

sustentável, que promovam novo padrão de crescimento pautado na visão de investimentos de longo prazo com inclusão social e justiça ambiental³²¹”.

De acordo com o artigo 3º do Decreto, a Comissão é composta por um membro dos seguintes órgãos: Casa Civil da Presidência da República, que a preside; Ministério da Fazenda; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministério das Relações Exteriores; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério das Comunicações; Ministério dos Transportes; Ministério do Turismo; Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República; Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República; Banco Central do Brasil; e, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

A atuação dessa Comissão se dá, principalmente, por seus três órgãos que exercem as funções de regular a política sobre investimentos. A facilitação ao investimento cabe à Casa Civil, por meio de sua Sala de Investimentos; a promoção é competência da Agência de Promoção de Exportações e Investimento (APEX-Brasil); e, por fim, a informação é incumbência da Rede Nacional de Informações sobre o Investimento (RENAI/SIPRI³²²). Abaixo desses órgãos, ficam as Secretarias Estaduais de Desenvolvimento, Indústria e Comércio.

Criada em 1997 como uma Gerência Especial do Sebrae Nacional, a APEX passou a se chamar APEX-Brasil, em razão do Decreto n. 4584/03, que, em consonância com a Medida Provisória n. 106, de 2003, instituiu a Pessoa Jurídica Privada, sob a forma de Serviço Social Autônomo.

Compete à APEX-Brasil, a “execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial, de serviços e tecnológica”. Suas atividades deverão dar especial enfoque à atividades de exportação que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos.

³²¹ Artigo 1º do Decreto de 30 de agosto de 2004.

³²² É o Sistema de Promoção de Investimentos e Transferência de Tecnologia para Empresas (SIPRI), uma rede de operadores nacionais e estrangeiros do Ministério das Relações Exteriores. (GREGORY, OLIVEIRA; 2005, 42)

A Unidade de Investimentos da APEX-Brasil identifica as oportunidades e as formas de investimento, após, define as estratégias e formula o projeto. Os Projetos são Setoriais, Multissetoriais e são definidas algumas ações estratégicas. Atualmente, os Projetos Setoriais envolvem os setores aeronáutico, médico-hospitalar e odontológico, de balas e chocolates, e, de produtos orgânicos. Além disso, há projetos multissetoriais envolvendo a Alemanha e a Itália³²³.

A RENAI é mantida pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), com o apoio das respectivas Secretarias Estaduais, e tem como objetivo informar os investidores, entidades de fomento do desenvolvimento, órgãos de pesquisa, organismos públicos, agências internacionais, entre outros, sobre os projetos de investimento em curso; com o auxílio de outras entidades públicas, dados que possibilitem um processo decisório transparente ao potencial investidor; e, ajudar as estruturas estaduais de governo³²⁴.

A Sala de Investimentos é órgão do Ministério da Casa Civil e tem por função precípua a facilitação dos investimentos, possibilitada pela reunião das principais áreas do Governo Federal dentro de um mesmo ambiente.

Há ainda outros órgãos de apoio ao investidor estrangeiro, dentre os quais vale mencionar as agências estaduais de promoção ao investimento, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), responsável pelo financiamento de projetos – vale ressaltar, apenas em 2005 foram desembolsados mais de 47 bilhões de Reais –, a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), entre outros.

2.3. O Sistema federal de atração de investimentos é uma política pública?

Conforme já exposto, pode-se afirmar que um modelo de política pública possui 4 elementos. Daqui em diante passaremos a avaliá-los em contraposição ao presente sistema federal.

³²³ UCHÔA, 2006.

³²⁴ Sítio eletrônico: < <http://investimentos.desenvolvimento.gov.br/> >.

A ação implica mudança da realidade. Não basta somente a validade jurídica da ação prevista na política, deve a ação oferecer alteração na própria sociedade, coordenada na direção de um determinado objetivo³²⁵.

Assim, sob a coordenação da Comissão de Incentivo aos Investimentos Produtivos Privados no País, foram realizadas tais ações: segundo dados da própria RENAI, foram estabelecidos: convênio com as Secretarias Estaduais para formação da rede de informações e apoio a potenciais investidores; parcerias com entidades públicas e privadas para intercâmbio de informações de projetos de investimento e apoio a potenciais investidores (CEF, FIEMG, COPCA, BNDES, IPEA, ABIMAQ); *Website* (em português/inglês); banco de dados de projetos de investimentos; e, livro *Instrumentos de Apoio ao Setor Produtivo*. Já, a APEX-Brasil, apoiou mais de 21 mil empresas em 1460 eventos, gerando um volume negociado que ultrapassou 14 bilhões de dólares.

Na teoria da Administração, processo de forma bem resumida é o estabelecimento de uma agenda, a formulação de alternativas, decisão e implementação de uma determinada política³²⁶. No caso da política de atração de investimentos é perceptível, o estabelecimento de um processo, já que diversos atos foram atribuídos aos órgãos componentes do sistema, obrigando-os a atingir resultados específicos.

Como um programa de ação, a política de atração de investimentos possui objetivos expressamente positivados no artigo 1º do Decreto de 30 de agosto de 2004, os meios para o atendimento desses objetivos foram previstos, considerando-se a formação dos órgãos subalternos que detêm metas próprias. Há prioridades também estabelecidas, quando se percebe, por exemplo, o final do artigo 1º do Decreto de 30 de agosto de 2004, quando ressalta a inclusão social e a justiça ambiental, em conformidade, portanto, com o parágrafo único do artigo 2º do Decreto 4.584/03, que expressamente privilegia a criação de novos empregos e o apoio às empresas de pequeno porte.

Por fim, não há um tempo determinado para que se atinja os fins previstos, concluindo o estabelecimento dessa política pública.

³²⁵ BUCCI, p. 40-1.

³²⁶ BUCCI, p. 42-43.

Com isso, pode-se perceber que a política de atração de investimentos no Brasil tem características próprias de políticas de Estado e próprias de políticas públicas, ressentindo-se, no entanto, do marco jurídico que boa parte dos nossos vizinhos têm (submissão à Cortes de Arbitragens internacionais, por exemplo).

2.3.1. Exemplos de regulamentações realizadas sobre o IED.

ESTUDO DE CASO 7. CRISE ARGENTINA

Excerto do livro de Stella Maris Biocca Professora de Direito Internacional da Universidade de Buenos Aires a respeito dos efeitos do investimento estrangeiro direto na Argentina:

“Ainda que ingressaram investimento diretos na ordem de oitenta milhões na década de noventa e se aumentou o número e importância das transnacionais, não houve desenvolvimento porque estas empresas importaram, não exportaram, remeteram um elevadíssimo número de utilidades e o balanço de pagamentos se tornou negativo.

A preferência das empresas transnacionais foi investir por meio de fusões e aquisições retirando as concorrentes locais, se abasteceram com provedores externos, não investiram em pesquisa e desenvolvimento e descontinuaram os esforços tecnológicos locais.

Assim mesmo, com o default (cessação de pagamentos aos credores externos) e a brusca desvalorização, se inclinaram a comprar ativos imobiliários, em especial imóveis rurais (dezenas de milhões de quilômetros quadrados) com o risco da perda dos recursos naturais não renováveis incluídos nessas terras, por exemplo, a água potável e também adquiriram empresas locais de capital nacional como a Pérez Companc, IMPSAT, Quilmes, entre outras.

Os investimentos ingressos tampouco desenvolveram vínculos com a economia local.

Dizemos que as exageradas remessas de utilidade para o exterior compensaram eventuais benefícios que genericamente se podem atribuir tanto ao investimento estrangeiro quanto às privatizações, sendo este o instituto pelo qual passam à atividade privada o objeto de exploração próprio das empresas do Estado ou de Economia Mista.

Na Argentina as empresas petrolíferas desde 1989 podem manter no exterior 70% das divisas obtidas por suas exportações. As disposições que preparam o cenário para a privatização da YPF são os decretos editados entre outubro e dezembro de 1989 (decretos 155, 1212 e 1589) que celebraram tais benefícios e que foram reafirmados pelo decreto 2703/2002, publicado no último dia útil de 2002.

O dinheiro obtido pelas exportações, por conseguinte, não ingressa nem se investe nem se gasta em nosso país, processo similar ocorre nos países produtores de petróleo pelos quais se converte no mais claro espelho da miséria que refletem, face à importância e valor dos recursos exportados.

Este privilégio outorgado às petrolíferas havia sido suspenso pela lei de emergência 25.561 de 6 de Janeiro de 2002 porém nunca cessou porque a lei não foi cumprida. Os decretos que estabeleceram a livre disponibilidade do óleo cru converteram os contratos de locação de obras e serviços, em concessões nas quais se estabeleceu o preço internacional como referência para o mercado argentino, as empresas petrolíferas foram isentas dos impostos presentes e futuros para a exportação além de se outorgar a disponibilidade das divisas até 70%.

O Decreto 2703/2002 desestimulou o dito do Procurador do Tesouro de 31 de julho e 16 de setembro de 2002 que sustentava: “a exceção consagrada no art. 5 do decreto 1589/1989 que fixa a disponibilidade das divisas até 70% não se encontra vigente e carece de eficácia frente ao regime cambial estabelecido pelos decretos 1606/2001 e 260/2002”.

Por sua vez, a gerência de câmbio do Banco Central ratifica a postura fundada nas limitações próprias da emergência econômica. Frente aos ditames indicados e a claridade das situação jurídica, o Poder Executivo manteve os privilégios para as petrolíferas sem exigir-lhes nenhuma contraprestação: nem maiores salários para seus trabalhadores, nem ampliar o número de empregos, nem pagar impostos, nem efetuar investimentos no país.

A maxidesvalorização e as baixas retenções das exportações de petróleo somado ao incremento do seu preço pelo conflito suscitado pela invasão dos EUA e Inglaterra ao Iraque pois a Argentina em grave risco de uma extração e exportação desmedida que esgote seu recurso petrolífero.^{327,}

Diante desse cenário, houve uma explosão de casos perante o ICSID envolvendo o caso argentino, inclusive causando no Tribunal o que se chama de “efeito Argentina”³²⁸.

³²⁷ BIOCCA, Stella Maris. *Derecho Internacional Privado: un nuevo enfoque*. Buenos Aires: Lajouane, 2004. p. 172-4.

³²⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. **CIADI y arbitraje em contrato com el Estado**. In: BIOCCA, Stella Maris (org.) *Jurisdicción internacional em las relaciones jurídicas y económicas em que el estado es parte*. Bahia Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2006. p. 55.

Um exemplo bastante interessante de promoção de investimentos estrangeiros, reforçando a proteção do marco regulatório foi o que encontramos em Portugal. País que conta com ordenamento constitucional muito semelhante ao nosso, e que saiu de uma situação econômica também muito semelhante aproveitou-se do marco regulatório regional e local para implantar uma legislação eficaz sem que ficasse exposta a inúmeros casos perante o ICSID. Interessante ressaltar que a legislação foi implantada em época cujos fluxos de investimentos para o país foram bastante intensos.

ESTUDO DE CASO 8. POLÍTICA DE ATRAÇÃO DO IED EM PORTUGAL

A União Européia tem demonstrado um crescimento notável nas últimas décadas. Contudo, o que mais se destaca, é que o crescimento tem ocorrido em vários de seus países, especialmente os mais pobres, países, até então vista marginais ao crescimento do continente, passaram a participar deste crescimento, gerando riquezas que todos se beneficiam. Todos se beneficiam do incremento das relações comerciais e econômicas dos países membros da Comunidade.

Interessante, neste ponto de vista desenvolvimentista, que os países da América Latina, apesar de perfazerem uma União muito mais deficitária tanto em aspectos jurídicos quanto em aspectos econômicos, pode se beneficiar do desenvolvimento de seus pares. Daí, nasce o proveito de um estudo de países similares na União Européia, já que poderá abastecer os planos de integração produzidos em outros países em desenvolvimento.

Portugal, torna-se um importante exemplo a ser discutido, pois por meio da regulação e do incentivo inicial ao Investimento Estrangeiro Direto (IED) conquistou mercados e produziu divisas pelo mundo com a melhora destes dados. Desde a década de 70 quando saiu de dificuldades políticas, Portugal diversificou sua indústria saiu de uma aparente obscuridade européia para uma posição de exportador de capital, trazendo benefícios para sua mão de obra interna e incentivos aos países receptores de seus investimentos.

Faremos então, uma demonstração da situação da economia portuguesa e de sua representatividade no cenário internacional, comparando o crescimento econômico com a prevalência do IED. Passaremos adiante a expor a regulação do IED em Portugal analisando seus substratos nacionais, regionais e internacionais. Ademais, será analisada, a efetividade

dos Acordos de Investimento, bem assim as Agências de Promoção ao Investimento, fato este fortemente discutido e desafiado pela doutrina.

Expansão da economia portuguesa e de suas empresas

A economia portuguesa teve como base propulsora a utilização de investimento no exterior em busca de mercadorias e outras espécies de riqueza. Todavia, fatos que alteraram a política portuguesa a manteve quase que totalmente afastada, por diversas décadas, do processo de globalização e de exploração de recursos alienígenas.

O processo de descolonização e graves crises políticas internas provocaram grandes perdas na economia portuguesa, desvirtuando seu viés internacional para uma indústria manufatureira interna, sem grande expressão.

Com a entrada na União Européia e com o reaquecimento de sua indústria interna, a indústria portuguesa trocou a forma de exploração de mercados internacionais antes empregada, por uma visão empresarial mais consistente e atendendo a requisitos atuais de administração³²⁹.

Pode-se perceber que o investimento estrangeiro realizado por empresas portuguesas tem sofrido um grande aumento, mas ainda diz respeito a um pequeno número de empresas. Apesar da disparidade da organização destas, a maioria ainda persiste com a idéia da importação como principal forma de participação no mercado estrangeiro. Passando a fase da importação, as empresas tendem a admitir o investimento direto como forma de internacionalização da empresa, o investimento direto. Vale ressaltar, no entanto, que o ínterim até o investimento direto tem diminuído³³⁰.

Outra questão relevante no investimento português é que características como o reatamento de laços culturais e a expansão da infra-estrutura interna, têm sido levadas mais em consideração do que outros fatores como os custos de produção e a aprendizagem organizacional.

³²⁹ Acerca da evolução econômica, dados importantes podem ser obtidos no endereço eletrônico: <http://www.icep.pt/portugal/economia.asp>, acesso em: 7 jul 2005.

³³⁰ Grande parte dos dados coletados para a apresentação deste artigo deve-se à pesquisa feita por RITA, Rui M. S. **Investimento Directo Estrangeiro (IDE) de Portugal no Exterior**. Working Paper 2/3. Universidade de Évora. Novembro de 2002.

Nas empresas atuantes no investimento internacional é comum, a preponderância da capacidade administrativa, o alto investimento em pesquisa e desenvolvimento, a notoriedade pela estratégia organizacional, e, sempre, a concorrência de empresas de outros países da União Européia. Cabe lembrar que o investimento português tende a se concentrar em filiais comerciais e não industriais, ou seja, mais de 60% dos investimentos portugueses não vão para a indústria, mas para o setor de comércio, haja vista que demanda menores riscos além de envolverem menores custos financeiros.

Destas características, importantes conseqüências são percebidas atualmente: o investimento estrangeiro direto português emprega em média 8% dos seus empregados em países receptores, tendo este número crescido aproximadamente dez vezes entre 1990 e 1995. Algumas empresas já nascem com tendência internacionalista, já nascem formuladas para ocupar o mercado externo e não somente o mercado interno³³¹.

Um exemplo do crescimento desta tendência é a análise da participação de empresas micro, pequenas e médias no Brasil. Este país foi responsável pelo crescimento vigoroso do investimento estrangeiro direto português inicialmente impulsionado pela privatização das empresas brasileiras, quando do aumento da participação da Portugal Telecom na Telesp (setor de telefonia) e da entrada da EDP no setor energético brasileiro.

Todavia, o crescimento passou a diminuir no Brasil em virtude da paralisação do processo de privatização inicialmente provocado. Percebeu-se que o investimento apenas diminuiu e não cessou. Este fenômeno se deve exatamente às empresas pequenas e médias. Como instigador deste investimento estão a facilidade da língua, os laços culturais que provocam um acesso mais amplo e fácil ao mercado brasileiro. Desta forma, verifica-se que as empresas portuguesas se alocam em uma ampla gama de setores da indústria brasileira. Empresas de Tecnologia da Informação (TI), como a Parede, Novabse e a Altitude Software; empresas de metalurgia: Tayol, Sodécia, Cabelauto e a Pereira Barroso e Oliveira; empresas de moldes: Simoldes, Socem, Moliporex e a Alfamoldes; empresas do setor de cimentos: Cimpor; empresas de distribuição: Jerónimo Martins e Sonae Distribuição; bancos: Grupo Espírito

³³¹ Com referência aos dados das empresas portuguesas, uma importante base de dados é o fornecido pelo Gabinete de Estudos e Perspectivas Económicas do Ministério da Economia português (GEPE). www.gepe.pt. Para este trabalho, veja-se em: SIMÕES, Vitor Corado; DE CASTRO, Vitor. **A internacionalização das empresas portuguesas: Uma perspectiva genérica**. CISEP, ISEG/UTL, CEGEA e Universidade Católica do Porto. Semanário Económico. GEPE: 2001.

Santo, a Caixa de Depósitos, o BCP, o Banif e o Banco Finantia; turismo: Grupo Vila Galé, além de outros setores específicos (MENDONÇA, 2001).

As principais motivações do investidor português, é a convicção pessoal dos administradores sobre as vantagens da exportação, já que não há um plano estruturado de recebimento de investimento português no Brasil; uma vontade de crescimento da empresa alavancada pela presença internacional; a necessidade de lidar com o excedente da produção; além da diminuição de riscos diversificando o mercado.

Outrossim, cabe ressaltar a participação da criação de uma agência de incentivo ao investimento realizado pelo governo português. Sua origem remonta ao ano de 1949, quando foi criado o Fundo de Fomento de Exportação. Como já dissemos, conjecturas políticas e sociais não propiciaram um grande desenvolvimento naquela época.

Houve sim, após 1982, um desenvolvimento deste Centro de Apoio, sob a nova batuta do Instituto do Comércio Externo de Portugal (ICEP)³³². Desde então, o investidor português passou a contar com uma intervenção facilitadora para o investimento estrangeiro. Em 2002, foi criado um órgão específico, a Agência Portuguesa para o Investimento (API), que avocou a competência do ICEP.

Regulação nacional do Investimento Estrangeiro Direto

Como país membro da União Européia, o fluxo de regulação internacional no direito do investimento português é bastante relevante. Em regra, os países da União Européia ainda mantêm a tendência de regulação particular de cada país no setor.

Em 1977, Portugal lançou mão de um Código de Investimento Estrangeiro. Conjuntamente a uma legislação que ordenou a questão da atuação no setor público e no setor privado, o país pretendeu criar uma atmosfera favorável ao recebimento de ativos estrangeiros.

O Código orientou-se por uma permissão caso a caso dos investimentos, regulando seu pré-estabelecimento. Deve-se levar em conta, que ainda hoje e mais acentuadamente naquela época, Portugal não poderia simplesmente livrar-se de suas barreiras alfandegárias ou permitir

³³² Veja-se em www.icep.pt, acesso em: 7 jul 2005.

o Investimento Estrangeiro Direto indistintamente, pois sua indústria nacional não ofereceria o suporte necessário para uma competição neste nível, graças a sua evolução econômica e tecnológica³³³. O risco gerado com a medida à época foi fazer de sua legislação extremamente burocrática, possibilitando restrições abusivas ao investimento.

Neste passo, foi criado o Instituto do Investimento Estrangeiro que traçou como principais metas, logo após a criação do diploma legal: uma análise dos pontos que provocavam o impedimento de maiores investimentos estrangeiros no país; o incentivo e a realização de encontros com setores produtivos e governamentais dos potenciais países investidores, buscando-se diagnosticar a situação atual do investimento estrangeiro, bem como avaliar idéias de promoção deste; além de um grande fomento a pesquisa na área com a edição de trabalhos, monografias e estudos acerca do tema, em que fossem levadas em consideração soluções para o período de transição pela qual o país passava naquela época.

Sob este prisma, Portugal passou a adotar a promoção de acordos bilaterais de investimento com potenciais países exportadores de capital, com a precedente adesão ao *International Centre for Settlements of Investment Disputes* (ICSID), consolidando a abertura ao investimento evidenciada com a edição do Código de Investimento Estrangeiro.

Regulação da União Européia

Dentro do âmbito do artigo, cabe ressaltar a importância da regulação comunitária ao investimento estrangeiro direto, principalmente levando-se em conta, a tão comentada relevância estratégica do investimento estrangeiro, que afeta de forma heterogênea, os países membros da União Européia (UE)³³⁴.

Não há um regime definido do investimento estrangeiro na EU. Pode-se depreender uma regulação acerca de tópicos específicos que afetam intimamente o investimento estrangeiro direto. Assim, em regra, fica a cargo de cada país membro a regulação do investimento feito

³³³ Veja-se em <http://www.publico.clix.pt/servico/notinuse/proggov/governo2/prog/prog2iib6.html>.

³³⁴ Ao se tratar da União Européia, cabe lembrar que sua formação passou por diversos estágios até a edição do Tratado de Maastricht em 7 de fevereiro de 1992. Assim, o termo União Européia quando usado a acontecimentos pretéritos à citada data, diz respeito aos três acordos: Comunidade Econômica Européia (CEE), renomeada Comunidade Européia (CE) pelo Tratado de Maastricht, a Comunidade Européia do Carvão e Aço (CECA) e a Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM).

em seu território³³⁵. Nota-se, todavia, que o Tratado de Maastricht regulou, considerando de interesse de todos os países comunitários os seguintes temas: movimento de capitais, direito de estabelecimento e regime pós-estabelecimento³³⁶.

A regulação do **movimento de capitais**, tanto para IEDs entre estados-membros como para não-membros, é feito pelo Capítulo 4 do Tratado que institui a Comunidade Européia (CE)³³⁷. O artigo 56 propõe que ficam defesas todas as restrições a circulação de capitais e aos pagamentos feitos entre Estados membros e entre Estados membros e não membros. Ficam resguardadas as restrições feitas previamente a 31 de dezembro de 1993 sob o âmbito de acordo a países terceiros. Dada a relevância do assunto, o IED pode ser restringido pela expressa e unânime anuência dos Estados membros a terceiros, quando representem um retrocesso ao processo de liberalização, que é o paradigma.

O art. 56 também não prejudica os países membros de aplicarem distinções próprias de seu direito Tributário que importem diferenciações entre sujeitos em razão do local de sua sede, ou ainda, do local em que o capital é investido. Além disso, os países-membros podem em razão de ordem ou segurança públicas, impor limitações administrativa para a movimentação de capitais. Cabe salientar, que tal limitação deve visar a transparência da movimentação por meio da ciência de sua ocorrência, buscando um controle tributário efetivo de tais movimentações (art. 58).

Sem embargos, é fundamental esclarecer que as medidas restritivas não podem travestir-se em restrições discriminatórias ao investidor estrangeiro, nem à livre circulação de capitais e pessoas, princípios basilares do Tratado. Mas, sendo estritamente necessário, podem ser tomadas medidas de salvaguarda, em favor de algum país-membro, com o fim de evitarem-se dificuldades ao funcionamento da União Européia.

³³⁵ Tem-se como corolário do Direito, a soberania dos Estados e sua conseqüente produção e aplicação das normas. Assim, respeitando a auto-limitação desta soberania, Portugal, preferiu manter tal direito no caso da regulação dos IEDs. Veja-se em: BRONNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University, 1998. p. 289.

³³⁶ HOFFMANN, 2003, p. 425.

³³⁷ Versão Consolidada do Tratado que institui a Comunidade Européia, disponível em: http://europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/selected/livre2_c.html, acesso em: 7jul2005.

Quanto ao **direito de estabelecimento**, a regulação se dá por meio da proibição de restrição quantitativa entre os Estados-membros (art. 28 e segs.). Dessa forma, são proibidas restrições quantitativas à importação ou exportação.

Sempre se respeitando o princípio da não arbitrariedade nas distinções de tratamento, o Tratado prevê que podem, excepcionalmente, ser feitas restrições quantitativas, por motivo de: “moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial e comercial”. Tais exceções são bastante comuns em tratados de investimento³³⁸.

No caso de monopólio estatal de uma indústria de base, deverá o investidor estrangeiro ser tratado de forma equitativa ao investidor nacional. No caso de monopólio comercial de fornecimento ou produção de produtos agrícolas, devem ser tomadas medidas que assegurem um nível semelhante de vida e de emprego ao estrangeiro.

Como pode se perceber, a competência para regulação do direito de estabelecimento permanece sob os auspícios dos Estados-membros, ficando a Comunidade apenas com eventual competência descendente da competência interna outorgada pelos Estados-membros.

Por fim, outra questão abordada nos acordos constitutivos da União Européia é o tratamento **pós-estabelecimento**. Tal tratamento é diversificado, pois é feito com relação a cada setor especificamente. Assim, não guarda necessária relação com os Estados-membros, podendo ser outorgado também a não-membros dependendo da regulação adotada por determinado Estado-membro.

A regulação européia permite, assim, ampla autonomia aos seus participantes no assunto, já que se trata de assunto considerado de importância fundamental para o desenvolvimento das relações comerciais internas e internacionais de um país. Em âmbito bilateral, os Tratados Bilaterais de Investimento (TBI) são realizados indistintamente entre Estados-membros e não membros³³⁹.

³³⁸ CNUCED, 1999a., p. 4

³³⁹ Classicamente, pensa-se estes Tratados como forma de implementação de investimentos de países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Apesar da tendência de crescimento de acordos entre países em

Já, nas negociações multilaterais ou em acordos de livre comércio, as tratativas são feitas entre os próprios Estados. Há, por vezes, a intervenção da Comunidade por meio dos Conselhos Ministeriais, sendo os acordos concluídos administrados por diretórios da Comissão. Como não faz parte do processo regulado de tomada de decisões, alguns doutrinadores, chamam tal processo de decisão³⁴⁰ por parte dos Estados-membros fiscalizado pela Comunidade de “quarto pilar” do sistema da EU³⁴¹.

2.3.2. Efetividade dos AI's e das Agências de Promoção ao Investimento

No que se refere à análise da eficiência³⁴² dos Acordos de Investimento (AI), normalmente exemplificados pelos Tratados Bilaterais de Investimento (TBI) e pelos Tratados de Livre Comércio, para o progresso ou não das relações entre os países signatários³⁴³, o assunto é bastante discutido na doutrina³⁴⁴.

Parte dos pesquisadores entende que os TBIs se analisados frente a questões como o efetivo aumento de transferência de investimento entre as partes, pode não apresentar resultados convincentes. Entretanto, pode-se afirmar que há evidente promoção e proteção dos

proximidade de condições, ainda pode-se dizer que a maioria dos TBI's são realizados com esta finalidade. Veja-se em: GOLSONG, H. **Dispute Settlement in recently negotiated Bilateral Investment Treaties – the reference to the ICSID Additional Facility**. In: BOS, A; SIBLESZ, H. *Realism in Law-Making: essays on international law in honour of Willem Hiphagen*. Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 35-49.

³⁴⁰ De acordo com sua regulação, a EU tem como formas de tomadas de decisão, três formas clássicas: co-decisão (mais usual), em que há um partilhamento do processo legislativo entre o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia; consulta, na qual o Parlamento apenas emite um parecer; e, o parecer favorável, no qual o Parlamento apenas emite um parecer também, só que não há a possibilidade de emendas.

³⁴¹ TORRENT, R. *Derecho y Práctica de las relaciones exteriores en la Unión Europea*. Barcelona: Cedecs, 1998, p. 111-2 e 146-7 **apud** HOFFMANN; 2003.

³⁴² Emprega-se o conceito de eficiência sob os auspícios de SALLES, Carlos Alberto de. **Eficiência: um novo paradigma do direito na ordem globalizada?** In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura. *Globalização & Soberania*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 185.

³⁴³ Tem-se como escopo estudos econômicos. Serão ignorados resultados em outros setores também importantes para uma análise global da influência dos Acordos de Investimento nos países contratantes. Um importante estudo desafia o incentivo destes tratados, realizando diversos questionamentos acerca da relação com os direitos humanos. Apesar de não ser conclusivo, questões demonstram que o investimento estrangeiro direto não implica necessária evolução para a consecução das Metas de Desenvolvimento do Milênio estabelecidas pela Assembleia Geral da ONU em Setembro de 2000, por exemplo: RUSSAU, Christian. **Enforcement of international trade regimes between the European Union (EU) and the Common Market of the South (MERCOSUR)?** Foreign direct investment as the object of free trade negotiations: Between investors' rights, development and human rights. FDCL: Berlin, 2004. p. 32.

³⁴⁴ Alguns estudos feitos algumas décadas atrás propunham a incondicionabilidade dos efeitos positivos dos TBIs, como: ROBIN, Patricia M. **The BIT won't bite: the american bilateral investment treaty program**. *The American University Law Review*. Vol. 33. Verão 1984. p. 931.

investimentos. Ou seja, a troca de proteção de investimentos por promoção do outro lado, de fato, ocorre. Sob um prisma tradicional de TBIs, entre países desenvolvidos com países em desenvolvimento, as intenções seriam atingidas, na grande maioria das vezes a longo prazo³⁴⁵.

Todavia, há entendimento diferente afirmando que, em regra, o estudo da influência dos TBI's nos países signatários demonstra que sua utilidade é deficiente. Espera-se, quando da celebração deste tipo de tratado, que o país ofereça uma maior segurança no processo de estabelecimento e pós-estabelecimento deste investimento. Mas, isto não é automático. Dizem estes estudiosos, que, na prática, pouca relação se nota entre o pacto desta modalidade de acordo e o aumento dos IEDs³⁴⁶.

Para se atingir alguma conclusão acerca da efetividade dos TBIs, não basta se deixar seduzir pelos dados e efeitos macroeconômicos dos países estudados. Diversa e mais complexa a metodologia de estudo que deve ser adotada. A análise de instrumentos macroeconômicos como a balança de pagamentos de um determinado país, por exemplo, é bastante controversa, já que tal instrumento foi elaborado com a intenção de medir outros fenômenos e não o influxo de IED em um país. Desconsideram-se, em regra, fatores como reinvestimento etc., sem levar em conta que a balança de pagamentos diz respeito a trocas entre residentes e não residentes no país, o que por si já geraria uma disfunção na análise. Outra questão importante é que a balança de pagamentos como instrumento utilizado pelos países vem passando por um período de padronização, ainda não totalmente completo³⁴⁷. Intentos da OCDE e do FMI ainda não atingiram uma normalização do estudo, que em muitos países ainda apresentam resultados destoantes dos da realidade. Vale lembrar que os TBIs são utilizados justamente em países de menor desenvolvimento relativos, exatamente aqueles que passam por esse processo de padronização destes instrumentos.

Desta forma, a análise dos TBIs merece metodologia diferenciada da utilizada, já que algumas das disparidades nos resultados dos estudiosos residem justamente neste senão. Alguns estudiosos basearam seus resultados em perfis um pouco diferentes. Há quem sustente um

³⁴⁵ SALACUSE; SULLIVAN, 2005, p. 112.

³⁴⁶ TOBIN, J.; ROSE-ACKERMAN, S.

³⁴⁷ SASS, 2003, P. 6.

padrão de evolução do capital humano do país propício ao investimento estrangeiro³⁴⁸. Poderia se dizer, então, que um país que não atingisse um determinado cume neste quesito não seria propício a receber investimentos, pois tais investimentos não lhe trariam benefícios. Outros afirmam além da importância do capital humano, a questão da preparação do mercado financeiro do país. Este também deveria atingir um patamar aceitável para a efetividade da promoção do investimento³⁴⁹.

Apesar das diversas posições tomadas pelos estudiosos, os Estados tendem ainda a propugnar pelo aumento do Investimento Estrangeiro Direto feito em seus países, bem assim dos feitos por seus nacionais em outros Estados. O Estado tende a incentivá-lo das mais diversas formas. Como vimos, por exemplo, no caso português tem sido proposto, nestas últimas décadas, meios estatais de incentivo ao fenômeno econômico. Pode-se citar o Código de Investimento Estrangeiro, a adoção de Tratados Internacionais (Convenção de Washington – ICSID), entre outras. Nota-se, entretanto, que a adoção do já citado Instituto (ICEP) para promoção do investimento tem atingido resultados significativos.

Não obstante tais resultados, a adoção de agências de promoção ao investimento estrangeiro também é campo onde se travam discussões acerca da utilidade da intervenção estatal. Existiam em 2001 mais de 160 agências nacionais de promoção ao investimento e mais de 250 sub nacionais³⁵⁰. Isto demonstra a penetração que o modelo vem empreendendo atualmente, como forma de intervenção estatal para o desenvolvimento dos IEDs.

Trata-se aqui das agências como forma de intervenção estatal, muito embora isto não seja um requisito. As agências podem ser promovidas por associações privadas. O que revela a prática é que estes organismos ganham em eficiência quando diretamente ligados aos altos escalões do Governo³⁵¹.

³⁴⁸ Outros sustentam desta forma, dentre os quais destacamos: BORENSTEIN, E.; GREDOTIO, J. de; LOO J. **How does foreign direct investment affect economic growth?**. Journal of International Economics. Vol. 45: 1998. p. 115-135.

³⁴⁹ Veja-se em ALFARO, L. et al. FDI and Economic Growth: **The Role of Local Financial Markets**. *University of Houston Working Papers*. 2001 e HERMES N., LENSINK R. **Foreign Direct Investment, Financial Development and Economic Growth**. University of Groningen, SOM Theme E Working Papers, No. 27. 2000.

³⁵⁰ Veja-se em Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento – CNUCED. **The World of Investment Promotion at a Glance: A Survey of Investment Promotion Practices**. UNCTAD: United Nations Advisory Studies number 17, UNCTAD/ITE/IPC/3.

³⁵¹ MORISSET, 2003, p. 18.

As agências devem ser vistas atualmente como formas de organização do investimento recebido. Desta feita, as agências tendem a selecionar setores carentes, formas de incentivo a indústria local, ou ainda do capital humano local, como solução para o incentivo dos IEDs sem que estes seja prejudiciais ao Estado receptor.

A especialização dos IEDs recebidos por um país, pode ser vislumbrada como uma via para o tão comentado problema da eficiência dos AIs. Os acordos seriam úteis para o desenvolvimento e incentivo do país receptor e do país de origem se estudados previamente, fazendo com que sua celebração apenas ocorresse como viabilização do progresso das partes contratantes.

Como pode ser depreendido, os estudos demonstram que muito mais do que agências ou acordos de investimento, fatores que são preponderantes para a promoção e proteção ao IED são o clima interno favorável, o tamanho do mercado objeto de investimento, além do grau de preparação do capital humano. Incentivos estatais podem e devem localizarem-se em especialização da mão de obra, preparação da economia e transparência na governabilidade. Tais incentivos podem ser feitos das mais diversas formas. Portugal encontrou na criação das agências e na celebração dos acordos de investimento, uma maneira eficiente de fazê-lo, mas isto, como já dissemos, não pode ser considerado regra.

Muito mais do que demonstrar propriamente se os Acordos de Investimento e as Agências de Promoção ao Investimento são, de fato, medidas favoráveis ao desenvolvimento dos Estados, busca-se demonstrar que as referidas medidas podem ser úteis aos Estados em desenvolvimento, desde que utilizadas de forma correta e principalmente dentro do cenário de liberalização propício.

CONCLUSÕES

Diante do que apresentamos durante o trabalho, gostaríamos de pontuar alguns pontos que nos parecem muito importantes. As conclusões já foram atingidas durante o desenvolvimento, por isso elaboramos tópicos conclusivos a guisa de concatenação e organização da nossa exposição:

- ✓ O IED é regulado principalmente em função das ETN's. Essas empresas apresentam linhas de produção verticalizadas por todo o mundo, de modo que para elas não basta a segurança jurídica de um direito interno. O Direito Internacional representa uma linha de ordenamento mais concreta e mais estável que pode assegurar seus interesses e o retorno desses interesses aos seus investidores.
- ✓ Foram 4 os ciclos de evolução das ETN's, sendo atualmente o momento em que as empresas conseguiram se estabilizar por mais tempo, deixando o fenômeno de ocorrer apenas em países desenvolvidos, mas também em países em desenvolvimento como o Brasil.
- ✓ Economicamente, o IED não é mais apenas consequência das vantagens comparativas. Sua existência é relacionada com vantagens estruturais, que podem incluir dentre seus fatores (O, L e I) a legislação local e a segurança que um ordenamento internacional poderia lhe oferecer.
- ✓ A forma clássica de defesa dos interesses de particulares no Direito Internacional é a proteção diplomática. Atualmente é considerada ultrapassada, seja por questões técnicas, seja por questões políticas.
- ✓ O Direito Internacional do Investimento foi criado com um corpo de normas substantivas próprias, consequência dos padrões de maior segurança ao investidor estrangeiro, e definitivamente se consolidou com a formação do ICSID.

- ✓ Não há como classificar esse ramo jurídico como de Direito Internacional Público nem como Direito Internacional Privado. Trata-se de ramificação autônoma sui generis, com elementos de ambos os ramos.
- ✓ O objeto do Direito Internacional do Investimento não foi objeto de uma definição única, preferiu-se adotar uma definição casuística, o que causa certa imprecisão ao termo, mas facilita sua negociação no momento em que se celebram acordos internacionais de investimento.
- ✓ Com isso, fortes políticas de admissão e estabelecimento do investimento foram criadas, inclusive gerando direitos a investidores já numa fase pré-entrada.
- ✓ A expropriação será também um conceito alterado pelo tempo, em razão até mesmo da utilização política do termo propriedade.
- ✓ A propriedade não é termo unívoco na História. Mais do que isso, verificou-se que pela história a propriedade é objeto de planejamento político adquirindo um significado conforme as diretrizes de cada Estado, gerando inclusive o fenômeno atual de “privatização e nacionalização”. Trata-se de um microsistema representativo dos interesses de quem administra a sociedade.
- ✓ Conseqüentemente, ocorre a intervenção do Estado no domínio econômico emprestando-lhe significado ao termo propriedade, garantindo ora característica pública, ora coletiva, ora eminentemente privada.
- ✓ Prevalece atualmente políticas de intervenção econômicas indiretas em detrimento das diretas, razão pela qual prevalece as expropriações indiretas hoje.
- ✓ Isso não ocorria antes, com os fenômenos de nacionalizações e de quebras contratuais com o fim das concessões clássicas.
- ✓ Classicamente, o estrangeiro frui de algumas garantias de tutela da sua propriedade, por isso antes mesmo da formação do Direito Internacional do Investimento já havia casos que tutelavam o fenômeno.

- ✓ Formando-se uma forte jurisprudência no direito interno norte-americano acerca da desapropriação indireta, o Direito Internacional também adotará tal estrutura, consolidando-se nos vários casos julgados pelo Tribunal Irã-Estados Unidos.
- ✓ O Direito Internacional do Investimento será diferenciado do Direito Internacional Público exatamente no que tange aos seus previamente estabelecidos padrões de tratamento, tornando estável o direito a indenização do ponto de vista internacional ao investidor.
- ✓ Os padrões de compensação sofrerão bastante críticas, mas exceto por situações específicas, os julgamentos mais recentes ainda adotam o padrão Hull estabelecido já com o Caso da Fábrica de Chórzow.
- ✓ O Direito brasileiro frui de marco regulatório muito semelhante aquele buscado pelo Direito Internacional do Investimento, adotando inclusive a liberdade de trânsito cambial, apenas submetido a registro.
- ✓ No entanto, em situações específicas não adota o padrão Hull de compensação para expropriações, muito embora sua legislação seja bastante interessante para investidores internacionais.
- ✓ Há uma política pública de atração de investimentos estrangeiros para o Brasil. Falta-nos, no entanto, um âmbito normativa favorável como ocorre na maior parte dos outros países com nossas características econômicas.
- ✓ No entanto, seja porque nosso ordenamento oferece proteção e estabilidade bastante interessantes, seja porque outros países que adotaram o modelo dos Acordos Internacionais de Investimento não lograram os resultados esperados, a solução não parece ser tão simples.
- ✓ Utilizamos o exemplo do Estado português que em conjunto com reformas econômicas e estruturações de investimento intra-bloco e também de expansão das suas empresas conseguiu criar um ambiente regulatório favorável para os investidores investirem lá,

como também provocou uma facilitação para os investidores portugueses adentrarem no mercado internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABS, Herman; SHAWCROSS, Hartley. **Draft Convention on Investments Abroad.** In: The proposed convention to protect private foreign investment: a round table. *Journal of Public Law*. Vol. 1. Primavera de 1960.

ADAIR, David R. Investor's Rights: the evolutionary process of Investment Treaties. **Tulsa Journal of Comparative & International Law**. Vol. 6. Primavera de 1999.

ADAMS, Julia. Principals and Agents, Colonialists and Company Men: The Decay of Colonial Control in the Dutch East Indies. In: **American Sociological Review**. Vol. 61. p. 12-28.

ALFARO, L. et al. FDI and Economic Growth: **The Role of Local Financial Markets**. *University of Houston Working Papers*. 2001

ARZABE, Patricia Helena Massa. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**: mimeo.

BARBOSA, Alfredo Ruy. **Breve panorama dos contratos no setor de petróleo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2794>>. Acesso em: 01 fev. 2007.

BEDERMAN, David J. **International law in antiquity**. Cambridge: Cambridge University, 2001.

BEEN, Vicky; BEAUVAIS, Joel C. The global fifth amendment? NAFTA'S Investment protections and the misguided quest for an international "regulatory takings" doctrine. **New York University Law Review**. n. 78, 2003.

BIOCCA, Stella Maris. **Derecho Internacional Privado: un nuevo enfoque**. Buenos Aires: Lajouane, 2004.

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; e, REISMAN, Michael. **Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary**. Haia: Kluwer Law International, 2005

BITTAR, Carlos Alberto. **Modalidades de contrato de adesão e cláusula definidas como abusivas**. In BITTAR, C.A.. Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas. São Paulo: Saraiva: 1.991.

BORCHARD, Edwin M. Responsibility of States, at The Hague Codification Conference. **American Journal of International Law**. Vol. 24. Washington, 1930.

BORENSTEIN, E.; GREDOTIO, J. de; LOO J. **How does foreign direct investment affect economic growth?**. *Journal of International Economics*. Vol. 45: 1998

BRAGA, Waldir Luiz. **Os tratados internacionais no Direito Tributário Brasileiro**. 1985. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Conceito de política pública em direito**: mimeo.

BULL, Hedley. **The Anarchical Society: a study of order in World Politics**. 2ª ed. Nova Iorque: Columbia University, 1995.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Relações Internacionais, 2002.

CARON, David D. **The nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the evolving structure of International Dispute Resolution**. American Journal of International Law. Vol. 84, 1990.

CARREAU, D.; JULLIARD P. **Droit International Économique**. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University, 2005.

CHOWDITURY, Subrata Roy. **Permanent Sovereignty over Natural Resources: substratum of the Seoul Declaration**. In: WAART, P.; PETERS, P.; DENTERS, E. (org.). International Law and Development. Dodrecht: Martinus Nijhoff, 1988.

COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. s/ed, 1937. mimeo.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 35, n. 138. Brasília: abr/jun 1998.

COMPARATO. Fabio Konder. **Direito de recesso de acionista de sociedade anônima**. Revista dos Tribunais: São Paulo, vol. 558, 1983.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO - CNUCED. **Admission and Establishment**. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. New York e Genebra: United Nations, Sales No. E.99.II.D.10., 1999a.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO – CNUCED. **Scope and Definition**: *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. New York e Genebra: United Nations Publications, Sales No. E.99.II.D.9., 1999b.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO – CNUCED. **Most favoured-nation treatment**: *UNCTAD Series on*

Issues in International Investment Agreements. New York e Genebra: United Nations Publications, 1999c.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO – CNUCED. **Fair and Equitable Treatment**: *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. New York e Genebra: United Nations Publications, 1999d.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO – CNUCED. **Taking of Property**: *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. New York e Genebra: United Nations Publications, 2000a.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO – CNUCED. **National treatment**: *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. New York e Genebra: United Nations Publications, 2000b.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO – CNUCED. **The World of Investment Promotion at a Glance: A Survey of Investment Promotion Practices**. UNCTAD: United Nations Advisory Studies number 17, UNCTAD/ITE/IPC/3.

CORRÊA, Cristiane Sanches de Souza. **Os regimes de Investimento Estrangeiro Direto no Brasil: Regulação e Política Externa Nacional**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Universidade Estadual de Campinas. Campinas-SP, 2007. 270 p.

COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. s/ed, 1937. mimeo.

COSTA, José Augusto Fontoura. **CIADI y arbitraje em contrato com el Estado**. In: BIOCCA, Stella Maris (org.) *Jurisdicción internacional em las relaciones juridicas y econômicas em que el estado es parte*. Bahia Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2006. p. 55.

COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, Thiago Pedroso de. **A liberalização do transporte marítimo internacional**. In: *Temas atuais de Direito do Comércio Internacional Volume 1*. Florianópolis, OAB/SC, 2004.

COSTA, José Augusto Fontoura; CARREGARO, Ana Carolina Costa; e, ANDRADE, Thiago Pedroso de. **Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?** In: **Revista Direito GV**. Vol. 3. ano 2. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, Novembro de 2007.

CHRISTIE, G.C. **What constitutes a taking of property under International Law?** *British Yearbook of International Law*. Vol. 38, 330, 1962.

CHUA, Amy L. **The privatization-nationalization cycle: the link between markets and ethnicity in developing countries**. **The Columbia Law Review**. Vol. 95. Março de 1995.

DEZALAY, Y.; GARTH, B.G. **The internationalization of palace wars – lawyers, economists, and the contest to transform Latin American States**. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Os impactos dos acordos internacionais sobre investimentos estrangeiros diretos na legislação brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

DOMKE, Martin. Foreign nationalizations: some aspects of contemporary International Law. **American Journal of International Law**. Vol. 55. Washington: 1961.

DUNNING, John H. **Studies in International Investment**. London: George Allen & Unwin Ltd, 1993.

FERRAZ, Flávia Rocha. Investimentos Externos Diretos: aspectos mais relevantes da legislação cambial. **Revista de Direito Bancário**. Vol. 33. São Paulo: RT, p. 358-375.

FERREIRA, Sérgio Andréa. **Direito Administrativo Didático**. Forense: Rio de Janeiro, 1985.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental: a dimensão ambiental da função social da propriedade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005.

FINK, C; MATTOO, A; NEAGU, I.C. **Trade in international maritime services: how much does policy matter?** Washington DC: World Bank, 2001.

FIUZA, César. **Direito Civil – curso completo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FRIEDLAND, Paul D.; WONG, Eleanor. **Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies**. ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. Vol. 6. 1991.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. **A Cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e da Roma**. 12ª ed. São Paulo: Hemus, 1998.

GARCIA AMADOR, F.V. Special Rapporteur's Report. International Law Commission. 1959.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

GESSNER, Volkmar; APPELBAUM, Richard; e, FELSTINER, William F. Introduction: **The legal culture of legal business transactions**. In: GESSNER, Volkmar; APPELBAUM, Richard; e, FELSTINER, William F. Rules and Networks.

GILISEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.

GOLSONG, H. **Dispute Settlement in recently negotiated Bilateral Investment Treaties – the reference to the ICSID Additional Facility**. In: BOS, A; SIBLESZ, H. Realism

in Law-Making: essays on international law in honour of Willem Hiphagen. Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4ª ed. Malheiros, 2002.

GREGG, John P.; MOGEL, William A. Appropriateness of imposing common carrier status on interstate natural gas pipelines. vol. 4. **Energy Law Journal**: 1983.

GREGORY, Denise; OLIVEIRA, Maria Fatima Berardinelli Arraes de. O desenvolvimento de ambiente favorável no Brasil para a atração de investimento estrangeiro direto. < http://www.cebri.org.br/pdf/238_PDF.pdf >.

HARTEN, Gus Van. **Investment Treaty Arbitration and Public Law**. Oxford: Oxford University Press. 2007.

HERMES N., LENSINK R. **Foreign Direct Investment, Financial Development and Economic Growth**. University of Groningen, SOM Theme E Working Papers, No. 27. 2000.

HOFFMANN, Andrea Ribeiro. **A política externa da União Européia para os países do Cone Sul na Área de Investimentos Externos Diretos**. IN: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Internacional e da Integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

HOROWITZ, Donald L. **Ethnic Groups in Conflict**. University of California: Los Angeles, 1985.

JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. **Oppenheim's International Law: peace**. 9ª ed. Londres: Addison Wesley, 1997.

JIMENÉZ, Sonia Rodríguez. **El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en material de Inversiones: aspectos jurisdiccionales y competenciales**. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de Salamanca. Salamanca, s/d.

JOHNSTON, Daniel. **International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts**. PennWell, 1994.

KELLEY, LawGlen. Multilateral Investment Treaties: a balanced approach to multinational corporations. **Columbia Journal of Transnational Law**. Vol. 39. 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Armênio Amado: Coimbra, 1984.

KISSINGER, Henry. **Diplomacia**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1997.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. **O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros**. In: CHEREM, Mônica Teresa; DI SENA JR, Roberto (org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento – uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KOJIMA, Kiyoshi. **Japanese Direct Investment: a model of business operations**. Tokyo: Charles E. Turtle.

LAPPER, Richard. Latin America investors reassess plans as fear of interference grows. **Financial Times**. 29 de maio de 2006. <<http://news.ft.com/cms/s/448402ba-eeaf-11da-820a-0000779e2340,s01=1.html>>.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1997.

LEBEN, Charles. **La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte**. In: LEBEN, Charles (org.) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Louvain-la-neuve: Anthemis, 2006.

LOWE, John S. **Oil and Gas Law in a nutshell**. 4ª ed. Saint Paul: West Group, 2004.

LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Os métodos no direito internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos**. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coords.). *O Direito Internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional**. Curitiba: Juruá, 2005.

MAKHOLM, Jeff D. **The theory of relationship-specific investments, long-term contracts and gas pipeline development in the United States**. Mimeo: 2006.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to International Law**. 7ª ed. Londres: Routledge, 1997.

MARKY, T. **Curso de instituições de Direito Romano**, 1978.

MARZOCHI, Christiane Della Libera. **O tratamento jurídico do investimento estrangeiro no processo de integração econômica: NAFTA e MERCOSUL**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2005. Universidade Católica de Santos.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros: São Paulo

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MERQUIOR, J.G. **O liberalismo: antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2. ed., 1991.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 8ª ed. Vol. I. Paris: Montchrestien, 2003.

MORISSET, Jacques. **Does a country need a Promotion Agency to attract foreign direct investment?** A small analytical model applied to 58 countries. Policy research working paper 3028. The World Bank: Abril 2003.

MUHLINSKI, Peter T. **Multinational Enterprises & the Law**. Oxford: Oxford University, 2007.

NOORTMANN, Math. **Non-State actors in International Law**. In: ARTS, Bas; NOORTMANN, Math; REINALDA, Bob. *Non-State Actors in International Relations*. Ashgate: Hampshire, 2001.

NEWCOMBE, Andrew. **The boundaries of Regulatory Expropriation in International Law**. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University, 1990.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ONN, Fong C. **The Malaysian Economic Challenge in the 1990s: transformation for growth**. Longman: 1989.

OPPENHEIM, L. **International Law: a treatise**. 3ª ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1920.

PETRASH, Jeffrey M. Long-term natural gas contracts: dead, dying, or merely resting? vol. 27. **Energy Law Journal**: 2006.

RANGE, Jackie. Investimento menor deve frear a Índia. **Valor Econômico**. Quinta-feira, 27 de março de 2008. p. A-22.

REZEK, J.F. **Direito Internacional Público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REINALDA, Bob; ARTS, Bas; NOORTMANN, Math. **Non-State actors in International Relations: do they matter?** In: ARTS, Bas; NOORTMANN, Math; REINALDA, Bob. *Non-State Actors in International Relations*. Ashgate: Hampshire, 2001.

RITA, Rui M. S. **Investimento Directo Estrangeiro (IDE) de Portugal no Exterior**. Working Paper 2/3. Universidade de Évora. Novembro de 2002.

ROBIN, Patricia M. **The BIT won't bite: the american bilateral investment treaty program**. *The American University Law Review*. Vol. 33. Verão 1984.

RODDEN, Jonathan; ROSE-ACKERMAN, Susan. The allocation of government authority: does federalism preserve markets? **Virginia Law Review**. n. 83. Outubro/1997.

ROSENNE, Shabtai. **The World Court**. 5ª ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995,

RUBEN, Guilherme; GONÇALVES, Alicia Ferreira. **Novas tecnologias, novas identidades coletivas? Incomensurabilidade e cultura na sociedade de informação**. In: RUBEN, Guilherme; WAINER, Jacques; e, DWYER, Tom. *Informática, Organizações e Sociedade no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2006.

RUSSAU, Christian. **Enforcement of international trade regimes between the European Union (EU) and the Common Market of the South (MERCOSUR)?** Foreign direct investment as the object of free trade negotiations: Between investors' rights, development and human rights. FDCL: Berlim, 2004.

SABAHI, Borzu. **The calculation of damages in International Investment Law**. In: KAHN, Philippe; WÄLDE, Thomas W. *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New aspects of International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff. 2007

SALACUSE, Jeswald W. **BIT by BIT: the growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on Foreign Investment in Developing Countries**. *The international lawyer*. Vol. 24. 1990.

SALLES, José Carlos Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SALLES, Carlos Alberto de. **Eficiência: um novo paradigma do direito na ordem globalizada?** In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura. *Globalização & Soberania*. Curitiba: Juruá, 2004,

SANKIECIVZ, Alexandre. Políticas públicas para a redução dos índices de letalidade da ação policial. **Estudo técnico da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados**. Brasília, 2005.

SASS, Magdolna. **Competitiveness and economic policies related to foreign direct investment**. Working Paper n. 3. Ministry of Finance: Setembro 2003. Disponível em: <http://www.pm.gov.hu/Dokumentumok/Seo/fuzetek.htm>.

SCHLEE, Paula Christine. **Investimento internacional e desenvolvimento**. In: BARRAL, Welber (org.) *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

SCHREUER, Christoph. Commentary on the ICSID Convention: Article 25. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. s/n. Baltimore: John Hopkins University. s/d.

SCHREUER, Christoph H. **Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered**. In WEILER T., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. 2005.

SCHREUER, Christoph. **The dynamic evolution of the ICSID System**. Mimeo (a).

SCHREUER, Christoph H. **The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes**. Mimeo (b).

SHAW, Malcom N. **International Law**. 5ª ed. Cambridge: Cambridge University, 2003.

SHIHATA, Ibrahim F.I.; PARRA, Antonio R. The experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**. n. 14. Baltimore: John Hopkins University, 1.999. p. 299-361.

SIMÕES, Vitor Corado; DE CASTRO, Vitor. **A internacionalização das empresas portuguesas: Uma perspectiva genérica**. CISEP, ISEG/UTL, CEGEA e Universidade Católica do Porto. *Semanário Económico*. GEPE: 2001.

SMELSER, Neil J.; SWEDBERG, Richard. **The Handbook of Economic Sociology**. In: DOBBIN, Frank. *Comparative and historical approaches to economic sociology*. 2ª ed. New Jersey: Princeton University.

SMITH, Ernest E.; et. al. **Concessions, Production Sharing, and Participation Agreements for developing a Country's Resources**. *International Petroleum Concessions*. 2ª ed. Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000.

SORNARAJAH, M. **The Settlement of Foreign Investment Disputes**. Haia: Kluwer Law International, 2000.

STAUFFER, Thomas R. **Valuation of Assets in International Takings**. *Energy Law Journal*. Vol. 17.

TAYLOR, Alan M. **International Capital Mobility in History: the saving investment Relationship**. National Bureau of Economic Research Workpaper nº W5743. Setembro de 1996.

TEIXEIRA, Alessandro G. do dia 30 de março de 2006. Sítio eletrônico: < www.apexbrasil.com.br/media/ABDI.ppt+%22Alessandro+G.+Teixeira%22+ppt&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1 >.

TOBIN, J.; ROSE-ACKERMAN, S. **Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the impact of Bilateral Investment Treaties**. 2 maio 2005. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/outside/html/faculty/sroseack/FDI_BITS_may02.pdf>.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. **The Regulation of International Trade**. 2ª ed. Londres: Routledge, 1999.

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

UCHÔA, Gutenberg <<http://www.apexbrasil.com.br/media/seminarioinvestimentos.ppt+%22Gutenberg+Uch%C3%B4a%22+ppt&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=1>>.

VANDEVELDE, Kenneth J. **The Bilateral Investment Treaty Program of the United States**. Cornell International Law Journal. Vol. 21. 1988.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

VERDUZCO; WITKER. **Diccionario de Derecho Internacional**. México:UNAM, 2001.

WALDE, Thomas. **Nouveaux horizons pour le droit des investissements**. Paris: A. Pedone. 2004.

WOLFGANG, Peter. **Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements**. Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI; José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2004.