



1290001586



TCC/UNICAMP P688i

UNICAMP

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

Instituto de Economia

CE 851 – Monografia II

2º semestre de 2004

Prof (a). Maria Alejandra Corporale Madi

**O IDE em acordos internacionais – estudo de caso:
Acordo Bilateral Chile x EUA.**

Aluna: Catarina Reigada Piva

RA: 001468

Prof. Orientador: Fernando Sarti

Campinas, janeiro de 2005.

**TCC/UNICAMP
P688i
IE/1586**

CEDOC/IE

ÍNDICE

Introdução	3
Capítulo I	
Acordos Internacionais de Investimentos e Desenvolvimento Nacional	6
Capítulo II	
O Acordo de Livre Comércio entre o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo da República do Chile	17
Definição de Investimento	21
Tratamento Nacional	25
Critérios de Desempenho	32
Transferência de Tecnologia	37
Nacionalização e Expropriação	42
Incentivos	46
Políticas de Concorrência	49
Solução de Controvérsias	51
Conclusões	59
Bibliografia	65

INTRODUÇÃO

Acordos internacionais de investimentos (bilaterais ou regionais), assim como diversos acordos internacionais de livre comércio estão sendo assinados nos últimos anos. Os primeiros claramente se referem ao investimento, e os segundos compreendem diferentes aspectos do comércio como, por exemplo, acesso a mercados e regras de origem. Entre todos os aspectos compreendidos em acordos de livre comércio, o de interesse para a presente monografia é o investimento direto externo (IDE): o tratamento dado ao IDE em diferentes acordos internacionais de comércio ao longo dos últimos anos.

Logicamente seria impossível analisar todos os acordos comerciais existentes (desde acordos bilaterais, regionais, ou até mesmo regras multilaterais ou a tentativa de se implementar um acordo mundial de investimentos – o MIA, Acordo Multilateral de Investimentos). Logo, será realizado um estudo de um caso em particular, que se acredita ser representativo do cenário atual de negociações internacionais. Ele norteia, em um de seus capítulos, o tema investimentos diretos estrangeiros. Trata-se do Acordo Bilateral de Livre Comércio Chile x Estados Unidos, assinado em 2003.

A escolha por esse acordo se fez pelo fato dele ser o primeiro realizado entre os EUA e um país sul-americano. Além disso, o capítulo de investimentos do acordo é quase idêntico ao Capítulo 11 do Acordo NAFTA (*North América Free Trade Agreement*), diferenciando-se somente em alguns detalhes, e também à minuta do Capítulo XVII sobre investimentos proposto nas negociações da ALCA (Área de Livre Comércio das Américas). O acordo estudado é um exemplo de um capítulo de proteção aos investimentos já vigente, que engloba uma série de questões relevantes para futuras negociações no tema, não somente para países em desenvolvimento (PEDs), mas para a América Latina e o Brasil .

Um ponto bastante importante relacionado ao tratamento dado ao investimento direto externo, não somente no acordo estudado na monografia, mais em qualquer acordo sobre investimento (seja ele bilateral, regional ou multilateral), diz respeito à

relação entre a liberalização (e promoção) de IDE e a existência de uma agenda nacional de desenvolvimento. Especialmente os PEDs e países menos desenvolvidos (LDCs, em inglês, *least developed countries*), essa relação entre a participação em um acordo internacional de investimentos (AII) e a manutenção de espaços para políticas nacionais de desenvolvimento é essencial para o entendimento da complexidade do assunto.

No geral, quando se fala de políticas relacionadas ao IDE, o que se apresenta no quadro internacional é o tratamento cada vez mais liberalizante e favorável a medidas de IDE do que anteriormente. Assim como o aumento do número de acordos bilaterais e regionais, que também são vistos como estímulos ao crescimento de IDE nos próximos anos. Contudo, ao se assinarem acordos relacionados ao IDE, deve-se levar em consideração as diferenças estruturais gritantes entre os PDs e os PEDs, tanto na formulação quanto na implementação e observância do acordo em cada um dos membros. Historicamente existem diferenças quanto ao tratamento dado a investimentos em PDs e PEDs - se mais liberalizante ou mais protecionista. E nos dias atuais não poderia ser diferente, mantendo-se a necessidade da manutenção de espaço para políticas nacionais de desenvolvimento, de acordo com as especificidades de cada país.

Sendo assim, como é possível para os PEDs conciliar o aspecto de desenvolvimento econômico à participação em AIIs? Como garantir que políticas nacionais ligadas ao IDE sejam permitidas, e até mesmo incentivadas, pelos outros países membros de tais acordos? Logicamente a resposta para essa questão é bastante complexa, e não será respondida pela monografia. Entretanto, através do uso de questões relevantes sobre desenvolvimento econômico como parâmetro (nesse caso, propostas pelo *World Investment Report de 2003*, da UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development* – que serão mais detalhadas adiante), procura-se fazer uma análise do tratamento dado ao investimento no caso estudado, tendo sempre como “guia” tais questões relacionadas ao desenvolvimento.

Ou seja, o acordo será estudado individualmente no que diz respeito ao capítulo de investimentos, tendo como pontos-chave para a análise o tratamento dado

a questões de extremo interesse para os PEDs. Baseado em (WIR2003), algumas dessas questões podem ser exemplificadas:

- Definição exata do que é investimento, pois determina a abrangência e as provisões do acordo;
- Tratamento nacional ao IDE, pois trata das circunstâncias nas quais os investidores domésticos obtêm preferências de tratamento;
- Nacionalização e expropriação, que trata do tênue limite entre a regulação do governo e os direitos de propriedade dos investidores;
- Solução de controvérsias, pois envolve atores não-governamentais e governamentais em disputas que podem ser resolvidas em painéis especiais;
- Exigências de desempenho, incentivos e políticas de transferência de tecnologia e competitividade, que podem acelerar os efeitos positivos do IDE.

A realidade de muitos PEDs é a de que eles de fato precisam de IDE para alguns setores da economia, ou seja, não podem se dar ao luxo de ter atitudes radicais como simplesmente abdicar da entrada de IDE. O ponto importante para a tomada de decisões por parte dos governos, quando da negociação dos acordos, é saber balancear a concessão de benefícios ao IDE e ao mesmo tempo manter espaços para políticas nacionais de desenvolvimento.

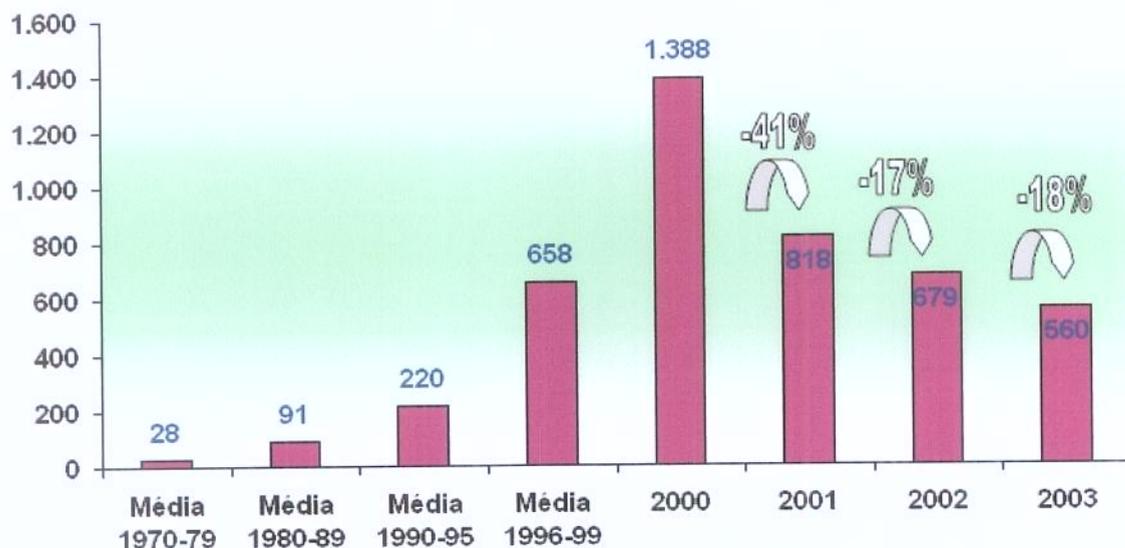
CAPÍTULO 1

Acordos Internacionais de Investimentos e Desenvolvimento Nacional

1) Sobre o IDE no cenário mundial

De acordo com (WIR2003) o cenário atual do IDE no mundo não é dos mais favoráveis, pelo menos foi o que apontaram as estatísticas para os anos 2001 e 2002. Nesses dois anos os fluxos mundiais de entrada de IDE (*inflows*) diminuíram, atingindo respectivamente 818 e 679 bilhões de dólares, comparados a 1,392 trilhão registrado em 2000. O volume de 2003 é o mais baixo desde 1998. Nesse período o fluxo global de IDE foi de 560 bilhões, fluxos 18% menores do que os do ano anterior.

Gráfico 1 : Fluxos Mundiais de IDE (IDE *inflows*) , períodos selecionados (US\$ bilhões)



Fonte: WIR 2004 - World Investment Report – UNCTAD

Elaboração: SOBEET.

Entre os motivos para a queda recente dos fluxos de IDE estão o lento crescimento econômico em boa parte do globo e as baixas expectativas com relação à retomada dos fluxos anteriores, pelo menos no curto prazo, e fatores como as desvalorizações de bolsas de valores do mundo todo, baixa lucratividade de grandes corporações e a desaceleração do processo de privatizações em alguns países. Além disso, a queda do número de fusões e aquisições também funcionou como fator determinante da diminuição dos fluxos de IDE.

O declínio de IDE no ano de 2002 foi desigual entre regiões e países. Também foi desigual entre setores: os fluxos ligados a serviços e produtos manufaturados caíram e os ligados ao setor primário aumentaram. Para os países que fazem parte do acordo estudado na monografia, observam-se as seguintes quedas dos fluxos de IDE em 2002: Estados Unidos, queda de 113,9 bilhões de dólares (em termos absolutos; EUA foi o país que sofreu maior diminuição dos fluxos de IDE); e o Chile, com redução de quase 3 bilhões de dólares em IDE.

É interessante notar que apesar de ser o primeiro da lista entre os 30 países que mais tiveram seus fluxos de IDE diminuídos em 2002, ainda assim os EUA foi o 5º país que mais recebeu IDE no ano de 2002, com entrada de 30 bilhões de dólares no total (ficando atrás de Luxemburgo, China, França e Alemanha). Geograficamente os fluxos para países desenvolvidos (PDs) e países em desenvolvimento caíram para 460 e 162 bilhões de dólares, respectivamente.

Entre os países desenvolvidos os EUA e o Reino Unido foram os principais responsáveis pela queda dos fluxos de IDE dentro desse grupo. Entre os PEDs a América Latina e Caribe sofreram grandes perdas, observando a terceira queda anual consecutiva com uma redução em 33% dos seus fluxos de IDE em 2002. Para termos práticos maior atenção é dada para a América Latina entre os PEDs pois além do Chile, nela se encontram os países que seriam os futuros signatários da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas – assunto de extrema atualidade e importância para as agendas latino-americana e brasileira de negociações.

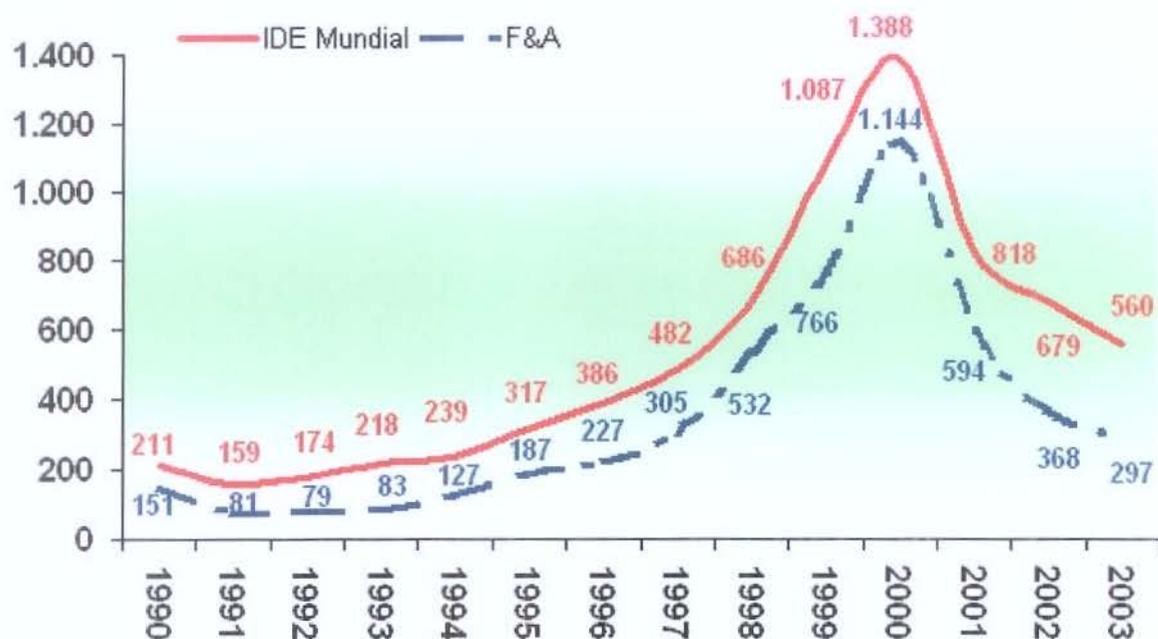
Nos Estados Unidos boa parte da redução de IDE se deveu aos reembolsos de empréstimos realizados por filiais estrangeiras às suas matrizes, aparentemente para tirar vantagens das baixas taxas de juros americanas, entre outras razões. Mais um agravante foi, entre os países avançados e em especial nos EUA, a redução do número de fusões e aquisições realizadas entre fronteiras, ou seja, entre empresas de diferentes origens de capital. Com relação à saída de IDE dos EUA para o resto do mundo, enquanto os PDs diminuíram suas remessas, os EUA ao contrário apresentou aumento de volume dos fluxos de IDE que saíram do país.

Para a América Latina e Caribe as entradas de IDE diminuíram pelo terceiro ano consecutivo, de 84 bilhões de dólares em 2001 para 56 bilhões em 2002, devido a fatores como a crise econômica Argentina e a instabilidade político-econômica em outros países da região. O setor de serviços foi o mais afetado, enquanto o de produtos manufaturados permaneceu quase que no mesmo patamar. Apesar disso houve diminuição do volume de exportações destinado aos EUA (maior receptor de exportações da região) e também transferência de atividades intensivas em trabalho para a Ásia.

As motivações para a realização de IDE, segundo (WIR2003), continuam sendo as mesmas de alguns anos atrás. Competição acirrada entre as corporações (ou como são chamadas no relatório as *TNCs - Transnational Corporations*) as obriga a buscar novos mercados para seus produtos através não somente do comércio mas também do investimento direto, e a procura por matérias-primas e fatores de produção com custos cada vez mais reduzidos também é mais um elemento relevante para entender porque realizar IDE, do ponto de vista das empresas.

Contudo, a retomada dos fluxos de IDE dependerá em grande instância da melhora da situação econômica e financeira mundial, assim como da ressurgência dos processos de fusões e aquisições entre as fronteiras nacionais e de privatizações (o que não foi observado até o momento).

Gráfico 2 : Fluxos mundiais de IDE e operações de Fusões e Aquisições Transfronteiras (posição vendedora), 1990-2003 em US\$ bilhões.



Fonte: WIR 2004 - World Investment Report - UNCTAD.
Elaboração: SOBEET

Como consequência da queda dos fluxos de IDE nos últimos anos, nota-se exatamente uma maior preocupação dos países com a abertura ao mesmo, observando-se um número cada vez maior de políticas governamentais relacionadas ao assunto (como por exemplo gerando mais incentivos e promovendo estratégias de concorrência), adicionada à maior participação em acordos comerciais e de investimentos. Só no ano de 2002 aconteceram 236 mudanças em regimes regulatórios de IDE (em 70 países), consideradas favoráveis ao mesmo, contra 12 mudanças consideradas menos favoráveis. Mesmo nos anos anteriores esses números são expressivos, sendo de 194 x 14, e 147 x 3 para os anos de 2001 e 2000, respectivamente.

Com relação à participação em acordos comerciais e de investimento, muitos países se engajaram em acordos bilaterais ou regionais como uma tentativa de aumentar a atração de IDE para dentro de suas fronteiras. Em 2002, 82 acordos

bilaterais de investimentos foram concluídos por 76 países, e alguns deles até entre países da mesma região que pretendem estimular ainda mais o investimento intra-regional. O número de acordos bilaterais de comércio e investimento também aumentou, e é interessante notar que muitos deles tratam diretamente do tema investimento, diferentemente de muitos acordos realizados anteriormente que apenas tangenciavam o assunto IDE, sem apresentar proposições concretas sobre o seu tratamento.

O estoque global de IDE pertence a 64.000 empresas transnacionais que controlam 870.000 afiliadas estrangeiras. Esse estoque cresceu cerca de 10% em 2002, para mais de 7 trilhões de dólares. O valor adicionado por filiais estrangeiras para o mesmo ano foi estimado em 3.4 trilhões de dólares, cerca de 10% do PIB mundial. A importância do IDE foi mais importante do que o comércio internacional na entrega de bens e serviços, já que as vendas globais de transnacionais alcançaram 18 trilhões e as exportações mundiais 8 trilhões em 2002.

O fato do estoque de IDE ser concentrado num número relativamente reduzido de empresas, e do IDE ser mais significativo do que as exportações faz com que a discussão sobre investimentos estrangeiros se torne ainda mais relevante para os PEDs. Já que estes não constituem a origem das maiores empresas transnacionais (com algumas exceções como a China, por exemplo) e dependem fundamentalmente da presença delas em alguns setores da economia para que consigam alcançar certo nível de dinamismo industrial, entender e negociar na área de investimentos se torna assunto significativo para os PEDs.

Além do mais, outra diferença crucial entre PDs e PEDs quando sentam nas mesas de negociação de acordos comerciais e de investimentos, é que os primeiros são tanto realizadores quanto receptores de IDE, e os segundos são na sua imensa maioria somente receptores de IDE. Isso torna os interesses envolvidos bastante diferentes - e por que não conflitivos? Fora o fato óbvio das diferenças estruturais entre esses dois grupos de países.

O grupo de países desenvolvidos conta com 2/3 do estoque mundial de IDE, tanto em termos de propriedade quanto de localização. A União Européia (UE) é de longe a maior proprietária de IDE no mundo, num total de 3.4 trilhões em 2002. Os EUA vêm em segundo lugar com 1.5 trilhão.

Dada a importância dos EUA para a monografia (pois além de ser signatário do acordo estudado e ser um dos membros mais fortes da OMC, é ainda o líder das negociações da ALCA, junto ao Brasil), cito a lista dos países com os quais ele possui algum tipo de associação bilateral relacionada a IDE: Albânia, Arábia Saudita, Argentina, Armênia, Arzebanjão, Austrália, Bangladesh, Bolívia, Bulgária, Camarões, Canadá,¹ Cazaquistão, Congo, Croácia, Chile, Coréia do Sul, Costa Rica, Equador, Egito, El Salvador, Eslováquia, Estônia, Geórgia, Granada, Honduras, Islândia, Israel, Jamaica, Lituânia, Marrocos, México, Mongólia, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Romênia, Rússia, Senegal, Singapura, Sri Lanka, Suíça, Trinidad e Tobago, Tunísia, Turquia, Ucrânia e finalmente Venezuela.²

2) Acordos Internacionais x Desenvolvimento Nacional

Voltamos agora à questão da inter-relação entre a entrada em acordos internacionais que digam respeito ao investimento direto estrangeiro – e as conseqüentes concessões que o país deve fazer - e a manutenção de espaços para realização de políticas públicas ligadas ao tema. Para (Nunnenkamp e Pant, 2002), existem razões mais específicas para a adesão por parte de PEDs a acordos internacionais que se refiram ao IDE. Segundo os autores, especialmente após as crises asiática e latino-americana, os PEDs foram aconselhados a dar preferência aos fluxos de IDE quando comparados a outros tipos de entrada de capital para balancear suas contas externas.

As vantagens do IDE sobre outros tipos de investimentos seriam:

¹ Canadá e México fazem parte do NAFTA, acordo regional (e não acordos bilaterais como os demais países citados).

² Dados do USTR (*United States Trade Representative*, 2004).

- Investidores de IDE têm uma perspectiva de longo prazo quando se propõem a entrar no país, sendo assim o IDE seria menos volátil e menos propício a crises do que outros tipos de capital privado;

- O IDE tem uma propriedade que os autores chamam de “*risk-sharing*”, ou seja, os riscos do investimento são compartilhados;

- Ao contrário de entradas de capitais que estão relacionados ao aumento da dívida externa (“*debt-related capital*”), o IDE não representa obrigações/serviços de dívida contratualmente fixados;

- Enquanto o *debt-related capital* pode ser usado para o consumo, o IDE tem maior probabilidade de adicionar ao investimento doméstico³;

- IDE é mais do que simplesmente capital, ele também oferece a oportunidade de acesso a tecnologias e conhecimentos sobre gestão internacionais;

- E finalmente os famosos “*spill-overs*” que o IDE pode gerar na economia, beneficiando outras firmas e trabalhadores do país receptor, que têm como externalidade positiva o aumento da produtividade, não ficando restrita somente às operações dominadas por empresas estrangeiras.

Para atrair cada vez mais IDE os países, como dito anteriormente, liberalizam as entradas de investimento e realizam políticas de promoção dos mesmos dentro do território nacional. Acordos específicos em investimentos, ou acordos comerciais que contenham cláusulas relativas a ele, são freqüentemente assinados pelos países com o intuito, logicamente, de fomentar a atração de fluxos de capitais. E para os países ofertantes de IDE um dos principais motivos é o de tornar o marco regulatório nos países demandantes mais transparentes, previsíveis, estáveis e seguros, além de reduzir os obstáculos para futuras remessas de IDE. É claro que apenas a conclusão de um acordo não garante o aumento dos fluxos de IDE, que estão condicionados a outros fatores econômicos de relevância.

O número de acordos envolvendo IDE cresceu significativamente na última década - especialmente no nível regional e bilateral – demonstrando a importância do mesmo para a economia mundial. Além de acordos comerciais, em âmbito bilateral os acordos de investimentos e os acordos sobre dupla taxação são os mais importantes instrumentos de promoção de IDE, e podem conter não somente medidas

³ Com a devida ressalva sobre os capitais de IDE advindos de fusões e aquisições.

de liberalização dos investimentos como também cláusulas de proteção ao investidor. Em âmbito regional são raros os acordos exclusivos sobre IDE; normalmente eles fazem parte de um acordo mais amplo de comércio.

A nível multilateral não existe um acordo amplo sobre IDE. O que existe são poucos acordos que lidam com assuntos específicos relacionados ao IDE, como medidas diretamente ligadas ao comércio, seguros e resolução de controvérsias. Ou ainda acordos setoriais, como é o caso do *GATS (General Agreement on Trade in Services)*, *TRIMS (Trade Related Investments Measures)* e *TRIPS (Trade Related Intellectual Property Rights)*, todos da OMC.

O crescimento do número de acordos e a sua essência indicam que os países se tornaram mais receptivos ao IDE na última década. Entre 1991 e 2002, por exemplo, 1641 mudanças regulatórias envolvendo IDE foram realizadas, e destas 95% foram mudanças favoráveis ao tratamento do IDE. Este fato reflete o aumento da importância do assunto na agenda internacional, mesmo que não exista até o momento um acordo multilateral de investimentos. Portanto o tema é de extrema relevância para a diplomacia econômica internacional, pois se trata de um assunto que está em discussão na OMC, mas que também não se circunscreve a ela, o que é facilmente observado pelo volume de acordos regionais e bilaterais acordados na última década.

Quando se traz o debate para o nível regional, o tema IDE se torna ainda mais importante devido à complexidade de interesses envolvidos nas negociações, e também o grau de desenvolvimento econômico entre os grupos de países e mesmo dentro de cada grupo de países (PDs, PEDs, LDCs). É o caso da ALCA.

Ponto importante da adesão a acordos internacionais de investimentos é que eles acarretam muitas vezes mudanças no marco regulatório do país, que por sua vez incidirão sobre futuras decisões de agentes externos de investir no próprio país. Sendo um dos objetivos do acordo tornar as regras sobre IDE mais claras para os investidores, normalmente tais regras incidem positivamente sobre outros

determinantes econômicos do investimento, que por sua vez tornam o IDE ainda mais atrativo.

Por outro lado, a adesão a acordos de investimento pode implicar perda de espaço para políticas nacionais que digam respeito ao IDE. Segundo (WIR 2003), experiências anteriores mostram que a melhor maneira de usufruir os benefícios do IDE é conjugar liberalização de investimentos com medidas nacionais que priorizem tipos de investimentos mais necessários ou prioritários ao desenvolvimento nacional. Um exemplo são setores que sejam orientados à exportação ou com alto grau de tecnologia e pesquisa. Além das necessidades da indústria nacional, deve-se prestar atenção aos potenciais danos que o IDE pode causar à economia nacional, como práticas anti-competitivas ou ações que ameacem a comunidade local (como ações que afetem o meio-ambiente ou o bem-estar da população local).

Essas medidas e regulamentações nacionais são normalmente proibidas ou muito limitadas nos acordos internacionais de comércio e investimento. O desafio para os PEDs nos acordos futuros é exatamente encontrar um equilíbrio entre a abertura e atração de IDE e a manutenção de espaços nacionais de manobra. Assim, a realização de políticas autônomas de desenvolvimento econômico, que permitam uma maximização dos benefícios gerados pelo IDE, serão consideradas legítimas dentro de tais acordos.

É claro que esse argumento por parte dos PEDs gera impasses nas negociações entre as obrigações estabelecidas no acordo e as políticas nacionais. Mas o ideal é exatamente que o espaço de manobra já esteja contido no acordo como um direito dos PEDs de buscar por medidas adicionais que visem ao desenvolvimento econômico. Seria algo como o tratamento especial e diferenciado garantido a países menos desenvolvidos contido no *GATT (General Agreement on Trade and Tariffs)*, por exemplo, mas sem que esse tratamento ameace a validade do acordo. O relatório da UNCTAD chama essa graduação entre autonomia nacional e concessão de benefícios aos investidores de “*development-oriented balance*”, um equilíbrio que tenha uma orientação para o desenvolvimento.

A orientação ao desenvolvimento deveria estar presente tanto nos objetivos quanto na estrutura e implementação do acordo, segundo (WIR2003). Quanto mais clara for essa orientação, mais facilmente o acordo servirá aos propósitos dos PEDs através de maior flexibilidade para realizarem medidas que sejam justificadas pela busca do desenvolvimento econômico. Mas sem que essas medidas comprometam o acordo em sua totalidade, ou seja, as ações governamentais seriam legítimas. Considerando a estrutura do acordo, quando se observam medidas de tratamento especial e diferenciado, isso representa uma aproximação favorável ao tema para os PEDs.

E com relação à implementação do acordo, dois aspectos são importantes: o legal (caráter, efeitos e mecanismos legais do acordo), e as medidas de promoção ao IDE e assistência técnica por parte dos PDs para os PEDs, principalmente aos LDCs. Um exemplo relevante de assistência seria a transferência de tecnologia ou cooperação financeira para capacitação institucional de países menos desenvolvidos.

A questão desenvolvimento x acordos internacionais de investimentos é bastante complexa. Através da monografia procurei ilustrar essa complexidade pela maneira com a qual o acordo estudado lida com esta questão. O Acordo Chile x EUA, como um caso de acordo bilateral que envolve pela primeira vez um país sul-americano e os EUA, ilustra muito bem o estado da arte dos acordos realizados entre EUA e PEDs (assim como a minuta do Capítulo XVII da ALCA sobre Investimentos).

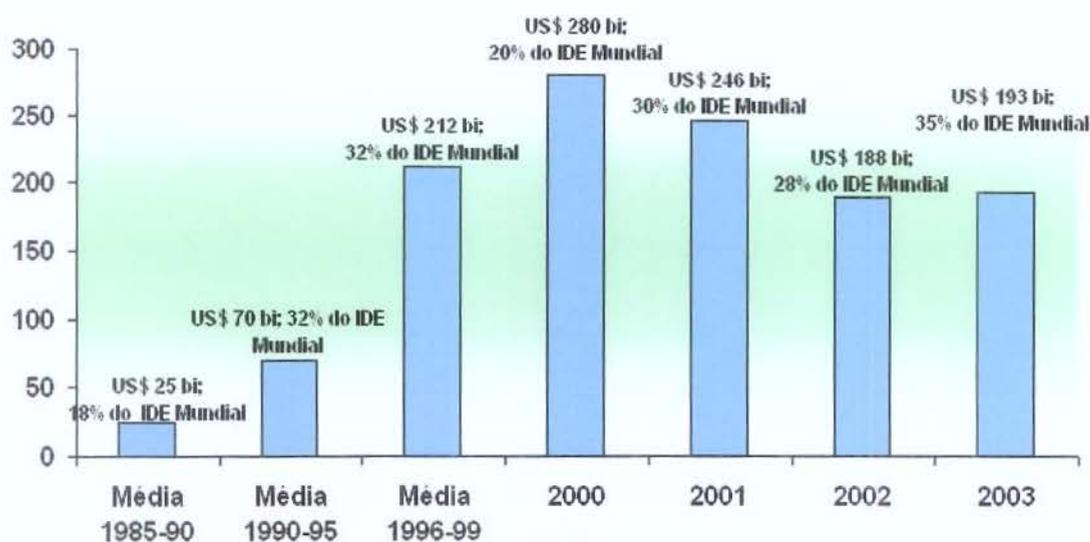
Desde junho de 1990 os EUA apresentaram um plano para implementação de uma zona de livre-comércio hemisférica, anunciando imediatamente a abertura de negociações com o México com esse objetivo. O processo negociatório foi concluído em agosto de 1992 com a assinatura do “*North America Free Trade Agreement*”, com intuito de eliminar gradualmente as barreiras ao comércio de bens e serviços, remover restrições ao investimento e definir regras para proteção do direito de propriedade intelectual. Esse seria um primeiro passo em direção à integração hemisférica. Acordos como o bilateral Chile x Estados Unidos (apenas um entre tantos outros acordos bilaterais dos EUA com países latino-americanos) também

representa uma aproximação entre os EUA e as economias em desenvolvimento do hemisfério americano.

Nesse sentido, estudar o caso chileno (com ênfase no capítulo sobre investimentos) é de extrema relevância, pois nos permite ter um bom exemplo de como se processou a integração dos EUA no tema investimentos com uma economia latino-americana em desenvolvimento. Lembrando sempre que o Capítulo 10 do Bilateral Chile x EUA é uma “cópia” do Capítulo 11 do NAFTA.

Para a negociação dos interesses dos países latino-americanos junto aos EUA, nas negociações da ALCA (Área de Livre Comércio das Américas), ou para negociações de um acordo multilateral de investimentos, o papel do Brasil é bastante importante devido ao seu peso econômico e à sua liderança política na região. Por esse motivo, algumas observações sobre a minuta do capítulo de investimentos da ALCA serão brevemente colocadas ao final do trabalho.

Gráfico 3 : Fluxos de IDE para os Países em Desenvolvimento, períodos seleccionados, (em US\$ bilhões), de 1985-2003.



Fonte: WIR 2004 - World Investment Report - UNCTAD.

Elaboração: SOBEET. Estimativa (*): SOBEET. Obs.: Inclui os países do centro e do leste europeu.

CAPÍTULO 2

O Acordo de Livre Comércio entre o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo da República do Chile

O acordo de livre comércio entre Chile e EUA, firmado em 2003, é composto por 24 Capítulos mais 3 Anexos, entre os quais interessa, para o presente trabalho de monografia, o Capítulo 10 referente a Investimentos. Por sua vez, o Capítulo de Investimentos se organiza em 27 Artigos e 8 Anexos, que serão apresentados em seguida, levando-se em conta os aspectos mais relevantes para a proposta de pesquisa da monografia (sua relação com aspectos de desenvolvimento econômico).

Tabela 1 : Descrição do Acordo de Livre Comércio entre Chile e Estados Unidos

Preâmbulo
Texto Chile
Texto Estados Unidos da América
1. Provisões Iniciais
2. Definições Gerais
3. Tratamento Nacional e Acesso a Mercados para Bens
Texto
Notas Gerais EUA
Relação de Tarifas EUA
Notas Gerais Chile
Relação de Tarifas Chile
4. Regras de Origem e Procedimentos de Origem
Texto
Anexo: Regras de Origem Específicas por Produtos
5. Administração Alfandegária
6. Medidas Sanitárias e Fitosanitárias
7. Barreiras Técnicas ao Comércio
8. Trade Remedies
9. Compras Governamentais
10. Investimentos
11. Comércio no Setor de Serviços
12. Serviços Financeiros
13. Telecomunicações
14. Entrada Temporária de Executivos
15. Comércio Eletrônico
16. Políticas de Defesa da Concorrência, Monopólios e Empresas Estatais
17. Direitos de Propriedade Intelectual
18. Assuntos Trabalhistas
19. Assuntos de Meio ambiente
20. Transparência

21. Administração do Acordo
22. Solução de Controvérsias
23. Exceções
24. Provisões Finais
Texto Chile
Texto Estados Unidos da América
Anexo I (Services/Investments Non-Conforming Measures)
Formatting Note
U.S. Measures
Chilean Measures
Annex II (Services/Investment Non-Conforming Measures)
Formatting Note
U.S. Measures
Chilean Measures
Annex III (Financial Services Non-Conforming Measures)
U.S. Formatting Note
U.S. Measures (Banking)
U.S. Measures (Insurance)
Chile Formatting Note and Measures
Side Letters
Side Letter on Professional Services
Side Letter on Local Agents
Side Letter on Television
Side Letter on Annex 14.3
Side Letter on Annex 14.3(d)
Side Letter on Poultry

Fonte: USTR

Tabela 2 : Descrição do Capítulo 10, sobre Investimentos⁴

Section A - Investment
Article 10.1: Scope and Coverage
Article 10.2: National Treatment
Article 10.3: Most-Favored-Nation Treatment
Article 10.4: Minimum Standard of Treatment
Article 10.5: Performance Requirements
Mandatory Performance Requirements
Advantages Subject to Performance Requirements
Exceptions and Exclusions
Article 10.6: Senior Management and Boards of Directors
Article 10.7: Non-Conforming Measures
Article 10.8: Transfers
Article 10.9: Expropriation and Compensation
Article 10.10: Special Formalities and Information Requirements
Article 10.11: Denial of Benefits
Article 10.12: Investment and Environment
Article 10.13: Implementation
Section B - Investor-State Dispute Settlement
Article 10.14: Consultation and Negotiation
Article 10.15: Submission of a Claim to Arbitration
Article 10.16: Consent of Each Party to Arbitration
Article 10.17: Conditions and Limitations on Consent of Each Party
Article 10.18: Selection of Arbitrators
Article 10.19: Conduct of the Arbitration
Article 10.20: Transparency of Arbitral Proceedings
Article 10.21: Governing Law
Article 10.22: Interpretation of Annexes
Article 10.23: Expert Reports
Article 10.24: Consolidation
Article 10.25: Awards
Article 10.26: Service of Documents
Section C - Definitions
Article 10.27: Definitions
Annex 10-A
Customary International Law
Annex 10-B
Public Debt
Chile
Annex 10-C
Special Dispute Settlement Provisions
Chile
Annex 10-D
Expropriation
Annex 10-E
Submission of a Claim to Arbitration

⁴ Os artigos do Capítulo 10 permaneceram em inglês para que se mantivesse fidelidade à linguagem jurídica original do acordo, evitando erros de interpretação dos títulos.

Chile
Annex 10-F
DL 600
Chile
Annex 10-G
Service of Documents on a Party Under Section B
Chile
United States
Annex 10-H
Possibility of a Bilateral Appellate Body/Mechanism

Fonte: USTR

Segundo especialistas da UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), existem oito pontos-chave para futuras negociações internacionais em matéria de Investimento Direto Externo (IDE). Especialmente para os Países em Desenvolvimento (PEDs), que se encontram frente a frente com a questão sobre como conciliar políticas nacionais de desenvolvimento com regras globais sobre investimento direto externo (sejam elas discutidas em acordos regionais, bilaterais ou multilaterais). Os pontos colocados como mais relevantes e sensíveis para futuras negociações são (WIR 2003):

- Como definir IDE;
- Como lidar com a entrada de IDE e as subseqüentes operações das filiais estrangeiras em território nacional;
- Onde se encontra a linha divisória entre ações governamentais legítimas e tomadas regulatórias impróprias;
- Quais os mecanismos mais apropriados para a resolução de controvérsias;
- De que maneira utilizar critérios de desempenho;
- De que maneira utilizar incentivos a empresas;
- Como estimular a transferência de tecnologia;
- E finalmente como garantir a competição justa entre os agentes econômicos (incluindo a restrição de práticas abusivas de negócios por Empresas Transnacionais -ETs).

Tendo os pontos acima como parâmetros de análise, o que se pretende a seguir é estudar o recente Acordo Bilateral entre Chile e EUA, verificando a abordagem feita aos temas propostos pela UNCTAD como os mais relevantes atualmente.

Primeiro checando se tais temas são sequer abordados pelo acordo (uma vez que o Chile é um PED), e segundo verificando de que maneira (qualitativamente) eles são desenvolvidos.

1) Definição de IDE

A definição do que sejam investimentos diretos externos é relevante na discussão do desenvolvimento econômico por definir o escopo e abrangência dos acordos. Ela pode ser estreita, incluindo somente IDE propriamente dito, ou pode ser mais ampla, incluindo quase todos os ativos relacionados a um investimento ou investidor estrangeiros. Recentes Acordos Internacionais em Investimentos (AIIs) têm adotado em sua quase totalidade definições mais abrangentes de IDE (ao contrário do que é defendido pela maioria dos PEDs, uma definição mais direta, mais estreita).

Mesmo quando a definição de IDE em um acordo é bastante ampla, pode existir o caso em que, através de reservas e exceções, a abrangência e o escopo do acordo se tornam menos amplos. Isso pode se dar pelas restrições feitas a certos tipos de investimentos, ou então pela limitação da aplicabilidade de certas provisões operacionais específicas. Ao incluir na categoria “investimento” diferentes tipos de fluxos, o que se permite é uma maior liberdade dos capitais e um oferecimento de direitos a eles, que caso fossem classificados como outros tipos de investimento (que não diretos externos) não os usufruiriam.

Quanto mais ampla a definição de IDE, mais vulnerável se torna o país a fluxos de capitais incontrolados. Especialmente para PEDs, países mais propícios a apresentar problemas sérios de Balanço de Pagamentos (BP), diferentes tipos e volumes de capitais voláteis são dificilmente administráveis em casos de crises macroeconômicas, o que compromete a estabilidade financeira doméstica. Portanto, a definição de IDE é absolutamente relevante tanto para o marco regulatório doméstico e quanto para o ambiente negociador internacional.

A pergunta relevante sobre a definição é: até que ponto outros tipos de investimentos devem gozar do mesmo *status* que o IDE em acordos internacionais? Dependendo do acordo, investimentos de portfólio, empréstimos bancários e não-bancários, e até mesmo ativos ligados a propriedade intelectual podem ser classificados como sendo IDE. Para fins estatísticos de BP, os fluxos de investimentos estrangeiros extraterritoriais são mundialmente classificados em: investimento direto, investimento de portfólio, derivativos financeiros, e outros investimentos. Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI 1993) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE 1996), investimento direto é:

“Direct Investment is the category of international investment that reflects the objective of obtaining a lasting interest by a resident entity in one economy in an enterprise resident in another economy. The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. It consists of equity (at least 10% of total equity), reinvested earnings and inter-company debt transactions; the last of these include loans, debt securities and suppliers’ credits between direct investors and their affiliates(...)”

Leis nacionais e AIIIs normalmente apresentam definições de investimento direto que divergem bastante da definição transcrita acima, utilizada para fins de BP. Eles normalmente incluem uma grande variedade de ativos, tanto tangíveis quanto intangíveis. E mesmo entre eles não existe consenso entre as definições, elas sempre variam consideravelmente. Países Desenvolvidos (PDs) e investidores preferem definições mais amplas, pelas suas próprias características de um histórico macroeconômico/financeiro bem sucedido e busca por maior segurança, respectivamente. Por sua vez, os PEDs se preocupam com caracterizações muito abrangentes pois fluxos de investimento de portfólio e instrumentos derivativos podem ser utilizados para propósitos especulativos, que causam danos aos mercados domésticos cambial e financeiro.

Os AII's têm apresentado três tipos diferentes de definição de investimentos: *asset-based*, *transaction-based* ou *enterprise-based*. O primeiro, amplo, se refere a ativos e fluxos de capitais, propriedades móveis e imóveis, direitos sobre companhias, títulos monetários, direitos de propriedade intelectual e concessões. O segundo protege não os ativos, mas os fluxos financeiros através dos quais os investidores estrangeiros criam ou adquirem ativos domésticos. Finalmente, o terceiro tipo restringe a liberalização e proteção a empresas fisicamente estabelecidas por investidores estrangeiros num país receptor.

A escolha entre os diferentes tipos de caracterização depende dos objetivos do acordo, se de ênfase à liberalização do investimento ou à proteção do mesmo. Acordos como o Bilateral Chile x EUA tendem a apresentar definições mais amplas, irrestritas e do tipo *asset-based* - as mais comumente acordadas entre países que visam a proteção do investimento. Segundo (Walde 2003), esse tipo de definição tende a cobrir quase todos os direitos do proprietário localizados no país receptor do investimento que tenham um valor financeiro.

No âmbito multilateral, apesar de não definir exatamente investimentos, o GATS (*General Agreement on Trade and Services*), da OMC (Organização Mundial de Comércio), define investimento como sendo a presença comercial de qualquer tipo de negócio ou estabelecimento profissional – uma definição do tipo *enterprise-based*. Assim como o GATS, o Acordo TRIMS (*Trade Related Investment Measures*, também da OMC), não define investimentos em suas cláusulas.

No Acordo Bilateral entre Chile e EUA, o Artigo 10.1 trata da definição de investimento (**Escopo e Cobertura**). Ele abrange a definição sobre quais investimentos são cobertos pelo acordo, que são: 1) os investidores externos dos membros do acordo; 2) o que denominam “*covered investments*”, ou seja, os investimentos externos relacionados aos membros; e 3) com respeito aos artigos sobre exigências de performance e investimentos/meio-ambiente, todos os investimentos no território do membro.

No caso de inconsistência entre o capítulo de investimentos (Capítulo 10) e outro capítulo do acordo, o último deve prevalecer sobre o primeiro. E também, o capítulo 10 não se aplica para medidas adotadas ou mantidas por um membro que estejam cobertas pelos artigos do capítulo 12 (Serviços Financeiros).

No artigo 10.27, sobre **Definições**, a definição dada para investimento é a seguinte: significa todo componente do ativo que um investidor possui ou controla, direta ou indiretamente, que tenha como características as de um investimento, incluindo tais características como o comprometimento do capital ou outros recursos, a expectativa de ganhos ou lucros, ou a tomada de riscos.

As formas que um investimento pode tomar são: um empreendimento; ações, apólices, e outras formas equivalentes de participação num empreendimento; bonds, debêntures, empréstimos e outros instrumentos de débito; futuros, opções e outros derivativos; direitos sob contrato, incluindo *turnkey*, construção, gerenciamento, produção, concessão ou sobre divisão de rendimentos; direitos de propriedade intelectual; direitos adquiridos junto à lei doméstica, como concessões, licenças, autorizações e permissões; e outras propriedades tangíveis ou intangíveis, móveis ou imóveis, e relacionadas à propriedade intelectual, como arrendamentos, hipotecas, *liens* e penhoras.

Pode-se observar que a definição de investimento no acordo estudado é bastante ampla, indo contra a opinião da maioria dos PEDs, que sugere ser mais benéfica aos objetivos do desenvolvimento uma definição mais direta, que abranja somente os investimentos de longo prazo, portanto menos voláteis. Ou seja, quanto mais estreita a definição melhor, pois os fluxos mais líquidos estão mais expostos a variações repentinas de direção e também a movimentos especulativos de capitais.

Ao contrário de PDs, os PEDs não têm ainda mercados financeiros desenvolvidos, nem condições macro totalmente estáveis. Por isso a necessidade de garantir flexibilidade, para implementar medidas de manutenção da estabilidade financeira que sejam legítimas dentro de AIIs, é um ponto importante para PEDs, mas que no acordo do Chile não está presente (tudo isso a despeito da dificuldade

que existe, muitas vezes, de se diferenciar investimento direto de investimento de portfólio).

2) Tratamento Nacional

O tema tratamento nacional é o que apresenta os maiores impactos no desenvolvimento econômico, e é também de particular importância para os investidores (WIR 2003). Abarca dois pontos principais de negociação: 1) o direito de estabelecimento (tratamento nacional na fase de *pre-establishment*), ou acesso ao mercado; e 2) o tratamento nacional na fase *post-establishment* do investimento, a aplicação “tradicional” do tratamento nacional ao investimento, depois que já se estabeleceu no país receptor. A maioria dos países não pertencentes à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), preserva o direito de controlar a admissão e estabelecimento do IDE; enquanto o tratamento nacional na fase pós-estabelecimento é mais amplamente aceito.

Tratamento nacional pode se definido como: “ *a principle whereby a host country extends to foreign investors treatment that is at least as favourable as the treatment that it accords to national investors in like circumstances*” (UNCTAD 1999, pág. 1). Essa é a definição mais comumente encontrada em acordos internacionais, e é central para as estratégias globais das ETs, pois estabelece tanto as condições de acesso ao mercado quanto as condições de competição com as empresas locais.

Já para os países receptores do IDE, tratamento nacional aos investidores estrangeiros está diretamente relacionado a políticas nacionais de desenvolvimento da indústria doméstica. No direito internacional, o Estado usufrui o direito absoluto de controlar a admissão e estabelecimento de investidores em seu território, de estabelecer condicionalidades para que isso ocorra, de definir a natureza da propriedade e de desfrutar direitos de controle (poder regulatório do Estado) (UNCTAD 1999 a). Por exemplo, uma condição bastante utilizada para se oferecer tratamento nacional a empresas estrangeiras é que estas estejam em circunstâncias

semelhantes a empresas domésticas (como visto na definição acima, em “*like circumstances*”). Contudo, mesmo dentro dessa condição existem variações de interpretações em PDs e PEDs.

O direito de controlar a admissão e o estabelecimento continua a ser o mais importante instrumento de regulação do IDE. Segundo (OMC 2002b), não existe nenhum país hoje que permita a entrada incondicional de investidores estrangeiros em seu território. O que existe são diferenciações significativas entre indústrias e setores.⁵ Após a entrada do investimento, o tratamento nacional nem sempre é expressamente garantido em leis nacionais sobre IDE. Mas de qualquer modo, seja implícita ou explicitamente, o tratamento nacional não estabelece restrições sobre o direito do Estado de promover medidas regulatórias, contanto que elas sejam indiscriminadas, isto é, válidas para empresas estrangeiras e domésticas.⁶

Dada a centralidade do tema para políticas nacionais de desenvolvimento, (WIR 2003) faz uma análise detalhada sobre três questões econômicas essenciais que devem ser levadas em consideração quando da negociação de AIIs. Elas serão brevemente apresentadas a seguir. A primeira é sobre em que casos a entrada de IDE deve ser liberalizada, quando o acesso ao mercado deve ser permitido. A justificativa mais defendida é a de que a liberalização de IDE leva a uma alocação mais eficiente dos recursos entre economias, e onde os mercados não são distorcidos também dentro do território do país receptor.

Os potenciais benefícios do IDE citados no relatório anual da UNCTAD são: soma ao investimento físico, provimento de novas tecnologias, habilidades, técnicas organizacionais e administrativas (WIR 1999); estímulo aos competidores e assistência aos fornecedores locais (WIR 2001); assumir e melhorar a situação de empresas locais – públicas ou privadas – que estejam passando por dificuldades (WIR 2000); transferir atividades de alto valor como design e P&D, prover recursos ausentes para setores manufatureiros exportadores, oferecer acesso a novos mercados globais que muitas vezes são restritos às ETs (WIR 1996); e acesso a mercados de

⁵ Mais detalhes em (WIR 2003, pág. 103).

⁶ No cenário internacional o tratamento nacional é sujeito a uma série de exceções, especialmente no setor de serviços.

exportação altamente avançados tecnologicamente – em sistemas integrados de produção que provêm a base dinâmica das exportações em muitos países recentemente industrializados (WIR 2002).

Porém, é de conhecimento geral o fato de que existem falhas institucionais e de mercado que justificam a adoção de restrições aos fluxos de IDE, especialmente quando estes se originam de práticas anticompetitivas de ETs. A divergência entre os interesses globais das grandes corporações e os interesses nacionais dos países receptores de investimentos explica a viabilidade de políticas de controle à admissão e ao estabelecimento (desde que falhas do governo não agravem os problemas que pretendem sanar).

Essa é exatamente a segunda questão econômica levantada pelo relatório anual da UNCTAD: em que ocasiões os governos devem impor controle aos fluxos de IDE, e de que maneira. Isso acontece quando a entrada irrestrita de investimentos externos, sob condições de livre mercado, abrevia o desenvolvimento de empreendimentos locais e não acentua as externalidades positivas. Os principais riscos apontados estão relacionados a (o):

- desenvolvimento de indústrias/empresas nascentes: receio de que potenciais investidores locais sejam impedidos de entrar em atividades dominadas pela presença de ETs;
- aprofundamento da tecnologia local: a forte presença de ETs pode deter competidores nacionais de investir em inovações de alto risco financeiro;
- exploração de novas tecnologias por parte das empresas locais: isso acontece quando atividades de P&D não são compartilhadas entre firmas locais e estrangeiras;
- maiores “*spillovers*”: empresas locais geram mais *spillovers* positivos pois têm um conhecimento melhor sobre a economia local;
- comprometimento local: ETs são mais propícias a realocar atividades do que empresas domésticas, pois estas têm maior comprometimento com a economia e desenvolvimento locais, e portanto são mais dispostas a investir no aprimoramento da base competitiva local;

- perda de controle econômico: os centros estratégicos das decisões das ETs estão localizados fora do território do país receptor, e elas respondem a sinais dos mercados e a pressões de seus governos de origem;

- competição “desnecessária”: alguns países buscam IDE para setores específicos – de alta tecnologia ou exportadores – e acabam por restringir IDE em setores de baixa tecnologia, protegendo também setores onde predominam pequenas e médias empresas.

O relatório ressalta que mesmo quando justificada pelos fatores acima mencionados, a proteção dada a empresas locais não deve ser eterna. Ela só é válida quando acompanhada pela melhoria da competitividade das empresas domésticas, que ao atingirem certo grau de desenvolvimento passam mesmo a dispensar a proteção anteriormente recebida. O não oferecimento do tratamento nacional na fase de admissão deve ser acompanhado pelo fortalecimento das instituições e infraestrutura, melhora dos resultados locais, como capacidades de informação, suporte tecnológico e capital de risco, entre outros.

A evidência sobre a relevância prática dos riscos mencionados, e o sucesso dos governos em conter os potenciais custos de se reter fluxos de IDE variam no espaço e no tempo. Nos dias de hoje, muitos argumentam que os custos de proibir a entrada de investimentos aumentaram consideravelmente e a mudança tecnológica é avassaladora, por isso deve se ter em mente que é nesse cenário que o IDE desponta como a principal fonte de transferência de tecnologia. Logo, restringir o estabelecimento de IDE pode limitar o acesso a novas tecnologias e a outras variáveis-chave para o aumento da competitividade local (como sistemas integrados de produção em setores exportadores mais dinâmicos nos mercados mundiais).

A conclusão que se chega até aqui – sobre o tratamento nacional em fases de pré-estabelecimento do investimento – é a de que somente boas razões econômicas justificam o uso de restrições ao IDE (ou liberaliza-lo seletiva e gradualmente). E mesmo assim tais instrumentos devem ser utilizados com muita atenção.

Finalmente, a terceira questão econômica apontada por (WIR 2003) é sobre as considerações ao tratamento nacional na fase pós-estabelecimento das ETs na

economia local. O relatório descreve quatro circunstâncias nas quais o tratamento nacional pode ser negado às ETs, baseadas em falhas institucionais e de mercado. Primeiro, quando filiais são muito mais eficientes (argumento da empresa nascente), mas mesmo a proteção deve ser limitada no tempo. Segundo, ETs podem apresentar outros tipos de vantagens sobre as empresas locais. No segmentado mercado de créditos, por exemplo, só pelo fato de serem de propriedade estrangeira elas podem obter melhores termos de financiamento do que as nacionais.

Terceiro, filiais estrangeiras às vezes precisam ser afastadas de informações e tecnologias sensivelmente estratégicas, e de atividades cultural e socialmente relevantes. E em quarto lugar, ao passo que se tornam predominantes na economia, ETs podem apresentar comportamentos de abuso de poder de mercado, o que evidencia a necessidade de leis e políticas de defesa da concorrência bem estruturadas.

Nos quatro casos citados acima, a ação do governo deve ser eficiente, rápida, flexível e sempre acompanhada por medidas que atuem no sentido de melhorar as condições locais (as “*capacity-building measures*”). Ademais, garantir tratamento nacional pós-estabelecimento não é o suficiente. O ideal seria promover medidas de estímulo à disseminação dos ativos tangíveis e intangíveis das ETs às empresas locais. E, mais amplamente, promover políticas de desenvolvimento industrial como um todo.

A grande maioria dos AIIs preserva o direito absoluto dos países de controlarem a entrada de IDE (através de leis nacionais e regulações), enquanto defendem o tratamento nacional na fase pós-estabelecimento. No âmbito internacional, existe no GATS a possibilidade de conceder direitos de tratamento nacional somente a setores especificados (lista positiva de comprometimento), e sob condições estabelecidas pelo país receptor.

Tanto tratamento nacional pré quanto pós-estabelecimento são geralmente sujeitos a exceções. Elas se baseiam em questões de segurança nacional, saúde e moral públicas, cultura, meio ambiente, incentivos, compras governamentais e

indústrias específicas. Outras exceções podem estar ligadas à reciprocidade em áreas como taxaço e propriedade intelectual. As que são relacionadas ao desenvolvimento econômico são de particular importância para os PEDs.

Manter certo grau de flexibilidade é um ponto essencial para este grupo de países (pelo menos aos que desejam preservar sua habilidade para determinar o ritmo e condições da liberalização dos investimentos). Sempre lembrando dos objetivos do desenvolvimento nacional e dos *tradeoffs* envolvidos nas negociações.

Alguns acordos recentes contêm o direito de estabelecimento baseado numa combinação dos princípios de tratamento nacional e nação mais favorecida. É o caso de acordos bilaterais dos EUA com PEDs. **No Acordo Bilateral Chile x EUA o Artigo 10.2 trata do Tratamento Nacional, e o 10.3 do Tratamento da Nação Mais Favorecida.**

Sobre **tratamento nacional** temos que, cada membro deve apresentar aos investidores do outro membro tratamento não menos favorável do que apresenta, em circunstâncias idênticas, aos seus próprios investidores com relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, gerenciamento, conduta, operação e venda ou outra disposição com relação a investimentos no seu território. O mesmo vale para os investimentos externos relacionados.⁷ Em âmbito regional de governo, as afirmações acima significam também tratamento não menos favorável do que o mais favorável tratamento acordado, nas mesmas circunstâncias, pelo nível regional do governo a investidores e investimentos do outro membro.

Sobre **tratamento da nação mais favorecida** o acordo afirma que cada membro do acordo deve apresentar tratamento não menos favorável a investidores e investimentos do outro país membro, em circunstâncias semelhantes, do que apresenta a investimentos e investidores de países não-membros do acordo, com relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, gerenciamento, conduta, operação e venda ou outra disposição com relação a investimentos no seu território.

⁷ Sempre se referindo tanto aos investidores quanto aos “covered investments” relacionados no primeiro artigo.

O uso das expressões “*like circumstances*” e “*no less favourable*” denunciam algumas características do acordo. O uso da segunda expressão é o mais favorável ao IDE, pois permite que, em iguais circunstâncias, ele seja tratado de maneira não menos favorável. Contudo, a partir da redação do artigo nada impede que ele seja tratado de maneira mais favorável do que o investimento doméstico. Essa definição é a mesma do acordo NAFTA, com tratamento nacional e nação mais favorecida plenos, tanto na fase pré quanto pós-estabelecimento do investimento.

Sobre tratamento dado ao investidor/investimento, existe ainda no Acordo o **Artigo 10.4, Padrões Mínimos de Tratamento**. Nele cada membro do acordo deve apresentar aos investimentos tratamento adequado aos padrões do direito internacional tradicional, incluindo tratamento justo e imparcial e total proteção e segurança; tratamento considerado, para os termos do presente acordo, como o padrão mínimo de tratamento aos investimentos dos países membros. Os conceitos “justo, imparcial, proteção e segurança” não requerem tratamento adicional ou além do tratamento definido pelo padrão mínimo, e não criam direitos substanciais adicionais.

As obrigações criadas por este artigo são as seguintes:

- tratamento justo e imparcial significa a obrigação de garantia de acesso à justiça em procedimentos jurídicos nas esferas criminal, civil ou administrativa, de acordo com o princípio de devido processo legal incorporados nos principais sistemas legais do mundo, e

- total proteção e segurança requerem que cada membro satisfaça níveis de proteção policial necessária sob o direito internacional tradicional.

Cada membro do acordo deve garantir aos investidores e investimentos do outro membro tratamento não-discriminatório com respeito a medidas que mantenha, ou que venha a adotar, relacionadas a perdas sofridas por investimentos em seu território causadas por conflitos armados ou disputas civis. No caso de ocorrerem as circunstâncias previstas, se os investidores que sofrerem perdas devido a requisições governamentais ou suas autoridades, ou também por destruição de seu investimento

ou parte dele por forças ou autoridades governamentais, que não eram exigidas pela necessidade da situação, o país membro receptor do investimento deve prover ao investidor restituição ou compensação pelos danos sofridos, que em qualquer dos casos deve ser adequada, rápida e efetiva, e no caso de compensação deve estar de acordo com o Artigo 10.9, relativo à Expropriação e Compensação.

3) Critérios de Desempenho

Assim como os demais itens discutidos anteriormente, a possibilidade de se exigir que certos critérios de desempenho sejam cumpridos pode representar um importante instrumento para PEDs quando da negociação de AIIs. Contudo, ao mesmo tempo em que esses critérios podem assegurar mais oportunidades para políticas de desenvolvimento nos PEDs, nos PDs essas medidas são vistas geralmente com cautela, pois representam ações intervencionistas de pouca eficiência.

Critérios de desempenho são imposições feitas às ETs que visam proporcionar benefícios ao país receptor do investimento. Os mais comuns estão relacionados a conteúdo local de produção, performance exportadora, *joint ventures*, associação com capital local, transferência de tecnologia e uso de mão-de-obra nacional. Os critérios podem ser obrigatórios ou voluntários – estes últimos associados normalmente à concessão de incentivos às ETs; podem ser amplos - exigidos tanto de empresas nacionais quanto de estrangeiras – ou então discriminar entre elas (o que representaria uma exceção à regra do Tratamento Nacional).

O objetivo do uso de critérios de desempenho, como dito acima, é basicamente fazer com que as ETs contribuam mais efetivamente com o desenvolvimento local, através do aumento da utilização de recursos locais e aprimoramento dos mesmos, por exemplo. Observou-se na última década uma tendência à queda do uso de instrumentos de exigência de desempenho, no que diz respeito ao comportamento dos PDs. PEDs também apresentam um histórico em utilização de critérios de desempenho, especialmente relacionados a questões de indústria nascente e controle do Balanço de Pagamentos. Assim como os países

desenvolvidos, os PEDs têm apresentado queda na utilização de tais instrumentos, que são gradualmente substituídos por critérios voluntários relacionados a incentivos concedidos às ETs.

Um entre os fatores que explicam a queda na utilização de critérios de desempenho é a proibição dessas medidas pelo Acordo TRIMS (*Trade Related Investment Measures*), da Organização Mundial do Comércio - OMC. Os critérios de desempenho proibidos por este acordo são: exigências de conteúdo local de produção, exigências de compensação entre importações e exportações, restrições de fluxos cambiais de empresas relacionados ao investimento e controles de exportação. Além de proibir as medidas chamadas obrigatórias, o acordo proíbe também aquelas que estejam relacionadas ao oferecimento de incentivos/vantagens às ETs. Outro acordo da OMC, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, também proíbe em seus artigos critérios de desempenho exportador ligados ao oferecimento de subsídios. No que tange o comércio em serviços, existe na OMC o Acordo GATS (*General Agreement on Trade in Services*), que prevê mais flexibilidade aos países membros para utilizar critérios de desempenho.

Em seguida analisaremos o **Artigo 10.5 do Acordo Chile x EUA**, que trata exatamente do tema **CrITÉrios de Desempenho**. Com relação aos critérios obrigatórios, o acordo designa que nenhum membro pode impor, forçar ou obrigar nenhum dos critérios a seguir, ou forçar a nenhum comprometimento ou empreendimento, com relação ao estabelecimento, aquisição, expansão, gerenciamento, conduta, operação e venda ou outra disposição com relação a investimentos no seu território, sendo os investimentos ou investidores de um país membro, ou mesmo de um país não-membro, dentro do seu território. Os critérios proibidos são os seguintes:

- a) exportar um determinado nível ou porcentagem de bens e serviços;
- b) alcançar determinado nível ou porcentagem de conteúdo local na produção;
- c) comprar, utilizar, ou dar preferência a bens produzidos no território receptor do investimento, ou comprar bens de pessoas neste território;

d) relacionar, de qualquer maneira, o volume ou valor de importações ao volume de exportações, ou ao valor de transações cambiais associadas a tal investimento;

e) restringir as vendas de bens e serviços no território, que sejam produtos do investimento ou supridos por este, relacionando as vendas ao volume ou valor das exportações ou ganhos cambiais⁸;

f) transferir uma particular tecnologia, um processo de produção, ou outro conhecimento do proprietário a pessoas do território do país receptor, ou;

g) ofertar exclusivamente no território do país membro receptor, produtos que produza ou serviços que forneça para um mercado regional específico ou para o mercado mundial.

Ademais, nenhum país membro pode condicionar o recebimento ou o contínuo recebimento de incentivos relacionados ao estabelecimento, aquisição, expansão, gerenciamento, conduta, operação e venda ou outra disposição com relação a investimentos no seu território, de um membro ou não membro do acordo, submetidos aos critérios:

a) alcançar determinado nível ou porcentagem de conteúdo local na produção;

b) comprar, utilizar, ou dar preferência a bens produzidos no território receptor do investimento, ou comprar bens de pessoas neste território;

c) relacionar, de qualquer maneira, o volume ou valor de importações ao volume de exportações, ou ao valor de transações cambiais associadas a tal investimento ou;

d) restringir as vendas de bens e serviços no território, que sejam produtos do investimento ou supridos por este, relacionando as vendas ao volume ou valor das exportações ou ganhos cambiais;

As exceções e exclusões deste artigo encontram-se nos parágrafos de 3 a 5. A primeira ressalva feita é com relação aos incentivos que podem ser oferecidos, ligados aos investimentos de um país membro ou não-membro, submetidas a critérios como o de localização da produção, suprimento de um serviço, treinamento ou

contratação de empregados, construção ou expansão de determinadas facilidades, e cumprimento de pesquisa e desenvolvimento em seu território.

A segunda exceção está relacionada ao item f de critérios proibidos, sobre transferência de tecnologias, e determina que ele não se aplica quando determinada medida estiver de acordo com os Artigos 31 e 39 do Acordo TRIPS (Propriedade Intelectual). Ainda sobre transferência de tecnologia, o item f não se aplica quando a medida, comprometimento ou obrigação estiver sendo imposta por uma corte, tribunal administrativo ou autoridade de defesa da concorrência para remediar uma prática considerada anticompetitiva após processo judicial ou administrativo, sob as leis de concorrência do país receptor.

Os itens b, c e f, sobre critérios de desempenho, e os itens a e b, sobre os incentivos, não podem ser utilizados para criar obstáculos à manutenção e adoção de medidas, incluindo medidas ambientais, que: sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulações que não sejam inconsistentes com o Acordo; necessárias para proteger a vida e saúde humana, animal, e vegetal; ou relacionadas à conservação de recursos naturais não-renováveis.

Outras ressalvas mais detalhadas são feitas, relacionadas a programas de promoção de exportações, ajuda alimentar, compras governamentais, e qualificação para tarifas e cotas preferenciais.⁹ Além disso, agentes privados não estão proibidos de utilizar os critérios mencionados neste artigo, contanto que nenhum país membro esteja envolvido na ação.

É observável no Acordo Bilateral Chile x EUA que a lista de restrições do Acordo TRIMS foi expandida, incluindo exportações, transferência de tecnologia e exigências de produtos. Ademais, ao incluir países não-membros nas cláusulas do Acordo, pode-se dizer que se trata de um caso de extrajurisdicionalidade, onde o acordo extrapola sua abrangência para países que não são sequer signatários do acordo, mas que venham a realizar atividades nos territórios dos países membros.

⁸ Tendo traduzido a partir do original “foreign exchange earnings” como “ganhos cambiais”.

⁹ Parágrafo 3º, do Artigo 10.5 do Acordo, incisos d), e) e f).

Segundo (WIR 2003), existem evidências de que critérios de desempenho podem ser efetivos. Uma série de estudos citados pelo relatório¹⁰ confirma resultados positivos quando da aplicação de critérios de exigência de conteúdo local, de desempenho exportador, de utilização de mão-de-obra local e treinamento para funcionários locais, e exigência de associação com capital local e *joint ventures*. Por outro lado, existem também estudos que enfatizam a ineficiência gerada em alguns casos, devido ao aumento de custos operacionais.

Na verdade existem muitos casos nos quais o uso de critérios de desempenho foi bem sucedido, tendo sido tanto eficiente quanto efetivo, devido especialmente à alta qualificação local e respostas dinâmicas da oferta local. Quanto maior a capacidade de atração de IDE de um país, maior seu poder de barganha para negociar critérios de desempenho mais efetivos, sem que a medida ameace a performance do investimento. O relatório da UNCTAD faz a ressalva que critérios de desempenho devem ser o mais claros e objetivos quanto possível, para que se evite a geração de ineficiências e de retração de potenciais fluxos de IDE. Ademais, o ideal é que eles estejam situados dentro de políticas comerciais e industriais abrangentes e bem definidas.

Para que os critérios de desempenho obtenham êxito, igualmente importante é a capacidade do governo de acompanhar a implementação e manutenção das medidas. Do mesmo modo, monitorar seus impactos e avaliar mudanças que sejam necessárias quando a conjuntura se altera são ações essenciais por parte do Estado.

Os PDs têm um histórico no uso de critérios de desempenho, especialmente nas décadas de 70 e 80. Ainda no início da década de 90, restrições voluntárias de exportações eram realizadas por esse grupo de países, que acabou por substituí-las por outros tipos de instrumentos capazes de influenciar o comércio e investimento das grandes empresas transnacionais - como regras de origem e incentivos de localização de plantas. Se durante um bom tempo os PDs puderam se utilizar desses instrumentos (dentre eles os EUA), por que não permitir que os PEDs os utilizem hoje com vistas a objetivos de desenvolvimento nacional?

¹⁰ WIR 2003, página 120.

O que se discute muito nos debates internacionais sobre o assunto é a possibilidade de revisão do acordo TRIMS. Para os PEDs seriam desejáveis renegociações com vistas à flexibilização de suas cláusulas, incluindo a expansão da lista de exceções ao acordo para os PEDs e os LDCs. Além disso, a cobertura do acordo poderia ser reduzida, e os períodos de transição para PEDs poderiam ser renovados, levando-se em consideração as situações dos países caso a caso. As especificidades dos países, isto é, os diferentes perfis de IDE deveriam ser levados em consideração quando da (re)negociação de AIIs. E mais adiante, cada país deveria ter a possibilidade de pesar os custos e benefícios ao realizar políticas de critérios de desempenho e decidir se deve adota-las ou não.

4) Transferência de Tecnologia

A transferência e disseminação de tecnologia, e a promoção de inovação estão entre os benefícios mais importantes que o IDE pode gerar, e a fonte principal delas são as ETs. Porém, para que elas aconteçam de modo efetivo, são necessárias políticas domésticas de atração e difusão de tecnologia e capacidade inovativa, assim como acordos internacionais que incentivem essas práticas.

A abordagem internacional ao tema transferência de tecnologia mudou substancialmente nos últimos anos. Deixou de apresentar controles diretos e restrições, para abordar o assunto de maneira orientada aos princípios mercadológicos (tendo um *market-friendly approach*). Exemplo é a ênfase na melhora do ambiente de negócios e investimentos, no fortalecimento de instituições legais e na busca de aprimoramento das capacidades de empresas locais.

Num contexto econômico onde a inovação tecnológica e a competição por mercados se tornam a cada dia mais velozes, criar e utilizar novas tecnologias de maneira eficiente figura como elemento vital para o desenvolvimento econômico (WIR 2003). No processo de geração e difusão dessas novas tecnologias as ETs representam o papel principal, através de diferentes instrumentos possíveis. Pode ser, por exemplo, pela internalização da tecnologia pelo investimento direto (com a

formação de alianças estratégicas), ou então pela ramificação de seus negócios (uso de licenças e outros tipos de contratos e arranjos).

O papel do IDE na transferência internacional de tecnologia vem aumentando, já que por uma série de motivos as ETs o têm utilizado como o meio principal de acesso a tecnologias de alto valor. Entre as razões desse fenômeno estão: os crescentes custos para se inovar, a necessidade de proteção e controle de ativos intangíveis, e a liberalização de políticas domésticas relacionadas ao tema (WIR 1999). Ademais, muitas das recentes tecnologias geradas, especialmente as utilizadas em sistemas integrados de produção, são disponibilizadas somente através de IDE (WIR 2002).

Segundo (WIR 1999), para que os benefícios da transferência de tecnologia pelo Ide sejam maximizados, o suporte de políticas nacionais é essencial. ETs que produzem as tecnologias mais apropriadas às necessidades locais devem ser atraídas e estimuladas a transferir as inovações que sejam potencialmente mais favoráveis ao desenvolvimento local. Mais adiante, elas devem ser induzidas a transferir o processo de desenvolvimento das tecnologias para o país receptor, agregando mais *design* e P&D localmente.

Na verdade, o impacto da transferência de tecnologia deve ser olhado não somente do ponto de vista da filial estrangeira instalada no país, mas também da extensão alcançada pelo processo na economia local como um todo. Difundir tecnologia e capacidade de inovação para fornecedores e compradores locais, contribuindo de fato para o desenvolvimento econômico local é um exemplo disso.

Embora seja predominante hoje a abordagem mais liberal das políticas de transferência de tecnologia, ainda assim existem falhas de mercado que não permitem a otimização dos efeitos da transferência de tecnologia e do desenvolvimento a ela, teoricamente, associado. Mercados internacionais de tecnologia são imperfeitos e fragmentados, dominados por algumas grandes corporações. As principais falhas observadas estão relacionadas a transações de informações, à fragilidade de instituições e mercados do país receptor, a políticas locais de comércio e

concorrência ineficientes etc. Por esses e outros motivos muitos países formulam políticas para influenciar a transferência de tecnologia por ETs.

As medidas utilizadas variam bastante de país para país. Podem ser citadas: desenvolvimento de capacidades locais, criação de habilidades para tecnologia, criação de *linkages* entre firmas e a promoção de inovações, como objetivos mais gerais a serem alcançados. Em (WIR 2003) os instrumentos discutidos são: controles diretos de transferência de tecnologia, estipulações sobre a extensão de propriedade estrangeira, exigências sobre transferência de tecnologia em AIIIs, lei e políticas de defesa da concorrência, e a proteção de direitos de propriedade intelectual.

Historicamente, PDs e PEDs apresentam diferentes posicionamentos com relação à política de transferência de tecnologia. A maioria dos PDs é composta por países essencialmente inovadores, que compram e vendem novas tecnologias. Suas atenções se voltam ao fortalecimento de suas posições inovadoras, defendendo regras mais rígidas aos direitos de propriedade intelectual. PEDs, por sua vez, como importadores de tecnologia, tentam melhorar os termos e condições de transferência de tecnologia, fortalecer o poder de barganha de firmas locais e promover a difusão e geração de tecnologia, muitas vezes defendendo uma aplicação menos rígida das regras de propriedade intelectual (Kim 2002).

Contudo, apesar das diferenças históricas, observa-se hoje uma conversão de políticas em torno do que chamamos anteriormente de uma abordagem *market-friendly* para transferência de tecnologia. A tendência é oferecer sistemas de proteção de propriedade intelectual mais fortes, embasados no Acordo TRIPS (*Trade Related Intellectual Property Rights*), da OMC. Especialmente em PEDs cujas empresas estejam começando a desenvolver atividades de inovação ou nos quais exista o interesse de atrair ETs de alta tecnologia.

(WIR 2003) cita alguns instrumentos e condições para a realização de políticas relacionadas à transferência de tecnologia. O desenvolvimento e refinamento de ferramentas de promoção de investimentos, melhora das capacidades

locais, exigência de parcerias com o capital nacional¹¹ (por *joint ventures*, por exemplo), promoção de incentivos relacionados à transferência de tecnologia e fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual são alguns exemplos de medidas que podem ser adotadas por países que obedeçam a certas pré-condições.¹²

A abordagem internacional atual admite existirem desigualdades de poder de mercado entre PDs e PEDs no que se refere à tecnologia. Acordos como o TRIPS incluem provisões que buscam estimular a cooperação e assistência a PEDs, para que estes construam bases tecnológicas próprias. Além disso, as ETs também são encorajadas a transferir tecnologia e capacidade inovativa para esses países, a ajudar na difusão local de tecnologia e conceder licenças a termos razoáveis.¹³

Do Acordo TRIPS, temos o Artigo 66.2, que estipula: “*developed country Members shall provide incentives to enterprises and institutions in their territories for the purpose of promoting and encouraging technology transfer to least developed country Members in order to enable them to create a sound and viable technological base.*” Este artigo é obrigatório para os signatários do Acordo. Entretanto, grande parte das provisões de transferência de tecnologia em AIIIs não é obrigatória, ou seja, depende do interesse das ETs em realiza-las espontaneamente.

No Acordo, o tema transferência de tecnologia é abordado no **item f do Artigo 10.5**. Como já transcrito anteriormente ele diz ser terminantemente proibido “transferir uma particular tecnologia, um processo de produção, ou outro conhecimento do proprietário a pessoas do território do país receptor (...)”. PEDs e LDCs que não são “inovativos” - isto é, não atraem tecnologia espontaneamente - também não recebem fluxos de tecnologia de maneira obrigatória via acordos como o do Chile.

¹¹ Esta estratégia foi bem sucedida em países que tinham firmas nacionais estabelecidas, base de capacidades locais e ambiente econômico estimulador de exportações. A Índia é um exemplo de sucesso nesse tipo de parceria.

¹² Como instituições aptas a negociar com as ETs; habilidade para integrar capacidades; infra-estrutura e capacidade de desenvolvimento tecnológico entre outras. Para ter uma lista mais detalhada conferir (WIR 2003, pág. 132).

¹³ Transferência de tecnologia limpa (benéfica ao meio ambiente), é uma questão que tem recebido atenção em atuais AIIIs.

No Acordo Bilateral Chile x EUA, o Artigo 10.8, sobre Transferências, trata não exatamente de transferências de tecnologia, mas transferências em geral. Vamos analisar esse artigo do Acordo, para depois procurarmos por artigos que se refiram mais especificamente à transferência de tecnologia.

Cada membro deve permitir que todas as transferências relacionadas ao investimento estrangeiro sejam feitas livremente e sem atrasos, tanto na entrada quanto na saída de seu território. Tais transferências incluem:

- a) contribuições ao capital;
- b) lucros, dividendos, juros, ganhos da capital, royalties, taxas de administração e de assistência técnica, e outras taxas;
- c) rendimentos provindos da venda de todo, ou parte do investimento ou de parcial ou total liquidação do mesmo;
- d) pagamentos feitos sob contrato assinado pelo investidor, ou pelo investimento relacionado, incluindo pagamentos feitos mediante empréstimo;
- e) pagamentos feitos sob a guarda do Artigo 10.4 (Padrão Mínimo de Tratamento), parágrafos 4º e 5º e Artigo 10.9;
- f) e pagamentos feitos sob a Seção B (Solução de Controvérsias entre Estado e Investidor).

Cada membro do acordo deve permitir a livre transferência relacionada a investimentos a ser realizada em moeda corrente usual, na taxa de mercado prevaiente na data da transferência. Nenhum membro poderá exigir que seus investidores transfiram as rendas, rendimentos, lucros ou qualquer outra quantia advinda de, ou atribuível a, investimentos no território do outro membro.

Apesar das afirmações acima, um membro poderá impedir transferências através da justa e não-discriminatória aplicação de suas leis relacionadas a: falência, insolvência ou proteção dos direitos de seus credores; emissão, remessa, lançamento, comércio ou distribuição de garantias, futuros e derivativos; ofensas criminais ou penais; quantias relacionadas à garantia de aplicação das leis ou às autoridades financeiras regulatórias; ou ainda para assegurar conformidade com ordens ou julgamentos em processos judiciais ou administrativos.

Conforme observado, no que diz respeito à transferência de capital entre países membros, a liberdade dos fluxos é bastante grande. Sempre que PEDs estiverem negociando AII, deve-se atentar para o fato de que um artigo como o descrito acima deve conter cláusulas de exceções e salvaguardas em casos de crise de Balanço de Pagamentos e crises financeiras em geral.

5) Nacionalização e Expropriação

Nacionalizações e expropriações (tomadas de propriedade – *property takings*) compõem o mais antigo assunto relacionado à regulação de IDE. Elas são internacionalmente consideradas legítimas quando obedecem a três critérios básicos: realizadas por motivos de interesse público, não-discriminatórias e dão margem ao pagamento de compensações financeiras. Até recentemente o debate sobre tomadas de propriedade girava em torno do cálculo preciso das compensações financeiras. A este ponto juntou-se a questão sobre tomadas indiretas de propriedade (as chamadas expropriações graduais de propriedade e tomadas regulatórias - *creeping expropriation* e *regulatory takings*), e como os agentes econômicos podem ser protegidos contra elas.

As chamadas tomadas diretas de propriedade, que envolvem a transferência física de um ativo assim como a do seu título legal, podem assumir diferentes formas, desde nacionalizações até expropriações. O termo nacionalização se refere a tomadas em indústrias inteiras, ou até mesmo em toda a economia nacional. Já expropriação denomina tomada em firmas individual (UNCTAD 2000, pág. 4). Tomadas indiretas de propriedade incluem as tomadas graduais, nas quais qualquer direito de propriedade pode estar sendo violado lentamente, porém cumulativamente; e as tomadas regulatórias, onde o poder regulatório do governo de taxar e impor medidas relacionadas ao meio ambiente diminui o valor econômico da propriedade, sem, contudo, privar o proprietário do direito legal exercido sobre sua propriedade.

Existe uma série de polêmicas em torno do tema. Uma primeira seria como distinguir entre tomadas de propriedade passíveis de compensação e ações legítimas

do governo de acordo com os critérios que o permitem realizar tais medidas. Segundo, a definição do que são tomadas indiretas de propriedade são muito problemáticas, pois a própria concepção de direito de propriedade muda constantemente, assim como a de função social da propriedade. Terceiro, para garantir a sujeição da propriedade privada ao interesse público, o poder regulatório do Estado é bastante amplo. E também complexo.

Logicamente, identificar atos de nacionalização e expropriação diretos é muito mais fácil do que identificar os indiretos. Os primeiros são normalmente realizados em datas pré-determinadas e embasados em políticas nacionais explícitas. Ao contrário, os segundos não são feitos de acordo com políticas claras que tenham como objetivo a tomada da propriedade, e não são feitos em datas especificadas. O problema surge quando, em um AII, a definição de tomadas (diretas ou indiretas) de propriedade é feita de maneira tão abrangente que acaba minando toda e qualquer potencial ação do governo em termos regulatórios e administrativos (mesmo que inicialmente legítima).

Segundo (WIR 2003) as medidas regulatórias são especialmente sensíveis, pois muitas diferentes ações governamentais podem apresentar impactos no valor financeiro de propriedades privadas. Interpretações muito amplas do que sejam tomadas regulatórias podem limitar o espaço nacional de políticas, ao impedir que o governo exerça seu direito de regulação. Ademais, cria-se o risco da perda de autonomia do aparato governamental, com a perda da capacidade do Estado de tomar ações legítimas pela ameaça de reação do setor privado.

No que diz respeito aos três critérios básicos que legitimam as ações de tomada de propriedade, pode sempre existir o questionamento, por parte dos agentes prejudicados, sobre o valor ou aplicabilidade do “propósito público” da medida. Outro exemplo de desavença entre as partes envolvidas pode se dar no quesito “não-discriminação”, na qual empresas estrangeiras podem se sentir discriminadas com relação à justificativa para a tomada de empresas individuais. Sobre o critério do cálculo das compensações, os AII geralmente apresentam cláusulas tanto sobre o padrão de compensação quanto o cálculo da mesma, com maior atenção às primeiras.

Entretanto, não existe mundialmente consenso sobre o valor justo de compensação e cálculo (UNCTAD 2000b).

Sobre medidas regulatórias suscetíveis a compensações, a prática dos países também não oferece respostas claras aos problemas levantados (Dolzer 2002). Mesmo nas mais liberais economias, as empresas precisam responder a critérios mínimos de comportamento nos mercados. Por exemplo, regras de concorrência e padrões em áreas de interesse público como o meio ambiente, saúde e moral pública, direitos dos consumidores e promoção do desenvolvimento devem ser impostos pelo Governo, mas variam muito de país a país. Mas sempre que uma medida for tomada dentro do direito legítimo do Estado de regular em nome do interesse público, nenhuma compensação deve ser paga (o mesmo vale para tomadas de propriedade de caráter penal, obviamente).

A maioria dos AII's contém provisões sobre tomadas de propriedade, geralmente definindo-as como medidas diretas – nacionalização e expropriação - e indiretas – graduais e regulatórias. Também se referem aos três princípios básicos das ações governamentais que as tornam legítimas, discutidos anteriormente, e muitos deles adicionam cláusulas sobre a necessidade da observância do *due process of law*, ou devido processo legal (UNCTAD 2000b). No quesito compensações, os acordos variam bastante de posicionamento com relação ao tema, o que demonstra a falta de consenso internacional e o diferente poder de barganha dos países.

No Acordo Bilateral Chile x EUA, o Artigo 10.9 sobre Expropriações e Compensações trata do tema acima discutido. Segundo ele, nenhum membro está permitido a expropriar ou nacionalizar investimentos, seja diretamente ou indiretamente através de medidas equivalentes à expropriação ou nacionalização, exceto quando: se tratar de um propósito público; for feito de maneira não-discriminatória; apresentar pagamento de compensação rápida, adequada e efetiva, de acordo com os parágrafos condizentes e; de acordo com o devido processo legal e os padrões mínimos de tratamento estabelecidos no artigo 10.4.

A compensação deve ser paga sem atrasos; ser equivalente ao valor justo de mercado do investimento expropriado imediatamente antes da expropriação ser feita; não refletir nenhuma mudança de valor devida ao conhecimento anterior de que o investimento seria expropriado; ser totalmente conhecida e livremente transferível. Ao valor justo de mercado da expropriação, numa moeda usualmente utilizada, deve ser acrescida a taxa de juros comercialmente aceitável para aquela moeda, contabilizada desde a data da expropriação até a data do pagamento. Caso a moeda denominada para a transação não seja livremente aceita no mercado, a quantia deve ser convertida à taxa de câmbio prevalecente no dia do pagamento, sem que as demais condições sejam afetadas.

Este artigo não se aplica a medidas de licenças compulsórias relacionadas a direitos de propriedade intelectual acordadas no acordo TRIPS, ou à revogação, limitação, ou criação de direitos de propriedade intelectual, ao passo que tais ações são consistentes com o Capítulo 17, sobre Direitos de Propriedade Intelectual.

No acordo, existe ainda o **Anexo 10-D, sobre Expropriação**. Os membros confirmam comum conhecimento de que: o Artigo 10.9 reflete os princípios do direito internacional tradicional condizentes com expropriação. Uma ação ou uma série de ações não pode constituir expropriação a menos que interfira num direito de propriedade tangível ou intangível ou interesse na propriedade em um investimento.

O mesmo Artigo abarca dois tipos de expropriação: a direta e a indireta. A primeira, quando um investimento é nacionalizado ou diretamente expropriado através de transferência formal de título ou confisco. A segunda, quando uma ação ou série de ações de um membro possui efeitos equivalentes à expropriação direta, mesmo que sem a transferência formal da propriedade ou confisco. A determinação do que se caracteriza como expropriação indireta se dará caso a caso, e considerará fatores como o impacto econômico da ação governamental; a extensão com a qual a ação governamental interfere com as expectativas razoáveis dos investimentos e o caráter da ação governamental.

O artigo 10.9 obedece a três fatores básicos apontados pela UNCTAD como sendo justificativas de expropriações (serem realizadas por motivos de interesse público e não-discriminatórias, e darem margem ao pagamento de compensações financeiras). Nota-se que o artigo nem mesmo cita as nacionalizações. Poderíamos afirmar que no Acordo o artigo sobre expropriações e compensações é bastante amplo, dando margem a diferentes interpretações pelos tribunais de arbitragem sobre o que sejam expropriações indiretas de propriedade, por exemplo.

Podem ocorrer casos em que, quando uma empresa reclama por prejuízos causados por medidas governamentais regulatórias, na verdade pode estar reclamando por valores que eram gerados exatamente pela falta de regulação anterior adequada por parte do governo. Ou seja, nesses casos as medidas regulatórias são mais do que necessárias (porque tardias), e legítimas. Mas mesmo assim, sob a proteção do Artigo 10.9 um membro poderia reclamar por danos e potenciais lucros perdidos.

6) Incentivos

Incentivos são concedidos ao investimento ou investidor com o objetivo de atrair novos empreendimentos ao país, expandir projetos já existentes ou impedir a realocação para outros territórios. Além disso, pode-se direcionar o IDE para indústrias ou regiões específicas. Nos últimos anos a utilização de incentivos se tornou mais freqüente no cenário econômico internacional.

Geralmente os AIIIs não contêm cláusulas que se refiram diretamente aos incentivos; no entanto os países receptores de investimentos mantêm ainda hoje algum grau de discricionariedade para utiliza-los. Diferenciar o IDE de acordo com seu setor, volume e localização é um exemplo disso.

Segundo (UNCTAD 1996 a), existem três categorias principais de incentivos governamentais: financeiros, fiscais e “outros” (como por exemplo preferências ou vantagens de mercado). Estes incentivos podem ainda se dividir em incentivos de

localização de plantas ou de comportamento/desempenho da empresa (como oferecer treinamentos, ter fornecedores locais, realizar atividades de P&D e promover exportações), que tenham como objetivo alcançar metas de desenvolvimento econômico.

O uso de incentivos de localização tem sido mais freqüente e em maiores volumes. No geral, os PDs se utilizam mais dos incentivos financeiros, enquanto os PEDs adotam geralmente incentivos fiscais. Dentro do fenômeno de competição global pela atração de IDE, existem também disputas regionais e locais (dentro de um mesmo país), que estimulam ainda mais o oferecimento de incentivos às ETs.

Outro exemplo do acirramento da competição para captar investimentos é o surgimento de Zonas Processadoras de Exportações, que ao concederem vantagens no âmbito regulatório reduzem os custos de investimentos das empresas (em alguns casos tais vantagens podem significar o relaxamento de padrões trabalhistas ou ambientais). Uma ressalva feita por (WIR 2003) é que os incentivos, quando utilizados para corrigir falhas de mercado, devem buscar corrigir a falha ao invés de compensar os danos causados pela sua existência.

Os incentivos relacionados a setores específicos ou desempenhos desejados das ETs são geralmente considerados mais efetivos, segundo (WIR 2002). Existem exemplos de sucesso na aplicação de medidas de treinamento de mão-de-obra e assistência a fornecedores locais, como verificado na Hungria, Malásia, Coréia do Sul, Cingapura e África do Sul (WIR 2001). Irlanda e Cingapura são exemplos de êxito em políticas de incentivo ao IDE promotor de exportações. Com uma abordagem integrada, buscaram promover treinamentos, facilitar as relações trabalhistas e ofereceram infra-estrutura de qualidade aos investidores.

No âmbito multilateral existe o acordo da OMC, já citado anteriormente, sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, que se aplica a subsídios oferecidos e investidores estrangeiros, caso as vantagens estejam relacionadas a atividades de comércio em bens. Este acordo proíbe uma grande amplitude de incentivos, entre os subsídios às exportações e subsídios designados a aumentar o conteúdo local de

produtos manufaturados. Quaisquer outros subsídios que estejam relacionadas à firma, indústria ou região específica são acionáveis na OMC, desde que causem prejuízo ou sérios danos ao mercado doméstico de outro membro da organização ou mesmo ao mercado mundial do produto.¹⁴

Contudo, o acordo reconhece que existem importantes implicações da utilização de incentivos em políticas nacionais de desenvolvimento, e por isso existem algumas exceções ao acordo, como por exemplo o fato de alguns PEDs serem isentos com relação à proibição de subsídios às exportações; ou então um grupo de países que teve os períodos de transição estendidos por mais alguns anos.

No Acordo Chile x EUA observa-se o tratamento ao tema incentivos no Artigo sobre Critérios de Desempenho, estabelecendo que alguns incentivos (já citados anteriormente no texto), podem ser vinculados a critérios de desempenho específicos. Além das observações contidas nesse artigo, nada mais é falado sobre incentivos, pelo menos no capítulo de investimentos do Acordo.

Se os incentivos são, em determinadas circunstâncias, desejáveis e potencialmente bem sucedidos em atrair novos investimentos, então por que não permiti-los? Por que não direcionar IDE para atuar de maneira desejável pelo país, se é reconhecida a sua capacidade de influenciar positivamente em medidas de desenvolvimento econômico?

Um ponto relevante na discussão sobre incentivos é a diferente capacidade entre os PDs e PEDs de oferece-los. Os PDs deveriam sofrer algum tipo de restrição (no que toca incentivos financeiros para localização de plantas)? Muitos economistas acreditam que sim, uma vez que a disparidade entre a capacidade financeira entre esses dois grupos de países é gritante. É como o caso dos gigantescos subsídios às exportações dos PDs, que distorcem o comércio internacional de produtos agrícolas, prejudicando especialmente os países mais pobres.

¹⁴ A definição do que sejam incentivos é bastante ampla, e se encontra no Artigo I do Acordo em Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, incluindo possíveis incentivos fiscais e financeiros até provisões de terras e infra-estrutura abaixo do preço de mercado.

Na verdade, pode-se dizer que na falta de um acordo internacional que discipline a matéria incentivos (o que denuncia a falta de cooperação entre os países, sejam eles PDs ou PEDs), e num ambiente global cada vez mais competitivo pelo IDE, as ETs acabam sendo as grandes beneficiadas (se não, muitas vezes, as únicas beneficiadas). Adiciona-se ainda a ressalva sobre o fato de que a atração por IDE não deve ser realizada de maneira predatória, com os PEDs competindo entre si de maneira negativa que comprometa seus objetivos de desenvolvimento.

7) Política de Defesa da Concorrência

O IDE pode gerar efeitos indesejados nos PEDs caso existam práticas restritivas de negócios, abusos de posições dominantes nos mercados ou processos excessivos de Fusões e Aquisições (F&A) entre países (práticas anticompetitivas ou monopolísticas). À medida que a liberalização dos investimentos aumenta, o reforço das Leis e Políticas de Concorrência (Defesa da Concorrência) também se mostra mais necessário. A maior dificuldade para os PEDs é adotar estruturas legais efetivas e sistemas de monitoramento e coação. Apesar da importância do tema, assuntos de concorrência são raramente abordados em AIIs.

Práticas restritivas de negócios por parte de grandes corporações podem limitar, e até mesmo anular, os impactos perseguidos por políticas nacionais de desenvolvimento. Exemplos são a redução de exportações e a limitação do uso de certas tecnologias. Práticas monopolísticas são igualmente preocupantes, e podem resultar de intensos processos de F&A extraterritoriais. Quando a entrada de IDE ocorre por meio de F&A, a preocupação com conseqüências de ações anticompetitivas deve ser redobrada. Inicialmente se deve atentar para o número de competidores. Depois, para o fato de que o IDE advindo de processos de F&A não necessariamente resulta em novas capacidades instaladas. Por isso os governos geralmente regulam as práticas privadas na fase de entrada e “pós-entrada” (*entry and post-entry*) do IDE.

Nos anos 80, menos de 40 países – a maioria PDs – apresentavam Leis de Concorrência. Em 1996 o total de países que haviam adotado tais leis era de 77, e em 2003 esse número chegou a 93 países. Alguns PEDs e países de economias em transição adotaram modelos de PDs (WIR 1997). Contudo, afirma-se em (UNCTAD 2002g) que o ideal para os PEDs é adotar diferentes modelos de acordo com suas necessidades, levando em consideração seus sistemas jurídicos, níveis de desenvolvimento, cultura de negócios etc.

Como dito anteriormente, a maioria dos AIIs não trata de assuntos de Defesa da Concorrência. No âmbito multilateral existe um único instrumento que cobre todos os aspectos de regulação da competição, o qual seja o *UNCTAD Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*. Esse documento é o único em âmbito global que lida com a relação entre políticas nacionais de desenvolvimento dos PEDs e o controle de práticas anticompetitivas; mas especialistas da UNCTAD acreditam que a tendência é a de incluir provisões sobre concorrência em futuros AIIs e acordos de livre comércio (ALCs). E mesmo, mais a fundo, adotar autoridades supranacionais de regulação da concorrência em acordos de integração econômica, como ocorreu por exemplo na União Européia e no Mercosul.

No **Acordo Bilateral Chile x EUA**, o tema não é tratado no capítulo de investimentos, mas sim num capítulo à parte, o **Capítulo 16 sobre Política de Defesa da Concorrência, Monopólios e Empresas Estatais**. Por não estar presente no capítulo que foi objeto de pesquisa da monografia, deixaremos de lado a análise mais detalhada de tal capítulo. A única observação pertinente para o momento é a de que, caso surjam litígios sobre tais temas, a princípio a Seção B do capítulo de investimentos não se aplica (soluções de controvérsias entre investidor e Estado).

Finda a análise da Seção A do Acordo, passa-se agora à segunda parte, com as considerações sobre a Seção B, sobre resoluções de controvérsias entre Estado-membro e Investidor. Dado que uma análise muito profunda e detalhada desta seção foge ao escopo da proposta de trabalho da monografia (por se tratar mais especificamente de matéria de Direito do que de Economia), o que se pretende em

seguida é apresentar, brevemente, os principais pontos da seção sobre a solução de controvérsias. Desse modo espera-se que fiquem claras as medidas que refletem diretamente no objetivo do trabalho (análise dos artigos que afetam políticas nacionais de desenvolvimento, de acordo com o WIR 2003), sem cair numa análise por demais detalhada e “jurídica” da seção, que desviaria a atenção para detalhes do procedimento jurídico de arbitragens.

8) Solução de controvérsias

Os dois assuntos principais na discussão sobre solução de controvérsias são: 1) a inclusão de possibilidade de disputas entre Investidor e Estado. Mais e mais os AII's têm incluído artigos que permitem a entidades privadas processarem governos. Esse fato muitas vezes faz com que governos se vejam inibidos de praticar políticas regulatórias, temendo que elas sejam questionadas frente a tribunais internacionais ou mecanismos de arbitragem. E 2) a autonomia das disputas em matéria de investimentos com relação a outros órgãos que poderiam ser consultados para se resolver situações de conflito. Questiona-se qual deve ser o equilíbrio entre métodos nacionais e internacionais de solução de controvérsias em matérias de IDE, lembrando que existe a nível internacional um método de resolução de conflitos comerciais entre países, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (que abrange conflitos surgidos no âmbito dos acordos GATS e TRIMS).

Artigos sobre solução de controvérsias são geralmente incluídos em AII's para dar mais segurança ao investidor, que prefere ser protegido por regras internacionais do que leis domésticas de tratamento ao tema investimento. Normalmente são estabelecidos órgãos de arbitragem entre o investidor e o Estado receptor, que podem ser *ad hoc* (com painel e procedimentos decididos entre os membros signatários do acordo), ou podem respeitar regras institucionalizadas por um sistema internacional de arbitragem. A abordagem ao tema varia bastante entre os acordos, e dependendo do caso o investidor pode somente recorrer a soluções dentro

do aparato jurídico doméstico, ou então pode recorrer diretamente a órgãos internacionais especializados na matéria.

Para o solucionamento efetivo de uma controvérsia, é necessário que o método escolhido seja o mais rápido, informal, amigável e barato quanto possível. Nos últimos anos muita atenção tem sido dada a mecanismos alternativos de solução de controvérsias, evitando procedimentos por cortes nacionais ou internacionais. Eles geralmente incluem métodos diretos de solucionamento através de negociações e métodos informais envolvendo terceiras partes, como a provisão de bons ofícios, mediações e conciliações.

Brevemente, passemos às definições dos métodos informais citados acima (que envolvem a participação de terceiras partes). Bons ofícios: envolve a participação de uma terceira parte, de “ligação” entre as partes em disputa, e transmite o posicionamento de cada parte à outra envolvida. Não participa com sugestões para chegarem à solução. Mediação e conciliação: a terceira parte tem um papel mais ativo na resolução da controvérsia, à medida que pode oferecer sugestões para o fim do conflito e atuar na prática para que o embate seja solucionado.

Já na arbitragem, a terceira parte tem o direito e a autoridade para determinar a solução da controvérsia independentemente da vontade das partes envolvidas (WIR 2003, pág. 140). Segundo o direito internacional tradicional, somente devem ser acionados mecanismos de solução de controvérsias informais envolvendo terceiras partes quando os métodos informais forem esgotados na busca pela solução (através de procedimentos bilaterais, diretos, informais e amigáveis). E somente quando todos os métodos informais citados anteriormente falharem é que se deve procurar por mecanismos de arbitragem.

A desconfiança dos investidores com relação aos marcos regulatórios dos PEDs é que gera a preferência, por parte desses agentes, por mecanismos de solução de controvérsias que obedeçam a padrões internacionais de disputa e procedimento. Tal desconfiança pode ter uma origem verdadeira ou não. Muitas vezes a desconfiança do investidor está baseada em diversos outros fatores que não refletem

fielmente o arcabouço jurídico do país em questão. Outras vezes a desconfiança procede, e, portanto, o país receptor se vê obrigado a aceitar mecanismos de disputas até então alheios ao seu sistema jurídico, de modo que o ambiente se torne mais comprometido com a proteção ao IDE.

Segundo (WIR 2003), um sistema institucionalizado de arbitragem é preferível a um sistema *ad hoc*, por vários motivos. Entre eles a sujeição do país e dos investidores aos procedimentos impostos pelo sistema. Ou então a maior plausibilidade e aplicabilidade das recompensas impostas aos perdedores nas arbitragens (e também o maior poder de obrigar os perdedores a paga-las). Existe atualmente um sistema que trata de disputas em matéria de investimentos entre investidores e Estados - através de procedimentos de conciliação e arbitragem – que é o ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), do Banco Mundial.

A partir do ano de 1965, quando a ICSID foi instituída, pela primeira foram permitidas disputas entre Estados, de um lado, e investidores, de outro. Até então (e atualmente em acordos de livre comércio), somente Estados poderiam processar outros Estados. A maioria dos AII, bilaterais e regionais, incluem provisões sobre disputas Investidor x Estado. Muitos deles são embasados pelo sistema ICSID de solução de conflitos. Ele oferece procedimentos estruturados para disputas internacionais em investimentos, cobrindo jurisdição, iniciação dos processos, estabelecimento e seleção de painéis, escolha das leis aplicáveis, regras de procedimento, evidência, reconhecimento e obrigatoriedade de compensações financeiras (UNCTAD 2003i).

Grande parte dos acordos (como é o caso do Acordo Bilateral Chile x EUA), dá às partes o direito de escolher entre o sistema ICSID e outros sistemas internacionais de arbitragem. O *UNCITRAL Arbitration Rules (United Nations Commission on International Trade Law)* é o mais comum deles (UNCTAD 1998a).

Esses sistemas contêm regras detalhadas sobre os mecanismos de resolução de controvérsias, como a constituição dos tribunais de arbitragens, consolidação das

reivindicações, leis aplicáveis, natureza dos *remedies*, e finalidade e imposição de compensações financeiras. Seguindo essa abordagem, AIIs adicionam modificações e detalhes variados, de acordo com suas especificidades.

Dois pontos focais são identificados por (WIR 2003) para a negociação de futuros acordos em investimentos. Primeiro, um ponto já relativamente desenvolvido até aqui, sobre a inclusão de disputas entre investidores e Estado. Esta alternativa à tradicional solução diplomática de disputas (Estado x Estado) é defendida pelos agentes privados, que dizem diminuir a “politização” do processo decisório.

Outro argumento é o de que no complexo sistema das ETs, fica cada dia mais difícil designar, com absoluta certeza, qual o Estado responsável pela defesa diplomática da empresa em questão (definir qual a nacionalidade da corporação). Além disso, as filiais têm a mesma nacionalidade dos países nos quais se instalam, tornando ainda mais difícil a proteção diplomática.

Um crítica que pode ser feita à cláusula Investidor x Estado em AIIs, é a de que, ao contrário da proteção diplomática (discrecionária e politicamente sensível), ela pode suscitar um número maior de reclamações por parte das empresas, reivindicações que nem sempre procedem, e são muitas vezes inúteis, irresponsáveis e exageradas. Além disso, os procedimentos de solução de controvérsias se tornam cada vez mais caros. E as compensações podem assumir cifras gigantescas, não condizentes com a capacidade financeira de PEDs de reparar os danos reclamados. No momento de definição dos valores a serem pagos, o impacto negativo sobre a economia deveria ser levado em consideração. Mesmo órgãos de arbitragem internacional requerem dos PEDs recursos e *expertise* nem sempre disponíveis.

A escolha pela internacionalização significa renúncia de parte da soberania e controle doméstico sobre a solução do conflito; e caso não se dê atenção ao aprimoramento local, o desenvolvimento de *expertise* doméstica e redução de custos dificilmente acontecerão. Por isso muitos especialistas reforçam a importância de, primeiro se esgotar todas as possibilidades domésticas de solucionamento, e somente quando essas forem insuficientes recorrer a procedimentos internacionais.

O segundo ponto focal levantado pelo relatório anual da UNCTAD, com relação ao tema solução de controvérsias em matéria de investimentos, é a participação de terceiros em processos que sejam dos seus interesses. Como por exemplo o direito de assistir a audiências oficiais em tribunais nacionais, ou mesmo em painéis de arbitragem. A comunidade internacional, especialmente através de ONGs (Organizações Não-Governamentais), tem brigado muito por essa participação (direito de acesso à justiça por grupos ou indivíduos), que é ainda mais relevante em PEDs.

Outra medida com relação à boa prática arbitral é a possibilidade de revisão da dimensão de desenvolvimento em disputas de investimentos. Casos sob a jurisdição do ICSID e de AIs em geral deveriam ser públicos, abertos. Outras sugestões: procedimentos abertos e transparentes, incluindo acesso público às audiências, publicação completa das decisões e compensações a serem pagas – devidamente justificadas -, e a possibilidade de apelação frente a compensações que não tenham sido estipuladas por sistemas institucionais especializados no assunto.

No **Acordo Bilateral Chile x EUA** existe uma seção inteira dedicada ao tema solução de controvérsias, a **Seção B, Artigos de Solução de Controvérsias entre Investidor x Estado**. Entre os Artigos 10.14 a 10.26, serão tratados aqui os aspectos mais relevantes dessa parte do capítulo para a monografia. Logo de início, uma primeira observação que se pode fazer é a de que o Capítulo nem mesmo trata de soluções de controvérsias entre Estados. Somente entre Estado e Investidores.

O **Artigo 10.14, Consultas e Negociações**, diz que caso surja alguma disputa relacionada a investimentos, tanto o reclamante quanto o reclamado devem inicialmente procurar resolver a disputa através de consultas e negociações, que deve incluir o uso de procedimentos não-obrigatórios e com participação de terceiros. É como foi afirmado acima, que primeiramente deve-se buscar por meios mais “amigáveis” de solução dos litígios, antes de recorrer ao tribunal de arbitragem.

Segundo o **Artigo 10.15, Submissão de Reclamações à Arbitragem**, caso uma das partes considere que a disputa sobre investimento não pode ser resolvida

através de consulta e negociação, o reclamante deve submeter para arbitragem, sob esta seção do acordo, uma reivindicação onde o reclamado tenha infringido uma obrigação contida na Seção A ou no Anexo 10-F, uma autorização de investimento ou um acordo de investimento que tenham ocasionado ao reclamante perda ou dano por razão, ou como consequência, da infração.

O reclamante pode submeter à arbitragem, sob esta seção, uma reivindicação contra ações de um monopólio ou uma empresa estatal que exerça autoridade governamental delegada a ela, conforme descrito nos Artigos sobre Monopólios Designados e Empresas Estatais.

Somente violações de obrigações que se enquadrem dentro da Seção A ou Anexo 10-F deste capítulo podem ser motivo de encaminhamento de reivindicação à arbitragem sob a Seção B deste capítulo, nenhuma outra violação, a outros artigos do Acordo, poderão valer-se dos artigos da Seção B do capítulo de investimentos.

Pelo menos 90 dias antes de submeter a reclamação à arbitragem sob esta seção, o reclamante deve notificar o reclamado sua intenção de submeter a reivindicação à arbitragem (*notice of intent*), que deve conter algumas informações, obrigatoriamente.¹⁵

Passados 6 meses desde o acontecimento dos eventos que deram motivo à reclamação, o reclamante pode submeter a reivindicação sob as regras da *ICSID Convention (International Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, realizada em Washington, em 18 de março de 1965, do qual os EUA faz parte desde a sua assinatura, e o Chile faz parte desde janeiro de 1991); sob as regras do *ICSID Additional Facility Rules* (que significa *Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the ICSID*, onde não é necessário que as duas partes envolvidas sejam signatárias do acordo, bastando que apenas uma o seja); sob as regras de arbitragem da *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law*, que possui regras específicas sobre arbitragem); ou se de comum acordo

¹⁵Art. 10.15 (4), incisos de a) a d) do Acordo.

entre as partes, qualquer outra instituição de arbitragem ou sob quaisquer outras regras de arbitragem. Pela leitura das afirmações acima retiradas do Acordo, pode-se dizer que a escolha sobre as regras a nortear o processo arbitral é um tanto quanto flexível.

A **escolha dos árbitros**, assunto abordado no **Artigo 10.18**, se dá por: a menos que as partes concordem de outra maneira, o tribunal deve ser composto por 3 árbitros, sendo dois deles apontados por cada parte envolvida e o terceiro, que deve ser o árbitro presidente, apontado em comum acordo pelas partes.

No **Artigo 10.20, sobre Transparência dos Procedimentos Arbitrais**, o tribunal deve conduzir audiências abertas ao público e deve determinar, em consulta com as partes envolvidas, os arranjos logísticos para tal. Contudo, qualquer parte que pretenda utilizar informações tidas como informações confidenciais de negócios ou informações privilegiadas ou protegidas de divulgação sob a lei de seu Estado em audiências, deve notificar o tribunal sobre o fato. Por sua vez o tribunal deve tomar as devidas medidas para proteger a informação sigilosa.

Nada nesta seção obriga a parte reclamada a compartilhar informações confidenciais de negócios ou informações que sejam objeto de privilégios ou protegidas de divulgação sob a lei do seu Estado, ou então fornecer ou permitir acesso a informações que podem ser resguardadas de acordo com o Artigo 23.2 (Segurança Essencial) e Artigo 23.5 (Revelação de Informação). O tribunal decide qualquer objeção relacionada à designação de informações tidas como confidenciais ou protegidas de revelação sob a lei do Estado membro. Ou seja, caso requisitado pelas empresas reclamantes, as audiências podem ser realizadas secretamente.

Sobre o pagamento das **compensações ou indenizações**, o **Artigo 10.25** institui que quando um tribunal estabelece uma sentença a ser paga pelo reclamado, o mesmo deve estabelecer, separadamente ou em combinação, somente: danos financeiros e taxas de juros aplicáveis; restituição de propriedade, onde a sentença pode ser paga pelo reclamado (em dinheiro mais as taxas de juros aplicáveis), em lugar da restituição. Um tribunal pode também estabelecer custos e gastos com

advocacia de acordo com esta Seção e as regras de arbitragem aplicáveis. O tribunal não pode estabelecer indenizações por danos que sejam meramente punitivas.

A sentença proclamada pelo Tribunal não tem poder vinculante exceto entre as partes envolvidas e em respeito do caso particular. A despeito da decisão do caso e o aplicável procedimento de revisão da sentença, a parte envolvida deve concordar com a sentença e cumpri-la sem atrasos. Cada parte deve tomar as devidas medidas para que as sentenças sejam cumpridas, obrigatoriamente, dentro de seu território.

Sobre a Seção B pode-se afirmar que, ao ser a maior parte do Acordo, reflete a natureza do mesmo, que é a de proteção aos investimentos. Algumas críticas podem ser feitas quando tomamos como base características favoráveis ao desenvolvimento (sem nos aprofundarmos, a priori, nos aspectos mais jurídicos do Acordo). Para o processo de solução de controvérsias não existe no Acordo, tampouco nas regras do ICSID, uma definição do que sejam reclamações excessivas ou “abusivas”. Em nenhum artigo existem afirmações sobre o mérito das reclamações que podem ser levadas a arbitragem, o que nos faz desconfiar da possibilidade de que um número exagerado de reclamações seja levado a julgamento. Além da falta de critério sobre quando uma causa é plausível ou não, isso acaba minando o poder do Estado de realizar políticas públicas por receio de ser levado à arbitragem, e ter de pagar quantias astronômicas a empresas privadas (cifras nunca menores do que milhões de dólares).

Um dos pontos positivos nos dispositivos sobre arbitragem é que, ao escolher por um julgamento no aparato jurídico nacional do Estado receptor, o investidor não pode, depois de perder uma causa nacionalmente, buscar por uma segunda interpretação do caso em sistemas internacionais de arbitragem (problema do “*second guessing*”). Mas se existe a possibilidade de utilizar processos de arbitragem, as chances de que um investidor opte pelo sistema jurídico nacional é reduzida, praticamente limitada a casos onde os custos da arbitragem sejam muito elevados.

Do ponto de vista político, a possibilidade de solução de conflitos via disputas entre Estado x Estado não seria preferível? Uma vez que o Estado vê a disputa dentro de um contexto mais amplo, dentro de todas as suas relações com o outro Estado, com certeza ele seria mais cauteloso em mover processos contra outro Estado, levando em conta todo o conjunto de suas relações diplomáticas.

Alguns anexos do acordo serão descritos a seguir. O **Anexo 10-A, sobre Direito Internacional Tradicional**, diz que os membros entendem o termo “direito internacional tradicional” como o resultado da prática geral e consistente dos Estados que seguem um senso de obrigação legal. Para o Artigo 10.4, o padrão mínimo de tratamento de estrangeiros no direito internacional tradicional refere-se a todos os princípios do direito internacional tradicional que protegem os direitos e interesse econômicos dos estrangeiros.

O **Anexo 10-B, sobre a Dívida Pública Chilena**, afirma que a renegociação dos débitos chilenos não está sujeita a nenhuma provisão da Seção A, exceto aos Artigos 10.2 e 10.3 (Tratamento Nacional e Tratamento da Nação Mais Favorecida, respectivamente).

Já o **Anexo 10-C, sobre Provisões Especiais sobre Solução de Controvérsias para o Chile**, atesta que quando o Chile for a parte reclamada em uma reivindicação, por motivo que não seja pertinente ao Artigo 10.3 (Tratamento da Nação Mais Favorecida), que seja resultado da imposição de medidas restritivas com relação a pagamentos e transferências, a Seção B se aplica, exceto quando modificado por provisões como: o prazo de um ano para que o reclamante faça a reivindicação, obrigatoriamente; perdas e prejuízos resultantes da restrição de mobilidade de capitais devem se restringir à redução em valor das transferências, e deve excluir a penalização por perdas de lucros e oportunidades de negócios, ou qualquer dano incidental ou em decorrência do fato, que sejam similares aos citados acima.

Quando se tratar de transferências de rendimentos de investimento direto externo feito por investidores dos EUA (exceto finanças relacionadas à dívida externa chilena), o prazo de 1 ano citado acima não se aplica. Não é válido também quando se tratar de investimentos que tenham o claro propósito de ganhar acesso direto ou indireto ao mercado financeiro chileno, ou pagamentos frente a um empréstimo ou *bond* captados num mercado exterior, incluindo finanças de débito inter e intra-firma entre empresas afiliadas feitas exclusivamente para a condução, operação, gerenciamento, ou expansão das afiliadas em questão, desde que tais

pagamentos sejam feitos de acordo com a data de maturação acordada no contrato de empréstimo ou *bond*.

Os EUA não pode entrar com uma reivindicação arbitral sob o Capítulo 22 (Solução de Controvérsias), em relação à imposição de medidas restritivas por parte do Chile em matéria de pagamentos e transferências até que um ano tenha se passado desde o acontecimento dos eventos que deram origem à disputa. Ainda, medidas restritivas a pagamentos e transferências relacionadas a medidas sob este Anexo devem se submeter à lei doméstica aplicada.

No **Anexo 10-D, sobre Expropriação**, os membros confirmam comum conhecimento de que: o Artigo 10.9 reflete os princípios do direito internacional tradicional condizentes com expropriação. Uma ação ou uma série de ações não pode constituir expropriação a menos que interfira num direito de propriedade tangível ou intangível ou interesse na propriedade em um investimento. O mesmo Artigo abarca dois tipos de expropriação: a direta e a indireta. A primeira, quando um investimento é nacionalizado ou diretamente expropriado através de transferência formal de título ou confisco.

A segunda, quando uma ação ou série de ações de um membro possui efeitos equivalentes à expropriação direta, mesmo que sem a transferência formal da propriedade ou confisco. A determinação do que se caracteriza como expropriação indireta se dará caso a caso, e considerará fatores como o impacto econômico da ação governamental; a extensão com a qual a ação governamental interfere com as expectativas razoáveis dos investimentos e o caráter da ação governamental.

CONCLUSÕES

O Acordo Bilateral estudado na monografia apresenta características de um acordo feito para, essencialmente, proteger os investimentos. Esse objetivo é muito mais evidente do que a liberalização dos fluxos *per se*. Tal fenômeno pode ser observado em diversos artigos, especialmente na Seção B, que trata dos litígios entre Investidor e Estado. Na verdade, a grande maioria dos acordos bilaterais em investimentos – e capítulos de IDE em acordos comerciais mais amplos – tem como objetivo a proteção do investimento, dado que os PDs e seus investidores vêem a fragilidade dos sistemas jurídicos dos PEDs como um dos principais entraves ao aumento dos fluxos.

No momento da negociação de AIIs entre PEDs e PDs, deve ser levado em conta o fato de que existem diferenças estruturais gritantes entre economias pertencentes a esses dois grupos de países. E mesmo dentro de cada grupo, existem as especificidades de cada economia, que demandam por diferentes abordagens com relação ao tema investimentos. Ou pelo menos deveriam demandar. O acordo estudado, quando comparado brevemente com outros acordos liderados pelos EUA (NAFTA e ALCA), não parece apresentar uma fórmula específica, que leva em conta as características únicas da economia chilena. Ao contrário, quando comparados os acordos apresentam uma fórmula única de proteção aos investimentos, como se o grau de desenvolvimento dos EUA e dos PEDs em questão (Chile, México e Brasil) fossem iguais. E mais ainda, como se os perfis e necessidades de investimentos desses três países também não apresentassem características próprias.

Uma indagação pessoal surgida durante os estudos para a composição da monografia foi: por que a palavra soberania está tão fora de uso em AIIs? Não somente no caso estudado, mas também no âmbito multilateral (Acordo TRIMS) e vários outros exemplos de acordos lidos, me parece clara a falta de artigos e cláusulas que defendam claramente o direito do Estado de realizar políticas regulatórias e vislumbrar metas nacionais de desenvolvimento. Na Declaração da Rodada Doha da OMC, existem três parágrafos sobre futuros acordos em investimentos sob o âmbito da organização. Dos parágrafos 20 a 22 é feito um esboço do que seria uma

abordagem mais “*development-oriented*” - como costuma denominar a UNCTAD – de tratamento a investimentos. Em tempo: as negociações no tema investimentos foram suspensas na OMC, e um acordo multilateral de investimentos que leve em conta artigos direcionados ao desenvolvimento também não parece ser consenso entre PEDs e PDs.

Como uma das principais conclusões ao fim do trabalho, está a afirmação da necessidade dos PEDs de não abrirem mão de incluir em AIIs cláusulas que lhes sejam favoráveis. Não se pode abrir mão do direito soberano do Estado de regular, e do direito soberano de elaborar políticas nacionais de desenvolvimento integradas ao desejo de atrair e se beneficiar de mais investimentos externos. Por que não fazer uma entrada seletiva de IDE, por exemplo, para os setores mais necessitados do mesmo? Ou então para os setores que apresentem maiores conteúdo tecnológico ou dinâmica exportadora? Essas medidas somente podem ser tomadas mediante algum espaço de manobra para os PEDs em acordos internacionais.

Além da assinatura de bons acordos no nível externo, domesticamente existe a necessidade de integração das políticas de IDE em âmbito nacional. Integrar estratégias de desenvolvimento em diferentes áreas e focalizar em melhorias da produtividade, desenvolvimento de capacitação local, e aprimoramento tecnológico, podem ser boas opções para PEDs que desejam se beneficiar de fato do IDE, mais do que somente aumentar os fluxos de investimento para o país. Aliás, várias experiências demonstram que o aumento dos fluxos do IDE por si só não trouxe crescimento e desenvolvimento para alguns países latino-americanos.¹⁶ Mais do que isso, integração e complementaridade de ações, em diferentes âmbitos governamentais, são essenciais para o melhor aproveitamento dos fluxos de investimentos.

Uma série de artigos favoráveis ao desenvolvimento poderia ser citada. Contudo, como o objetivo do trabalho não é propor soluções ou diretrizes para novos AIIs, apenas serão citadas algumas considerações levantadas durante a composição da monografia. Sobre o aspecto da definição de investimentos, como dito

¹⁶ Ver (Nunnemkamp & Pant 2003).

anteriormente, preferência deveria ser dada a listas positivas de comprometimento. Quanto mais precisa for a definição, maior raio de manobra para PEDs lidarem com fluxos de capitais de curto prazo. AIIIs deveriam incluir exceções em suas definições para quando ocorrerem crises de BP, ataques especulativos ou contágio por crises financeiras internacionais. Ou seja, quanto mais medidas para se evitar os capitais voláteis, melhor. Uma solução apontada por (WIR 2003) seria adotar uma definição mista, para diferentes propósitos (estrita para liberalização dos capitais, e ampla para proteção).

Com relação à expropriação e pagamento de indenizações, e também à solução de controvérsias, alguns artigos são incluídos em acordos pois apresentam maiores garantias aos investidores, melhoram o “clima” para o IDE. Mas muito cuidado deve ser dispensado ao se assinar acordos com cláusulas desse tipo, pois muitas vezes eles impõem um controle exagerado sobre a soberania dos países em tomar decisões que julguem condizentes com suas políticas nacionais de desenvolvimento. Ao garantir máxima proteção e segurança ao investimento, acabam por desconsiderar totalmente os interesses públicos do Estado. É a discussão que se tentou enfatizar através de toda a monografia, do equilíbrio entre proteção/liberalização de IDE e a manutenção de espaços nacionais para políticas de desenvolvimento.

Assim como no âmbito multilateral de comércio (OMC) existem cláusulas de tratamento especial e diferenciado para países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, em AIIIs também deveria existir um tratamento que leve em conta as especificidades e dificuldades dos países mais pobres. Em artigos sobre tratamento nacional e nação mais favorecida a inclusão de exceções e salvaguardas é essencial.

Se as ETs podem demandar por tanta proteção quando da assinatura de acordos, por que em outros aspectos - como transferência de tecnologia e exigência de critérios de desempenho – não pode o Estado fazer o mesmo, exigindo algumas contrapartidas? Contrapartidas essas que acabam por beneficiar também as ETs, pois o desenvolvimento e crescimento econômico locais afetam, mais tarde, o próprio desempenho e lucros futuros da empresa.

Se o Acordo Bilateral Chile x EUA é um bom acordo ou não, isso cabe ao governo do Chile decidir. Aliás, se ele aceitou os termos do acordo então existem motivos para tal. Mas olhando do ponto de vista de políticas nacionais de desenvolvimento ligadas ao tema IDE (através dos parâmetros citados pela UNCTAD como sendo os pontos sensíveis em negociações de AAls para PEDs), pode-se afirmar que o acordo não apresenta cláusulas satisfatória nesse ponto de interpretação mais amigável ao desenvolvimento. Pelo menos no seu capítulo sobre investimentos, o Acordo deixa muito a desejar quando se trata da manutenção de espaços nacionais para formulação de políticas públicas na área.

Como observação final, diria que o Acordo não deve ser tomado como modelo para futuras negociações em AAls por parte de PEDs, entre eles o Brasil. Dados o tamanho de sua economia, sua importância no contexto regional, sua diversidade industrial, e acima de tudo sua enorme dívida social e a necessidade de desenvolvimento, um país que teoricamente teria poder de barganha para negociar acordos com cláusulas mais favoráveis ao desenvolvimento não pode se contentar com um acordo como esse, onde a maioria das questões relevantes para PEDs não é abordada.

Referências Bibliográficas

CONSUMER UNITY AND TRUST SOCIETY, (2003), “Strategising Investment for Development”, Jaipur.

DOLZER, Rudolf (2002), “Indirect expropriations: new developments?”, New York University Environmental Law Journal, 11, 1, pág. 64 a 93.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (1993), “Balance of Payments Manual: Fifth Edition”, Washington, D.C. : IMF).

KIM, Linsu (2002), “Technology transfer and intellectual property rights: lessons from Korea’s experience”, Geneva: UNCTAD-ICTSD.

NUNNENKAMP & PANT (2003), “Why the Case for a Multilateral Agreement on Investment Is Weak”, Kiel Institute of World Economics (IfW) / Germany.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (1996), “Benchmark Definition of Foreign Direct Investment”, Paris, OECD, Third Edition.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (1996), World Investment Report, “Investment, Trade and International Policy Arrangements”, New York and Geneve.

_____ (1997), World Investment Report, “Transnational Corporations, Market Structure and Competition”, New York and Geneve.

_____ (1998a) “Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s”, New York and Geneve.

_____ (1999), World Investment Report, “Foreign Direct Investment and the Challenge of Development”, New York and Geneve.

_____ (2000), World Investment Report, “Cross-border Mergers and Acquisitions and Development”, New York and Geneve.

_____ (2000b) “Taking of Property”, UNCTAD Series on issues in international investments agreements, New York and Geneve.

_____ (2001), World Investment Report, “Promoting Linkages”, New York and Geneve.

_____ (2002), World Investment Report, “Transnational Corporations and Export Competitiveness”, New York and Geneve.

_____ (2002g) “Model Law on Competition”, New York and Geneve.

_____ (2003), World Investment Report, “FDI policies for Development: National and International Perspectives”, New York and Geneva.

_____ (2003i) “Dispute Settlement: Investor-State”, UNCTAD Series on issues in international investments agreements, New York and Geneva.

_____ (2004), World Investment Report, “The Shift Towards Services”, New York and Geneva.

WALDE, Thomas (2003), “Investment arbitration under the ECT in light of NAFTA jurisprudence”, Apresentação feita na RIZ/Universidade de Cologne, Conferência sobre Arbitragem em Investimentos, Junho.

WORLD TRADE ORGANISATION (1995), “General Agreement on Trade in Services. The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. The Legal Texts (Geneva: WTO).

_____ (2002b),

Na internet

www.sice.oas.org - Sistema de informações sobre comércio exterior da OEA (Organização dos Estados Americanos)

www.unctad.org - UNCTAD

www.unctad.org/fdiestatistics - estatísticas da UNCTAD sobre investimentos

www.ustr.gov - United States Trade Representative

www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/ - Department of Foreign Affairs and International Trade , Canada

www.wto.org - Organização Mundial do Comércio

www.ftaa-alca.org - Área de Livre Comércio das Américas (ALCA)