Fernando Paulo de Mello Barreto Filho

O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros

COLEÇÃO CURSO DE ALTOS ESTUDOS
DO INSTITUTO RIO BRANCO

Fernando Paulo de Mello Barreto Filho

O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros

Instituto Rio Branco
Fundação Alexandre Gusmão
Centro de Estudos Estratégicos

Brasília-DF
1999

Ministro FERNANDO PAULO DE MELLO BARRETO FILHO - Vigésimo Nono Curso de Altos Estudos (1994), com Banca Examinadora integrada pelos Embaixadores, Jório Dauster Magalhães e Silva, Gelson Fonseca Junior, pelo Ministro Raphael Valentino Sobrinho e pelo Professor Marcelo de Paiva Abreu.

© Fundação Alexandre Gusmão

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Barreto Filho, Fernando Paulo de Mello

O tratamento nacional de investimentos estrangeiros / Fernando Paulo de Mello Barreto Filho — Brasília : Instituto Rio Branco ; Fundação Alexandre Gusmão ; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

163 p. ; il. 21 cm. (Coleção de Altos Estudos do Instituto Rio Branco)

Inclui anexo.

1. Investimento estrangeiro - Brasil. 2. Política interna - Capital estrangeiro. I. Título . II. Série.

CDU 330.3 (81)

PREFÁCIO

A redação do presente trabalho foi concluída em meados de 1994. Desde então, a questão de regras para investimentos vem atraindo a atenção de diversos foros internacionais. Assim, desde 1995, a OCDE está negociando um Acordo Multilateral de Investimentos, a ser aberto à assinatura também de países não membros daquela organização; em abril de 1996, na reunião de Midrand, a UNCTAD recebeu mandato para examinar a questão de investimentos; e em dezembro de 1996, a Organização Mundial do Comércio-OMC decidiu constituir grupo de trabalho para estudar a relação entre comércio e investimentos.

Nesses diversos foros, o tema relativo a tratamento nacional, objeto desta monografia, vem sendo ou deverá ser examinado. Para sua melhor compreensão pelos que dele estejam tratando ou venham a tratar, a informação contida neste trabalho continua válida — e espero que útil. Tem particular relevância para esse fim a parte central do trabalho (capítulos III a X), ou seja, a análise da evolução das regras sobre investimentos no plano bilateral, regional ou plurilateral

Cabe, no entanto, menção a importantes alterações à legislação brasileira (Capítulos XI e XII) referente a investimentos estrangeiros ocorridas desde a redação desta monografia. Significativas mudanças na Constituição federal e na legislação ordinária contribuíram para assegurar o "tratamento nacional" de investimentos estrangeiros no país. A mais importante dessas alterações foi, sendo dúvida, a eliminação da diferenciação entre empresas de capital estrangeiro e nacional prevista no Artigo 171 da Constituição federal (Emenda Constitucional No. 6, de 15 de agosto de 1995). Concorreram igualmente para a diminuição de restrições as alterações dos artigos da Constituição referentes ao setores de petróleo, gás canalizado, mineração, transporte de cabotagem, telecomunicações e seguros (Emendas Constitucionais, 5, 6, 7, 8, 9 e 13). Diante dessa recente evolução legislativa nacional, uma negociação de regras internacionais para investimentos por parte do Brasil envolveria menor número de reservas ou exceções à cláusula de tratamento nacional do que aquele previsto quando da redação desta monografia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

Parte I - FLUXOS E FATORES DE INVESTIMENTOS

CAPÍTULO I - OS FLUXOS DE INVESTIMENTOS 20
OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS 20
OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL 21
Evolução em termos absolutos 21
Evolução em termos relativos 22

CAPITULO II - FATORES DETERMINANTES
DE INVESTIMENTOS 25
AS LISTAS DE FATORES 25
Conversões da dívida externa 26
Privatizações 26
Acordos regionais 27
FATORES DE INVESTIMENTOS NO BRASIL 28
Mercado 28
Tradição 30
Proveniência diversificada 31
INFLUÊNCIA DA LEGISLAÇÃO 31
Grau da influência da legislação no Brasil 33
Em termos absolutos 33
Em termos relativos 34
A PARTICIPAÇÃO EM INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS 35

Parte II - AS REGRAS INTERNACIONAIS

CAPÍTULO III - AS REGRAS INTERNACIONAIS
SOBRE INVESTIMENTOS 38
AS TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO 38
CLÁUSULA DE TRATAMENTO NACIONAL 40
Definição e conceito 40
Origens 40

CAPÍTULO IV - OS ACORDOS BILATERAIS
DE INVESTIMENTOS 44
EVOLUÇÃO HISTÓRICA 44
O BRASIL E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS 47
O Acordo de Garantia de Investimentos com os EUA 47
O Acordo do Jardim das Rosas 47
Os acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos 48
TRATAMENTO NACIONAL 49

CAPÍTULO V - AS DIRETRIZES DA OCDE 51
ORIGENS 51
A OCEE 51
AS DIRETRIZES PARA EMPRESAS MULTINACIONAIS 54
EVOLUÇÃO RECENTE DO TEMA NA OCDE 55
TRATAMENTO NACIONAL 57
O sistema de exame do tratamento nacional na OCDE 57

CAPÍTULO VI - O PROJETO DE CÓDIGO DE CONDUTA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS 61
ORIGEM 61
A Nova Ordem Econômica Internacional 61
O PROJETO DE CÓDIGO DE CONDUTA 62
TRATAMENTO NACIONAL 63

CAPÍTULO VII - AS DIRETRIZES DA MIGA DO BANCO MUNDIAL 67
ANTECEDENTES 67
O Banco Mundial e os investimentos 67
A Criação da MIGA 68
O Brasil e a MIGA 70
AS DIRETRIZES DA MIGA 71
TRATAMENTO NACIONAL 72

CAPÍTULO VIII - AS REGRAS DO NAFTA SOBRE INVESTIMENTOS 76
ORIGENS 76
As restrições canadenses 76
O Acordo Canadá-Estados Unidos de Livre Comércio 77
AS REGRAS SOBRE INVESTIMENTOS 78
O NAFTA 81
As restrições mexicanas 82
As regras sobre investimentos 85
TRATAMENTO NACIONAL 89

CAPÍTULO IX - AS TRIMS E O GATS NA RODADA URUGUAI 94
ANTECEDENTES 94
Carta de Havana 94
O GATT E AS REGRAS SOBRE INVESTIMENTOS 95
De 1945 até 1959 (Tratado de Roma) 95
De 1960 a 1979 (Rodada Tóquio) 96
De 1980 a 1986 (Punta del Este) 96
A RODADA URUGUAI 99
TRIMS 100
A negociação 100
O texto Dunkel 104
O futuro do tema 105
TRATAMENTO NACIONAL 106
AS REGRAS DE INVESTIMENTOS DO GATS 107
TRATAMENTO NACIONAL 108

CAPÍTULO X - O ACORDO DE PROMOÇÃO
E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS DO MERCOSUL 110
O TRATADO DE ASSUNÇÃO 110
O SUBGRUPO DE TRABALHO Nº 4 - POLÍTICAS FISCAL E
MONETÁRIA RELACIONADAS AO COMÉRCIO 110
Cronograma de Las Leñas 111
O ACORDO DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS 112
TRATAMENTO NACIONAL 112

Parte III - A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

CAPÍTULO XI - AS REGRAS CONSTITUCIONAIS
E OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS 116

AS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS 116
Os monopólios estatais 117
Os serviços públicos 118
Os quase-monopólios 118
Concessões ou permissões 118
Atividades reservadas a brasileiros ou residentes 119
RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS ABSOLUTAS 119
RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELATIVAS 120
Novas reservas de mercado 121
AS REAÇÕES À CONSTITUIÇÃO DE 1988 121
A REVISÃO CONSTITUCIONAL 123

CAPÍTULO XII - A LEGISLAÇAO ORDINÁRIA E OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS 125
AS RESTRIÇÕES AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS 125
Restrições anteriores à Constituição de 1988 126
Restrições posteriores à Constituição de 1988 128
A ELIMINAÇÃO DE RESTRIÇÕES 130

Parte IV - CONCLUSÕES

CONCLUSÕES 135
QUANTO AO FLUXO DE INVESTIMENTOS 135
QUANTO ÀS REGRAS INTERNACIONAIS SOBRE INVESTIMENTOS 135
A evolução das posições dos principais países ou grupos 136
Estados Unidos 136
Países europeus 138
Países em desenvolvimento 138

Foro 139
Evolução conceitual nos instrumentos internacionais 141
Causas subjacentes da evolução 142
Atualidade do tema 143
Universalização da aplicação do tratamento nacional 144
QUANTO À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 145

ANEXOS
I - A negociação de exceções brasileiras ao tratamento nacional 146
II - Exceções brasileiras ao tratamento nacional 149
III - Setores brasileiros afetados por restrições 155

BIBLIOGRAFIA 157

LISTA DE ABREVIATURAS

ALADI - Associação Latino-Americana de Integração
ALCSA - Área de Livre Comércio Sul-Americana
GATS - General Agreement on Services
GATT - General Agreement on Trade and Tariffs
ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes
IFC - International Finance Corporation
MERCOSUL - Mercado Comum do Sul
MIGA - Multilateral Investment Garantee Agency
NAFTA - North American Free Trade Agreement
OCDE - Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico
OCEE - Organização para a Cooperação Econômica Européia
OMC - Organização Mundial do Comércio
TRIMs - Trade-related investment measures

GLOSSÁRIO

EMPRESAS TRANSNACIONAIS. Expressão utilizada sobretudo na ONU para empresas de capital estrangeiro ou controladas do exterior (*foreign-controlled enterprises*, na expressão da OCDE). Na monografia é utilizada como sinônimo de empresas multinacionais.

EXCEÇÕES AO TRATAMENTO NACIONAL. Reservas apresentadas por um país ao compromisso de conceder aos investimentos ou aos investidores estrangeiros o mesmo tratamento jurídico concedido aos nacionais.

PADRÕES DE TRATAMENTO. Cânones a serem seguidos por Governos de países receptores com relação a investimentos ou investidores.(*standards*)

PAÍS RECEPTOR. País que recebe investimento estrangeiro. Na monografia, essa expressão foi utilizada no lugar de país hospedeiro ou anfitrião (*host country*).

PAÍS SEDE. País de origem do investimento estrangeiro. Na monografia essa expressão foi utilizada para traduzir *home country*.

PORTFÓLIO. Investimento em ações ou outros títulos em carteira administrativa.

MEDIDAS DE INVESTIMENTO RELACIONADAS AO COMÉRCIO (*trade-related investment measures*-TRIMs). A palavra *medidas* tem o significado de *normas*, de um país receptor, dirigidas ao investimento ou ao investidor e com efeitos para o comércio.

REQUISITOS DE DESEMPENHO (*performance requirements*). Expressão, por vezes utilizada como sinônimo de TRIMs, relativa à exigência por parte de país receptor de que o investidor se comprometa a cumprir determinadas obrigações.

INTRODUÇÃO

"Foreign direct investment flows have overtaken foreign trade as an engine of world growth."[1]

Os atuais fenômenos de globalização e de regionalização da economia mundial se caracterizam não somente pelo aumento no volume de exportação mundial de mercadorias e de serviços, mas também pelo crescimento dos *investimentos externos diretos* que excedeu tanto o da produção mundial quanto o do *comércio* de bens e serviços[2].

Embora o comércio e os investimentos mundiais tenham alcançado níveis sem precedentes, o primeiro tem sido objeto de maior atenção internacional, refletida tanto nas negociações multilaterais como em acordos regionais.

No longo esforço da recém – concluída Rodada Uruguai, delegados de mais de uma centena de países dedicaram cerca de oito anos de negociações à busca de formas para liberar o fluxo de bens e serviços.

Nenhuma atenção direta dispensaram aos investimentos necessários à produção desses bens e serviços – e nem dispunham de mandato para esse fim. Apenas as medidas de investimento de incidência sobre o comércio foram tratadas.

Os acordos regionais dedicam a maior parte de seus artigos a questões como eliminação de barreiras tarifárias e regras de origem, aplicáveis a produtos. Somente alguns desses instrumentos, como o NAFTA, incluem regras sobre serviços e investimentos. Para muitos

---

1 Peter Norman. "Revolutionary forces at work". *Financial Post* (Toronto). September 29. 1993. reprodução de artigo do *Financial Times* (Londres).

2 Keith Christie. *Globalization and Public Policy in Canada: In Search of a Paradigm*. Policy Planning Staff Paper No. 93/01. (Ottawa: External Affairs and International Trade Canada. January 1993). 8-15.

autores, entretanto, a liberalização dos investimentos constitui o verdadeiro objetivo dos acordos de livre comércio[3].

Qual a razão da menor atenção aos investimentos do que ao comércio? Uma das possíveis explicações diz respeito ao fato de que, ao negociarem regras para o comércio, os países estão negociando o ingresso de produtos, sem abrir mão do poder de exercer controles na fronteira. Esse poder pode ser exercido, embora em menor escala, mesmo quanto a serviços, exceto os prestados fora do território do país. Já ao negociarem regras sobre investimentos, os países temem abrir mão de sua soberania no que diz respeito à jurisdição sobre empresas dentro de seus próprios territórios.

Não obstante esse temor e a menor atenção direta recebida em relação ao comércio, os investimentos têm sido objeto de diversas tentativas de regulamentação ou de liberalização. Dos instrumentos internacionais resultantes constam, em geral, cláusulas a respeito de quatro tópicos:

– *admissão* do investimento,

– *tratamento* a ser-lhe dado no país receptor,

– *nacionalizações* e conseqüentes indenizações e

– método para *solução de controvérsias.*

Atualmente, a maioria dos países *admite,* isto é, acolhe capital estrangeiro e, em muitos casos, até disputa com outros a preferência dos investidores. As *desapropriações ou nacionalizações* de companhias estrangeiras foram substituídas, nos últimos anos, em muitos países, por processos de privatização. Os meios para *solução pacífica de litígios* entre governos e empresas estrangeiras constituem importante questão

3 Michael Hart, *What's next? Canada, the Global Economy and the New Trade Policy*, (Ottawa: Centre for Trade Policy and Law, 1994), 34, afirma :"It is a commonplace that trade agreements are less about trade than about future private-sector investment decision.".

a ser estudada. Esta monografia, porém, examina questão que antecede a controvérsia, ou seja, o *tratamento* concedido pelo governo do país receptor ao investimento ou aos investidores.

Especificamente, concentra-se no exame *da legislação brasileira sobre o tratamento nacional de investimentos estrangeiros à luz das tendências dos principais instrumentos multilaterais ou regionais sobre a matéria.*

Para tanto são examinadas as seguintes questões:

– o crescimento dos investimentos em escala mundial e a evolução recente dos investimentos estrangeiros no Brasil;

– os fatores determinantes dos investimentos em geral e os incidentes no caso brasileiro;

– o grau de influência, na decisão de investir, tanto da legislação nacional quanto da participação em acordos sobre investimentos;

– a evolução das regras internacionais sobre investimentos em instrumentos bilaterais, multilaterais (OCDE, ONU, MIGA do Banco Mundial, GATT) ou regionais (NAFTA e MERCOSUL), com ênfase especial no exame da cláusula do tratamento nacional,inclusive as medidas de investimentos relativas a comércio (TRIMs);

– a lista de restrições brasileiras aos investimentos estrangeiros, constantes da Constituição e da legislação ordinária, e as medidas liberalizantes adotadas entre 1990 e 1992;

– as possíveis exceções à regra de tratamento nacional que o Brasil, em consequência da legislação vigente, deveria pleitear em eventuais negociações de instrumentos internacionais sobre investimentos.

Foram selecionados para exame nesta monografia, além dos acordos bilaterais, os seguintes instrumentos multilaterais, todos com claúsulas a respeito de *tratamento* a ser dado aos investimentos no país receptor:

a) Por ter o Brasil participado da negociação:

– o *Projeto de Código de Conduta das Empresas Transnacionais das Nações Unidas,*

– a Decisão das Partes Contratantes do GATT sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio e

– o *Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos do MERCOSUL;*

b) Pela ampla influência internacional que exercem:

– as *Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE* e

– as *Diretrizes da MIGA do Banco Mundial*

c) Pela influência que poderá ter no hemisfério ocidental:

– o *Acordo Norte-Americano de Livre Comércio-NAFTA.*

As diversas questões são apresentadas em trabalho composto de quatro partes. Na primeira, como preâmbulo, são agrupados os aspectos econômicos; na segunda e na terceira, os jurídicos (regras internacionais e nacionais) e, na quarta parte, as conclusões de cada questão tratada.

O trabalho busca auxiliar o negociador brasileiro de acordos sobre investimentos, no tocante à clausula de tratamento nacional. Tenta, por um lado, proporcionar-lhe uma visão da tendência internacional, através do exame dos diversos instrumentos internacionais sobre a matéria. Por outro, procura indicar-lhe os balizamentos impostos pela legislação vigente.

PARTE I

FLUXOS E FATORES DE INVESTIMENTOS

CAPÍTULO I

OS FLUXOS DE INVESTIMENTOS

OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

De 1983 a 1990, os investimentos privados internacionais cresceram quatro vezes mais rapidamente do que a produção mundial e três vezes mais celeremente do que o comércio internacional[4]. O estoque de investimento estrangeiro direto – uma medida da capacidade produtiva das empresas transnacionais em países estrangeiros – atingiu o montante de US$ 2 trilhões em 1992.

Cerca de 170.000 subsidiárias estrangeiras de aproximadamente 37.000 companhias geraram US$ 5,5 trilhões em vendas mundiais em 1990. Os fluxos anuais de investimento estrangeiro direto em âmbito mundial cresceram especialmente durante a segunda metade da década de 1980.[5]

Esse crescimento sem precedentes tem várias causas. Nos países desenvolvidos, as privatizações e desregulamentações ocorridas na década de oitenta permitiram investimentos privados em áreas como eletricidade, água, transporte aéreo, telecomunicações, bancos e seguros, antes monopólios estatais ou restritos a empresas nacionais.

Nos demais países, o crescimento tem origem nas rápidas transformações da economia internacional ocorridas após a modificação na política econômica de países como a China, a India e em outras partes da Ásia, no Leste Europeu e na América Latina.[6]

---

4 "A Survey of Multinationals", *The Economist*, March 27th 1993,5.

5 United Nations, UNCTAD, *World Investment Report 1993*, (New York,1992), 13.

6 "A Survey of Multinationals",*The Economist*, 5 e 8.

Os investimentos estrangeiros no Brasil

O crescimento de investimentos em escala mundial entre 1983 e 1990 não se refletiu no Brasil no mesmo período.

Evolução em termos absolutos

Em termos absolutos, esse período (1983-1990) corresponde exatamente ao de menor ingresso de investimentos diretos no país: de 1973 a 1982, os investimentos diretos oscilaram entre US$ 1.019 milhões e US$1.903 milhões por ano. Entre 1983 e 1990, esse montante anual caiu para faixa entre US$ 436 e 745.[7] (Tabela 1)

TABELA 1
Fluxo de investimentos
Conforme consta no Balanço de Pagamentos
(não inclui reinvestimentos)
US$ Milhões

Ano	Investimentos Diretos	Ano	Investimentos Diretos
1973	1.019	1982	1.370
1974	1.000	1983	567
1975	1.081	1984	490
1976	1.191	1985	485
1977	1.015	1986	436
1978	1.160	1987	651
1979	1.831	1988	647
1980	1.595	1989	460
1981	1.903	1990	745

A partir de 1991, tem início forte crescimento do ingresso de investimentos estrangeiros no Brasil. Esse recente aumento decorre, na

7 Banco Itaú S.A., *Indicadores Econômicos*. (São Paulo: Abril 94). com base em dados do Banco Central.

sua maior parte, das aplicações estrangeiras em carteira administrada (*portfólios*), fenômeno atribuído às elevadas taxas de juros no país e à desregulamentação ocorrida na legislação sobre movimentação do capital estrangeiro[8], ou ainda, ao resultado de movimentos de arbitragens entre os mercados de câmbio flutuante e comercial.[9]

Se separados os investimentos em *portfólios* dos investimentos diretos[10], verifica-se que os últimos continuam, em média, entre 1991 e 1993, a apresentar montantes inferiores aos prevalecentes de 1973 a 1982. (Tabela 2)

TABELA 2
Investimentos
(US$ Milhões)

Ano	Diretos	Portfólios
1991	695	780
1992	1.324	3.385
1993	857	6.060

Conclui-se, portanto, que, em termos absolutos, mesmo a partir de 1991, os investimentos estrangeiros diretos vêm decrescendo, uma vez excluídos dos cálculos os investimentos em carteira administrada (*porfólios*).

Evolução em termos relativos

Em *termos relativos*, de 1970 a 1980, o Brasil liderou os dez maiores receptores de investimento estrangeiro direto entre os países em desenvolvimento, com ingresso médio anual quase duas vezes superior ao do México, segundo na classificação. Entre 1981 e 1990, porém, o

8 Vera Saavedra Durão, "Capital estrangeiro somou US$ 29,1 bilhões em 1993", *Gazeta Mercantil*, 28 de janeiro de 1994, com dados do BNDES.

9 Mara Luquet, "Investimento que entra é câmbio que sai", *Gazeta Mercantil*, 31/05/94

10 Gustavo Freire, "Ingressos de US$ 32,7 bilhões em 93; base cresce 9,9% em dezembro", *Gazeta Mercantil*, 22 de fevereiro de 1994.

Brasil passou para o terceiro lugar nessa lista, com média anual de ingressos inferior à de Cingapura e à do México e pouco superior à da China e à da Malásia.[11] Em 1991, o Brasil descia para o sétimo lugar[12]. Se comparado com os principais países destinatários de investimentos diretos acumulados no período de 1989 a 1992, sua classificação aparece em oitavo lugar[13]. (Tabela 3)

TABELA 3
Investimento Estrangeiro Direto
Principais Destinatários 1989-92
(US$ milhões)

País	Total	País	Total
China	22.402	Tailândia	8.349
México	15.797	Indonésia	5.031
Malásia	12.191	Brasil	4.594
Argentina	9.482	Nigéria	4.080
Portugal	8.669	Venezuela	3.209

Ainda que limitada a comparação apenas à América Latina, a classificação do Brasil quanto a investimentos igualmente sofreu descenso. Durante a década de 1970, o Brasil era o principal receptor de investimento estrangeiro direto da América Latina e do Caribe (e dos países em desenvolvimento), concentrando mais de 50% de todos os fluxos para a região. Entre 1980 e 1985, esse percentual caiu para 34,2%

11 Naciones Unidas, CEPAL, *Documento de Sala de Conferencia* (DSC/1), Simposio de Alto Nivel sobre la Contribución de las Empresas Transnacionales al Crecimiento y el Desarrollo de América Latina y el Caribe. (Santiago de Chile,14 de septiembre de 1992), Cuadro No.1.

12 Peter Cook, "Third World firms bet on equities", *Globe and Mail*, (Toronto), April 19, 1993, com base em dados do Banco Mundial.

13 Stephen Fidler, "Can Latin America finance its privatised infrastructure? Possibly far more talk than action", *Financial Times* (Londres), April 11, 1994. Com base em dados do FMI e do Banco Mundial

e, entre 1985 e 1990, para 15%. (O México, por seu turno, manteve constante em 25% sua participação nos fluxos dirigidos à América Latina e Caribe.[14])

Com relação aos países do Sudeste e Sul da Asia, é interessante observar que em 1986 – ano em que, coincidentemente, mais diminuiu o ingresso de investimento direto ao Brasil – a referida região oriental passou a ser a maior receptora de investimentos no mundo em desenvolvimento. Entre 1988 e 1990, aqueles países asiáticos receberam mais da metade do fluxo de investimento direto dirigido aos países em desenvolvimento, ou seja, passaram a ocupar a posição que o Brasil, isoladamente, ocupara na década de setenta.

Conclui-se, portanto, que também (e principalmente) em termos relativos, a posição do Brasil na classificação dos países receptores de investimentos estrangeiros vem sofrendo forte descenso.

---

14 Naciones Unidas. CEPAL, *Documento de Sala*, 52.

CAPÍTULO II

FATORES DETERMINANTES DE INVESTIMENTOS

Quais as razões para a queda dos investimentos estrangeiros no Brasil, tanto em termos absolutos quanto relativos? Quais os fatores que induziriam ao investimento em geral e quais os maior de incidência no caso do Brasil?

AS LISTAS DE FATORES

As duas razões clássicas para que uma companhia investisse em outro país consistiam em: (a) a busca de *mão-de-obra* barata ou (b) a transposição de *tarifas* altas através de estabelecimento de produção local. Hoje, essas duas explicações estariam superadas em muitos setores, pela evolução tecnológica e, em muitos países, pela redução de tarifas.[15]

Estudos mais recentes incluem entre os vários fatores determinantes da decisão de uma empresa investir no exterior considerações sobre os seguintes elementos no país receptor: a capacidade de pesquisa e desenvolvimento, de publicidade, de gerenciamento e de organização; as vantagens de localização (os custos, as possibilidades de economia de escala, a disponibilidade de capital, as características e tamanho do mercado, os salários, o transporte); os incentivos e os riscos políticos.[16] Esses elementos explicam, em grande parte, a atual concentração de investimentos externos nos países desenvolvidos.

Qualquer lista de fatores de influência na escolha de país para investir não estará completa se não incluir novos fatores de incidência

---

15 "A Survey of Third World Finance". *The Economist*. September 25th 1993. 16.

16 United Nations, UNTC. *The Determinants of Foreign Direct Investment*. (New York,1992), 55-63.

nos fluxos de investimentos. Fenômenos recentes constituem elementos adicionais para análise comparativa das causas de ingresso de investimentos estrangeiros diretos: *a conversão de dívida externa em capital de empresas, as privatizações e os acordos regionais.*

Conversões da dívida externa

Os mecanismos de *conversão de dívida externa* responderam por importante parcela dos fluxos de investimentos estrangeiros diretos em direção à América Latina, especialmente no Chile, na Venezuela, no Brasil e no México, onde representaram, no período de 1985 a 1990, respectivamente 74%, 62%, 54% e 31% dos fluxos totais.[17] No Brasil, as conversões de dívida tiveram importância sobretudo no ano de 1988[18]. (Tabela 4).

TABELA 4
Conversões de Dívida
US$ milhões

Ano	Total	Ano	Total	Ano	Total	Ano	Total
1977	0	1981	2	1985	581	1989	946
1978	160	1982	143	1986	206	1990	283
1979	207	1983	452	1987	344	1991	68
1980	39	1984	746	1988	2.087	1992	95

Privatizações

A incidência das *privatizações* sobre os fluxos mundiais de investimentos tampouco é desprezível. De 1988 a 1992, governos em âmbito mundial privatizaram bens no valor de aproximadamente US$200 bilhões. Cerca de um quarto desse montante correspondeu aos países em desenvolvimento, especialmente os da América Latina. De 1988 a 1992, os governos latino-americanos arrecadaram mais de US$ 40 bilhões

17 Nações Unidas. *Documento de Sala*, 39.

18 Banco Itaú S.A. *Indicadores Econômicos*, Abril 94, 177.

com a venda de quase mil empresas estatais, ou seja, o equivalente a quase 10% da dívida externa da região[19]. O México obteve $20 bilhões[20] nos últimos anos, vendendo linhas aéreas, bancos, minas e serviços públicos[21].

O programa brasileiro de privatização não teve o mesmo impacto no fluxo de investimento estrangeiro: até março de 1994, a participação de investidores estrangeiros correspondeu a pouco mais de 1% do seu total.[22]

Acordos regionais

Em razão dos *acordos regionais de livre comércio ou de integração*, as empresas transnacionais adotariam diferentes estratégias de investimento: "defensivas", para garantirem mercado pré-existente; "ofensivas", para se anteciparem a circunstâncias de mercado integrado; "racionais", para aumentarem investimento na área integrada; "reorganizacionais", para refletirem mercado regional. Enquanto as três primeiras estratégias redundariam em aumento do investimento no país membro do acordo regional, na última, poderia haver *investment diversion* de um país para outro, mas nenhuma perda para a região como um todo[23].

Até 1990, os esquemas de integração entre países em desenvolvimento pareciam não ter tido impacto importante nos fluxos de investimentos[24]. A julgar pelo ocorrido no México – onde houve duplicação do ingresso de investimentos estrangeiros, antes mesmo da

---

19 Naciones Unidas. *Documento de Sala*. 43.

20 Frederick Z. Jarpersen e Juan Carlos Ginarte. "External Resource Flows to Latin America: Recent Developments and Prospects" in *Mobilizing International Investment for Latin America*. Colin I. Bradford Jr.(ed.).(Paris:OCCD). 1993. 61.

21 "A Survey of Third World Finance". 16.

22 Editorial. *Globo*. 22 de março de 1994, em que se refere a entrevista concedida por Elena Landau, Diretora do BNDES para privatização.

23 United Nations. UNTC. *Regional Economic Integration and Transnational Corporations in the 1990's: Europe 1992, North America and Developing Countries*.(New York. 1990) 2.

24 Ibid., 41

entrada em vigor do NAFTA[25] – acordos de livre comércio entre países desenvolvidos e em desenvolvimento têm influência mais imediata.

Fatores de investimentos no Brasil

Em fevereiro de 1994, o Brasil foi classificado pela revista inglesa *The Economist*, como o terceiro país de maior risco para a concessão de créditos, superado apenas pelo Iraque e pela Rússia[26]. Diante de análises de risco como essa e de outros fatores que podem ter influído negativamente na captação de fluxos financeiros, tais como a dívida externa ou a inflação, poder-se-ia perguntar a razão pela qual o país se manteve, não obstante, entre os dez principais receptores.

Mercado

A resposta mais comumente lembrada para explicar a atração de investimentos para o Brasil diz respeito ao tamanho do mercado brasileiro. De fato, em classificação com base em dados de 1991 – em que foram considerados o total da população (com peso duplo), a urbanização, o consumo caseiro e industrial (aço), a produção de eletricidade e a propriedade de telefones, automóveis e televisores – o mercado do Brasil aparece, quanto ao *tamanho*, acima do México e do Canadá, embora abaixo da China e da India[27]. (Tabela 5)

Em termos, porém, de *intensidade* de mercado, – definido como o grau de concentração do poder aquisitivo – China e Índia aparecem abaixo do Brasil e o México e o Canadá, acima. (Tabela 6)

Quanto ao *crescimento* do mercado, acumulado em cinco anos, o Brasil aparecia, em 1991, como o último colocado, em lista encabeçada pelo México. (Tabela 7)

---

25 "A Survey of Mexico". *The Economist*. February 13th 1993. 7.

26 "Risk ratings". The Economist. February 19th. 1994. 124.

27 The Economist Inteligence Unit. Crossborder Monitor. Vol. I. nº 17. August 4. 1993. 12.

TABELA 5
Tamanho do Mercado
1991

País	Mercado Mundial (%)	País	Mercado Mundial (%)
EUA	19,55	Itália	3,57
Japão	9,85	França	3,50
China	9,38	Reino Unido	3,11
CEI	6,70	Brasil	2,53
Índia	4,87	México	2,39
Alemanha	4,62	Canadá	1,96

TABELA 6
Intensidade de mercado
(Mundo = 1.00)
1991

País	Mercado Mundial (%)	País	Mercado Mundial (%)
EUA	5,13	Reino Unido	3,64
Japão	4,98	México	1,37
Alemanha	4,65	CEI	0,96
Itália	4,15	Brasil	0,85
Frnaça	4,05	China	0,23
Canadá	3,66	Índia	0,13

TABELA 7
Crescimento do mercado
% acumulado em cinco anos
1991

País	%	País	%	País	%
México	106,47	França	21,76	Canadá	7,84
Índia	39,72	Itália	11,3	Reino Unido	4,41
China	34,81	Alemanha	9,83	CEI	4,12
Japão	29,13	EUA	8,99	Brasil	1,16

Poder-se-ia, portanto, concluir, dessa análise de mercado em comparação com outros países, que, quanto ao tamanho, o Brasil

permanece entre os dez maiores mercados do mundo. A continuarem, porém, as tendências recentes relativamente ao *poder aquisitivo e ao crescimento*, o Brasil poderá deixar de constar das listas dos dez mercados mais importantes.

Até 1991, porém, o *tamanho* do mercado influenciou positivamente na captação de investimentos no Brasil e em outros países de maior porte. Assim, entre 1986 e 1991, os seis maiores receptores de investimento direto – México, China, Malásia, Argentina, Brasil e Tailândia – atraíram 55% do fluxo de investimento direto para os países em desenvolvimento.[28]

Na América Latina, essa concentração dos investimentos nos países de maior mercado foi ainda mais evidente: os cinco principais países receptores (Brasil, México, Argentina, Colômbia e Chile) concentraram 65,4% dos fluxos totais para a região e, se eliminados os paraísos fiscais, esses cinco países receberam 87,4% do total.[29]

Tradição

A tradição do Brasil como país receptor de investimentos estrangeiros também terá afetado positivamente sua manutenção na lista dos principais destinatários de capital.

Assim, por exemplo, o Brasil (juntamente com Chile, Colômbia, México,, India, Coréia do Sul e Malásia), foi incluído pela *International Finance Corporation* do Banco Mundial entre os países que dispõem de "*padrões contábeis de qualidade internacionalmente aceitável*".[30]

A tradição explica também a conclusão de Fritsch e Franco, em 1991, e de Bielschowsky, em 1992, de que os investimentos ingressos no

---

28 Guy Pfeffermann e Andrea Madarassy. *Trends in Private Investment in Developing Countries 1993*. (Washington D.C.: International Finance Corporation, 1992).4.

29 Naciones Unidas. *Documento de Sala*.46.

30 "A Survey of Third World Finance". 20.

Brasil no final da década de 1980 se limitaram à modernização de indústrias já instaladas no país[31].

Proveniência diversificada

Deve ter ainda contribuído para a manutenção do Brasil como polo de atração de investimentos a *proveniência diversificada* do capital estrangeiro investido no país na forma de investimentos diretos. Entre 1986 e 1989, por exemplo, os investimentos externos no Brasil procediam majoritariamente da CEE, enquanto no restante da América Latina provinham preponderantemente dos Estados Unidos.[32]

Segundo estudo do Professor Octavio de Barros, resumido pela imprensa[33], 8.576 empresas no Brasil possuem algum grau de participação estrangeira, 23% dos Estados Unidos, 12% da Alemanha, 9,4% da Suíça, 8% do Japão, 7,4% da França e 5,2% do Reino Unido.

INFLUÊNCIA DA LEGISLAÇÃO

No exame dos fatores de oscilações de investimentos, poder-se-ia analisar ainda a influência pretérita ou prospectiva da *legislação* brasileira sobre capital estrangeiro.

Para Winston Fritsch, uma legislação mais favorável a empresas multinacionais não terá impacto maior e permanente sobre suas decisões de investimento no Brasil, caso persistam instabilidades macro-econômicas (dificuldades orçamentárias e inflação). Isso porque os

---

31 Ricardo Bielschowsky, *Transnational corporations and industrial modernization in Brazil*, (Santiago: ECLAC, 14 de setembro de 1992), e Winston Fritsch e Gustavo Franco, *Foreign Direct Investment in Brazil*, (Paris:OECD, 1991), citados em United Nations, *World Investment Report 1993*, 53.

32 "A Survey of Multinationals", 12, com base em dados das Nações Unidas.

33 "Estrangeiros mantém confiança no País", *Correio Braziliense*, 21 de agosto de 1993, com base em dados de Octávio Barros, da UNICAMP.

fatores que restringem o investimento estrangeiro direto são os mesmos obstaculizadores da formação de capital em geral.[34]

Na mesma linha, o Embaixador Paulo Nogueira Batista afirma que "a retração de investimento estrangeiro não se deve a questões relacionadas com o seu status legal no Brasil e sim à instabilidade macro-econômica brasileira, que não estimula a própria empresa nacional a investir no país, e ainda a novas circunstâncias internacionais em que, por exemplo, os EUA se converteram de maior exportador a maior importador de capitais estrangeiros, inclusive do Brasil, em que a Alemanha passou a investir maciçamente na re-unificação e na Europa oriental e o Japão na sua área de influência imediata"[35].

Outros, porém, como Ibrahim Shihata, Vice-Presidente e Consultor Jurídico do Banco Mundial, consideram a legislação sobre investimentos questão essencial na decisão de investir, colocando-a no mesmo plano de fatores econômicos e políticos. Assim, para aquele alto funcionário, os *aspectos jurídicos* não se limitam a uma legislação favorável a investimentos. Os investidores devem atuar sob ordenamento jurídico positivo na sua atitude em relação ao tratamento de investimento privado, tanto na substância das regras quanto na forma em que essas normas são aplicadas, assim como na solução de controvérsias resultantes de sua aplicação. Proteção inadequada, de direito ou de fato, de direitos reais e contratuais, barreiras processuais, restrições excessivas e atrasos indevidos na adjudicação de direitos são, para o Vice-Presidente do Banco Mundial, "fatores notórios" para o desencorajamento de novos investimentos[36].

Em conclusão, ainda que se admita não ter a legislação nacional peso tão elevado quanto os fatores econômicos na indução ao

---

34 Winston Fritsch e Gustavo Franco, *Foreign Direct Investment in Brazil: Its Impact on Industrial Restructuring*, (Paris: OCDE, 1991), 58.

35 Paulo Nogueira Batista, "A política externa de Collor: modernização ou retrocesso?". *Política Externa* . Vol.1, Nº 34, março de 1993,117.

36 Ibrahim F.I.Shihata, *Promotion of Foreign Direct Investment*, ICSID Rw FILJ 484 (1991), 490.

investimento, será necessário reconhecer que as leis de um país espelham determinadas tendências de políticas econômicas quanto, por exemplo, ao controle cambial, ao financiamento das exportações, ou aos programas industriais. Nesse sentido, diferenças de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras terão certamente algum efeito sobre a escolha de país para investir. Como em qualquer decisão a ser tomada por investidor em potencial, a legislação estará sempre presente nas considerações estratégicas sobre investimentos empresariais. No caso brasileiro, diante da queda de investimentos em termos comparativos, poder-se-ia questionar o *grau* de sua influência na decisão de investir.

Grau da influência da legislação no Brasil

Em termos absolutos

Em termos absolutos, tem-se a impressão inicial de que a legislação brasileira sobre investimentos estrangeiros não terá tido influência determinante sobre a decisão de investir no Brasil. As regras da Lei do Capital Estrangeiro do início da década de 1960 (Lei 4.131 de 1962, alterada em 1964) permanecem estáveis há cerca de trinta anos, apesar de variações em sua interpretação, por parte dos órgãos executores da legislação incidente sobre investimentos estrangeiros (Banco Central, Receita Federal e INPI), mediante atos tais como Resoluções, Decisões ou Instruções Normativas.

Tampouco poder-se-ia, em princípio, atribuir a queda de investimentos às regras restritivas ao capital estrangeiro constantes da Constituição de 1988, pois, quando de sua promulgação, o ingresso anual de investimentos estrangeiros no Brasil já havia decrescido, em virtude de outros fatores tais como a crise da dívida externa e a inflação. Alguns estudos, entretanto, indicam que a nova Carta Magna teria acentuado essa tendência, deixando o país de receber em média, US$ 7 bilhões por ano, desde então.[37]

---

37 Felix de Bulhões. *A Revisão Constitucional e o Capital Estrangeiro*. revista da Associação Comercial do Rio de Janeiro. Ano 56 - No. 1289. Abril - 1994. 27.

Em termos relativos

A influência da legislação na queda de investimento no país, em termos relativos,requer análise mais complexa e comparações no tempo e no espaço. Nas décadas de 1960 ou 1970, diferentemente do Brasil, outros países e/ou regiões mantinham regras restritivas ao capital estrangeiro como, por exemplo, as então prevalecentes no México (Lei de 1973 que fixava limites e proibições ao capital estrangeiro,[38] como se verá adiante no capítulo sobre o NAFTA) e no Pacto Andino (Decisão 24). Na década de 1990, segundo estudo do Secretariado da UNCTAD, a tendência das legislações nacionais com relação aos investimentos estrangeiros tem sido claramente liberalizante[39]:

> *"Nationally, all 79 new legislative measures adopted in 1992 in 43 countries were intended to liberalize the rules on FDI (foreign direct investment); in 1991, 80 of 82 measures were more liberal (as reported in the World Investment Report 1992: Transnational corporations as Engines of Growth). Other significant policy changes included legislative actions to increase intellectual property protection and to provide the legal conditions for the participation of TNCs (transnational corporations) in the privatization of state industries, a major source of FDI growth."*

Na América Latina, foram privatizadas empresas de telecomunicações (Argentina, Chile, México e Venezuela)[40] e adotadas medidas mais liberais com respeito à propriedade estrangeira, a procedimentos para aprovação de investimentos (México), além de terem sido concedidos incentivos a investimentos estrangeiros (México e Argentina).[41]

---

38 Gary Clyde Hufbauer e Jeffrey J. Schott, *North American Free Trade.Issues and Recommendations*, (Washington D.C.: Institute for International Economics), 1992,76.

39 United Nations, *World Investment Report 1993*, 2.

40 United Nations, *World Investment Report 1993*, 82 e 17. Gráfico em que o número de nacionalizações aparece como insignificante quando comparado com o número de privatizaões de 1984 a 1992.

41 United Nations, *World Investment Report 1993*, 32.

No Brasil, em termos comparativos, as liberalizações e as privatizações não tiveram o mesmo impacto no ingresso de investimentos estrangeiros. Uma possível explicação estaria no fato de que haveria, inicialmente, menos a liberalizar e a privatizar. O ingresso de capital estrangeiro sempre fora permitido e as restrições, exceto para alguns setores, eram menos numerosas do que as existentes em outros países em décadas anteriores. Não havia empresas aéreas para desestatizar, nem bancos que houvessem sido nacionalizados no passado. As medidas liberalizantes tomadas após 1990 – examinadas adiante no capítulo sobre legislação brasileira – chegaram a ter efeitos sobre o fluxo de investimento estrangeiro apenas quanto a investimentos *portfólios*. Mais recentemente, medidas relativas à proteção de propriedade intelectual tiveram impacto positivo sobre o ingresso de investimentos sob a forma de *franchising*.

A PARTICIPAÇÃO EM INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

Poderia a participação de um país em instrumentos bilaterais ou multilaterais de investimentos ser incluída entre os fatores determinantes de investimentos? Teria alguma influência na queda de investimentos a participação ou não em instrumentos internacionais a respeito de investimentos?

O Professor de Direito Internacional da *Fletcher School of Law and Diplomacy*, Jeswald W. Salacuse, tratou dessa questão do ponto de vista de acordos bilaterais de investimentos[42]. Apesar de reconhecer a dificuldade de se determinar com precisão em que medida a assinatura de instrumento bilateral afeta a decisão de investir, concluiu o seguinte, com base em exame empírico de alguns casos:

– os países-sede de empresas multinacionais podem encontrar mecanismos que desestimulem ou desencorajem investimentos nos países com os quais não mantenham acordos;

---

42 Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*, 24 Int'l Law.655 (1990), 674.

– a participação em acordos bilaterais constitui apenas uma de diversas medidas de fortalecimento de confiança (*confidence building measures*) que podem ser utilizadas para promover a atração de investimentos no país receptor;

– um tratado bilateral, com regras claras e coercitivas para proteger o investidor estrangeiro, reduz os riscos que este teria na ausência de tais regras;

– essa redução de riscos incentiva investimentos;

– no mínimo, a assinatura de acordo constitui sinal claro aos investidores de que seu investimento será bem-vindo.

O Brasil tem participado de negociações tanto de instrumentos bilaterais quanto multilaterais que tratam da questão de investimentos. Até o momento, porém, poucos são os instrumentos desse tipo aos quais está vinculado, como se verá a seguir.

PARTE II

AS REGRAS INTERNACIONAIS

CAPÍTULO III

AS REGRAS INTERNACIONAIS SOBRE INVESTIMENTOS

AS TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO

Em 1970, a Corte Internacional de Justiça demonstrava surpresa pela falta de regras geralmente aceitas para investimentos estrangeiros:

> *"Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of the international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of states have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized..."*[43].

Até mesmo mais recentemente, Robert Gilpin, o renomado Professor da *Princeton University*, afirmava não terem tido êxito as tentativas de estabelecimento de regras para investimentos, em meados da década de 1980:

> *"The efforts of the United Nations, the OECD, and regional organizations to impose an international code of regulations on corporations have not succeeded, nor have American efforts to implement regulations restricting the behavior of host governments toward the multinationals"*[44].

À luz das rápidas transformações ocorridas desde então no cenário internacional, o Diretor do Programa de *International Business*

---

43 Salacuse, 655. Decisão no caso Barcelona Traction Co. (Bélgica vs. Espanha).

44 Robert Gilpin, *The Political Economy of International Relations*, (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1987), 252.

Diplomacy da *School of Foreign Service* da *Georgetown University* de Washington, John Kline, conclui que, atualmente, ao contrário, verifica-se três tendências em matéria de regulamentação das empresas transnacionais:

– leis nacionais menos restritivas;

– proliferação de tratados bilaterais e

– expansão das negociações regionais e multilaterais.[45]

As regras sobre investimentos têm-se multiplicado tanto em instrumentos bilaterais quanto multilaterais. Até 1992, mais de 500 acordos bilaterais de investimentos haviam sido assinados por países da OCDE, e, em número crescente, por países da América Latina e da Europa Central e do Leste.[46]

O Banco Mundial identificou vinte e cinco instrumentos multilaterais que contêm regras para investimentos.[47] A ONU, por sua vez, catalogou trinta e quatro instrumentos que tratam de empresas transnacionais, entre acordos multilaterais e regionais, classificando-os em cinco categorias:

– de controle (13)

– de facilitação (18)

– misto (2) e

– de proteção (a Decisão 24 do Pacto Andino).[48]

---

45 John M. Kline, *International regulation of transnational business: providing the missing leg of global investment standards*, 2 UN Transn. Corp. 150 (1993), 153.

46 United Nations, *World Development Report 1993*, 32.

47 The World Bank, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Volume I: Survey of Existing Instruments, (Washington D.C.: The World Bank Group, 1992), 63-65.

48 United Nations, *World Investment Directory 1992*, Vol.III, Developed Countries, (New York: United Nations, 1993) 3-4.

Cláusula de Tratamento Nacional

Definição e conceito

O Professor da *University of Akron School of Law*, T. M.Ocran[49] define *tratamento nacional* como:

> *"o compromisso do Estado receptor do investimento de conceder aos investidores estrangeiros tratamento tão favorável quanto o concedido aos nacionais, em situações semelhantes".*

Para o Secretariado da UNCTAD, o conceito básico de *tratamento nacional* inclui vários elementos, muitos dos quais, hoje em dia, têm sido objeto de medidas de liberalização:

> *"The basic concept of national treatment is that, in principle, foreign affiliates and domestic firms in similar situations should receive the same treatment, regarding such things as establishment, ownership and control of enterprises, full access to courts and other authorities and equal protection under law, as well as taxation, labour law, consumer protection or protection of the environment, not to mention free access to credit facilities, or even government aid to enterprises. Such a list is usually meant by liberalization.*[50]

Origens

Segundo o mais conhecido especialista em GATT, John Jackson, a obrigação de *tratamento nacional* pode ser encontrada em muitos tratados, alguns datados de muitos séculos. Com base em obra de Piter Verloren van Themaat, Jackson ressalta que algumas cláusulas não-discriminatórias (no sentido de *tratamento nacional*) se desenvolveram nos séculos XII e XIII, especialmente na Liga Hanseática.

---

49 T. Modibo Ocran, *Bilateral Investment Protection Treaties: A Comparative Study*, 8 N.Y.L.Sch.J.Int'l & Comp. L. 401 (1987), 407.

50 United Nations, *Exchange of information on foreign direct investment*, Report by the UNCTAD secretariat, E/C.10/1994/7, 23 March 1994, 14.

O escopo da obrigação varia de um tratado a outro, e aplica-se a várias atividades, não apenas a produtos. Assim, por exemplo, uma utilização comum das obrigações de *tratamento nacional* refere-se ao processo penal, quando aplicadas a cidadãos estrangeiros.

Outro exemplo (e esse já na área de investimentos) seriam as obrigações de *tratamento nacional* para o "direito de estabelecimento", pelo qual uma empresa estrangeira pode estabelecer filiais e escritórios em outro país, tema de particular relevância na questão de serviços.[51]

Os Professores de Direito Internacional da *Columbia University*, Henkin, Pugh, Schachter e Smit, consideram o princípio do "*tratamento nacional*" a "resposta latino-americana ao padrão mínimo a ser concedido para estrangeiros, constante da doutrina Calvo".[52]

Segundo esses autores, a doutrina se compunha de dois elementos: pelo primeiro, o jurista argentino sustentava a idéia de que um Estado independente tem o direito, em razão do princípio de igualdade, à completa liberdade de interferência por parte de outros Estados, sob qualquer forma, seja pela diplomacia, seja pela força; pelo segundo elemento, os estrangeiros não têm direitos ou privilégios maiores do que aqueles à disposição dos nacionais. Conseqüentemente, os tribunais nacionais do país receptor têm jurisdição exclusiva sobre controvérsias envolvendo estrangeiros, os quais devem recorrer apenas a tribunais nacionais. Nesse segundo elemento residiria a doutrina do *tratamento nacional*, pela qual o direito internacional consuetudinário exige de um Estado receptor que conceda aos estrangeiros essencialmente os mesmos direitos de que usufruem os nacionais.

De fato, o jurista argentino Carlos Calvo, escrevendo no final do século passado, afirmava: "*estrangeiros que se estabelecem em um país*

---

51 John Jackson, *The World Trading System*, (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1989), 189

52 Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter e Hans Smit, *International Law*, (Saint Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987), 1049.

têm o mesmo direito a proteção que os nacionais, mas não podem reclamar proteção maior".[53]

Samuel K. B. Asante, quando Diretor do hoje extinto *Centre on Transnational Corporations* das Nações Unidas, observava terem vários países latino-americanos incorporado a doutrina Calvo a suas Constituições nacionais, a declarações regionais – como a Sétima Conferência Latino-americana realizada em Montevideu em 1933 – e a contratos com companhias estrangeiras.[54]

Da leitura dos registros da Sétima Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada em 1933 em Montevidéu, verifica-se ter sido a questão do *tratamento nacional* referida nos seguintes termos:

> *"(A Conferência) reafirma uma vez mais, como princípio de direito internacional, a igualdade civil do estrangeiro ao nacional como limite máximo de proteção à qual pode aspirar no direito positivo do Estado."*
>
> *A Conferência adotou a Convenção dos Direitos e Deveres dos Estados, de cujo artigo 9 consta: "estrangeiros não podem reclamar direitos outros ou maiores do que aqueles dos nacionais"*

A clara transposição da doutrina de *tratamento nacional* para a questão de investimentos se deu, entretanto, em outro documento latino-americano lembrado por Henkin e seus colegas da Universidade de Columbia: o Código de Investimentos Estrangeiros do Pacto Andino. Pelo seu artigo 50, os Estados membros ficavam proibidos de conceder a estrangeiros *tratamento mais favorável* do que o concedido a investidores nacionais.[55]

---

53 Calvo, Carlos, *Le droit international théorique et pratique*, 5a. edição, Paris (1896), Vol. I, 130, traduzido por Donald Shea, *The Calvo Clause*, Minneapolis: University of Minnesota Press (1955), pp, 17-18, apud Henry de Vries e Jose Rodriguez-Novas, *The Law of the Americas*, (Columbia University, New York, 1965), 99.

54 Samuel K.B. Asante, *International law and foreign investment: a reappraisal*, 37 Int'l 55 Henkin et alli, 1049.

55 Henkin et alli, 1049

Mais um exemplo de menção latino-americana à doutrina Calvo no contexto de investimentos seria a proposta latino-americana de Resolução apresentada durante a 12a. Sessão da Junta de Comércio e Desenvolvimento da UNCTAD, em outubro de 1972, por ocasião do debate do caso de desapropriação da Chilean Kennecott.[56]

Em conclusão, apesar da origem medieval do princípio de tratamento nacional, muitos autores nos Estados Unidos realçam a importância da doutrina Calvo na sua evolução recente.

56 Ocran, 408.& Comp.L.Q. 588 (1988), 591.

CAPÍTULO IV

OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A partir da I Guerra Mundial, ao tornarem-se exportadores de capital, os Estados Unidos buscaram assinar acordos bilaterais para prover segurança às atividades comerciais e aos investimentos de seus nacionais. Inicialmente, utilizaram "Tratados de Amizade, Comércio e Navegação" para esse fim. Após a II Guerra Mundial, com a expansão global de seus investimentos, o governo norte-americano empreendeu programa de assinatura de tratados desse tipo, tendo concluído vinte e dois, entre 1946 e 1966, por vezes sob o nome "Convenções de Estabelecimento". Na década de 1960, esse modelo pareceu esgotar-se, ao começarem os países em desenvolvimento a questionar os benefícios dos instrumentos e a relutar em aceitar as garantias pedidas por Washington.[57]

Paralelamente, a partir do final da década de 1950, tomaram impulso, por iniciativa européia, os acordos bilaterais sobre investimentos na forma mais semelhante aos assinados atualmente. O primeiro acordo desse gênero foi assinado entre a Alemanha Ocidental e o Paquistão, em 1959. A Alemanha prosseguiu em seu programa de acordos similares, mantendo, desde então, a maior rede desses instrumentos bilaterais. Outros países europeus, entre os quais a Suíça, a França, a Itália, o Reino Unido, os Países Baixos e a Bélgica, logo seguiram o exemplo alemão. As razões do êxito europeu no rápido estabelecimento de acordos bilaterais residiriam no menor número de exigências feitas aos países em desenvolvimento, em comparação com as dos Estados Unidos, em matérias tais como livre conversibilidade de

57 Salacuse, 656.

moeda local e desapropriações. Muitos dos acordos foram firmados com países de independência recente e sobre os quais os ex-colonizadores ainda exerciam importante influência.[58]

Em 1981, os Estados Unidos iniciaram novo programa de negociações de acordos bilaterais com países em desenvolvimento e, em cinco anos, assinaram dez desses instrumentos. Sua apreciação pelo Senado norte-americano, porém, demorou dois anos, em razão de preocupações relativas à segurança nacional. Finalmente, em 1988, deixando de considerar os firmados com o Haiti e com o Panamá, aquele órgão do Congresso aprovou os demais instrumentos assinados (Senegal, Zaire, Marrocos, Turquia, Camarões, Bangladesh, Egito e Granada)[59], com a ressalva de que poderia tomar medidas para tratar de "ameaças incomuns e extraordinárias à segurança nacional."

Na medida em que se tornaram exportadores de capital, países como o Japão e o Kuwait, passaram igualmente a assinar tratados sobre investimentos. Até a década de 1980, esses acordos tendiam a vincular um país desenvolvido a um em desenvolvimento. Em 1980, porém, dois países em desenvolvimento – Cingapura e Sri Lanka – concluíram acordo com idêntico objetivo; e, em 1988, dois desenvolvidos – Estados Unidos e Canadá – incluíram regras sobre investimentos no Acordo de Livre Comércio de 1988.[60]

Os países de grande dimensão no Terceiro Mundo, como Nigéria e India, não haviam assinado instrumentos desse tipo até o final da década de 1980. Com poucas exceções, tampouco a maior parte dos países da América Latina havia assinado acordos bilaterais sobre investimento, o que se atribuía à influência da Doutrina Calvo.[61]

A tabela de acordos assinados[62], reproduzida a seguir, demonstra a evolução histórica, acima resumida. (Tabela 8).

---

58 Ibid., 657.

59 Ibid., 658.

60 Ibid., 659.

61 Ibid., 660.

62 United Nations, *World Investment Directory 1992*, 9.

TABELA 8
Tratados bilaterais de investimentos concluídos
por países desenvolvidos até meados de 1991

País	de 1960	de 1970	de 1980	de 1990	Total
Europa Ocidental					
Comunidade Européia					
Bélgica e Luxemburgo	2	7	16	4	29
Dinamarca	4	....	5	4	13
França	4	1	17	2	44
Alemanha	36	13	21	3	73
Grécia	1	1	1		3
Irlanda					
Itália	5	1	13	2	21
Países Baixos	4	12	14	2	32
Portugal	....	.....	2	1	3
Espanha	.....	.....	2	3	5
Reino Unido	.....	7	32	8	47
Outros da Europa Ocidental					
Austria	.....	1	7	2	10
Finlandia	.....	.....	7	2	9
Noruega	2	.....	3	4	9
Suécia	3	3	7	3	16
Suíça	19	14	9	9	51
Turquia	1	.....	7	4	12
América do Norte					
Canadá	.....	.....	1	2	3
Estados Unidos	.....	.....	10	3	13
Pacífico					
Austrália	.....	.....	1	.....	1
Japão	.....	1	2	.....	3
Nova Zelândia	.....	.....	1	.....	1
Outros					
Israel	.....	1	1	.....	2
África do Sul	.....	.....	.....	.....	.....
Total	83	82	178	58	404

O Brasil e os acordos bilaterais de investimentos

O Acordo de Garantia de Investimentos com os EUA

O primeiro instrumento relativo a investimentos ratificado pelo Brasil foi o Acordo de Garantia de Investimentos, assinado com os Estados Unidos, em 6 de fevereiro de 1965. Seu objetivo foi o de criar sistema de garantia de investimento para projeto ou atividade aprovados para esse fim. Exceto por aqueles relativos a solução de controvérsias, não foram incluídos, entre suas cláusulas, dispositivos atualmente constantes dos atuais Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos quanto a admissão, tratamento nacional e desapropriações[63].

O Acordo do Jardim das Rosas

Em 27 de junho de 1990, Presidente dos Estados Unidos, George Bush, proferiu discurso em que lançou a chamada Iniciativa para as Américas. Uma das suas três vertentes dizia respeito a investimentos e tratava de criar incentivos para a eliminação de barreiras à inversão estrangeira nos países latino-americanos.[64]

No âmbito da Iniciativa para as Américas, foi assinado acordo multipartite com o Brasil: o Acordo do Jardim das Rosas, envolvendo de um lado, os Estados Unidos da América e, de outro, os países que hoje conformam o MERCOSUL[65].

Esse acordo contém, em seu *preâmbulo*, uma série de parágrafos pelos quais as partes "reconhecem", inter alia, os "resultados positivos trazidos pelos investimentos estrangeiros" ; "o papel do GATT na geração de maiores volumes... de investimentos"; "o desejo de reduzir barreiras...

---

63 Ministério das Relações Exteriores, Seção de Publicações, *Acordo sobre Garantia de Investimentos Brasil-Estados Unidos da América*, Coleção de Atos Internacionais n.570, 1970.

64 Celso Amorim e Renata Prata Saint-Clair Pimentel, *Iniciativa para as Américas. "O Acordo do Jardim das Rosas"*, (mimeografado, Agosto 91/Março 92), 5.

65 Ibid.,23.

ao investimento"; e "consideram" de mútuo interesse estabelecer "mecanismo de intensificadas consultas e estímulo à liberalização... do investimento".

Na *parte operativa*, os países concordam em incluir na "Agenda de Ação Imediata", entre os tópicos para consultas, "meios para facilitar a ampla redução de barreiras... ao investimento nas Américas", o que compreenderia "reformas das políticas de investimento", "políticas de investimento orientadas para o mercado" e "medidas de investimento relacionadas com o comércio"[66].

Os acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos

Em janeiro de 1993, anunciava-se que o Chile seria o primeiro país a assinar um tratado de garantia e promoção de investimentos com o Governo brasileiro, por ter sido o mais rápido no atendimento da oferta nesse sentido. Na ocasião, a Alemanha e a Coréia estavam igualmente prestes a iniciar negociações.[67]

Em meados de 1993, havia a expectativa de que, até o final do ano, o Brasil assinaria acordos com o Chile e a Itália. Reuniões de negociações estavam sendo coordenadas também com a Alemanha, Portugal, França, Suíça, Reino Unido, Coréia do Sul e com os países membros do MERCOSUL. Trinta países já haviam manifestado interesse em novo modelo de acordo que buscava redação mais aceitável para o mecanismo de solução de controvérsias entre os estados contratantes.[68]

---

66 Ministério das Relações Exteriores, *Acordo entre os Governos da República da Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai, da República Oriental do Uruguai e o Governo dos Estados Unidos da América relativo a um Conselho sobre Comércio e Investimentos*, Boletim de Diplomacia Econômica, Edição Especial sobre as Relações Brasil-EUA, (Brasília: MRE,1993), 75-79.

67 Maria Helena Tachinardi, "Negociação de acordo com Chile", *Gazeta Mercantil*, 23 e 25 de janeiro de 1993.

68 Idem, "Brasil deve firmar acordos de proteção recíproca e promoção com Itália e Chile", *Gazeta Mercantil*, 2 de junho de 1993.

Em agosto de 1993, tornava-se público terem as delegações do Brasil e da Coréia do Sul chegado a um entendimento e rubricado, em Seul, a respectiva minuta de acordo sobre investimentos. Até então, haviam sido realizadas negociações com o Chile, a Alemanha e a Itália, esperando-se a resolução de "alguns pontos pendentes" para sua conclusão. Com Portugal também havia sido alcançado "texto consensual".[69]

O balanço do Governo a respeito do assunto foi assim resumido na Mensagem do Presidente Itamar Franco ao Congresso Nacional em 1994:

> *"Na área financeira, o Itamaraty desempenhou papel importante na coordenação de processo de negociação e conclusão de Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos.*
>
> *Foram rubricados acordos com quatro países, realizadas as primeiras etapas de negociações com três outros e concluídos os entendimentos relativos ao Acordo Quadripartite no âmbito do MERCOSUL".*[70]

Em 23 de março de 1994, os Ministros das Relações Exteriores do Brasil e do Chile assinaram Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos.[71]

Em resumo, o Brasil não dispõe de ampla rede de acordos bilaterais de investimentos, pois apenas recentemente começou a negociá-los.

TRATAMENTO NACIONAL

Muitos acordos bilaterais dispõem que o país receptor deve conceder *tratamento justo e equitativo* aos investimentos e aos investidores,

---

69 Idem, "Coréia assina acordo de proteçào de investimentos", *Gazeta Mercantil*, 19/08/93

70 Presidência da República, *Mensagem ao Congresso Nacional Na Abertura da 4a. Sessão Legislativa Ordinária da 49a. Legislatura*, (Brasília, 1994), 75.

71 "Acordo protege investimentos Brasil-Chile", *Jornal de Brasília*, 23 de março de 1994.

expressão de significado impreciso e sujeita a interpretações[72]. Outros têm redação mais abrangente exigindo *não-discriminação, total proteção e segurança legais*, ou *tratamento não inferior ao do direito internacional*.[73]

Em conseqüência dos resultados da Rodada Uruguais em matéria de TRIMs e GATS e das cláusulas do NAFTA, – a serem examinados nos capítulos seguintes – é de se prever que as negociação de novos Acordos de Promoção e Proteção de investimentos venham a incluir questões novas, como as relativas à propriedade intelectual e às medidas de investimentos relacionadas a comércio, como acesso a mercados ou subsídios.

72 Salacuse. 667.

73 Ibid.,668.

Canadá, a Espanha e os Estados Unidos. O Japão aderiu em 1964, a Finlândia em 1969, a Austrália em 1971 e a Nova Zelândia em 1973. Recentemente, foi aprovado o ingresso do México, como o 25º membro. Em 1994, solicitaram sua admissão como membros a Hungria, a Polônia, a República Checa e a Eslováquia[76]. Em 8 de junho de 1994, a Rússia assinou acordo de cooperação econômica com a OCDE.[77] A Coréia do Sul pretenderia solicitar sua admissão em 1994 de modo a se tornar membro em 1996.[78]

Desde sua constituição, os membros da OCDE vêm discutindo e negociando regras e diretrizes a respeito de investimentos. Em 1967, a OCDE publicou projeto de "Convenção para a Proteção de Participações Estrangeiras", na qual aparece a primeira referência explícita a *tratamento justo e equitativo*:

> *"... each of the parties undertakes to assure that at all times just and equitable treatment will be accorded to the property of the other parties; within its territory, each of the parties will provide constant protection and security to these holdings and will in no way hamper their management, their maintenance, their utilization, their enjoyment or their realization, by any unjustified or discriminatory measures...*
>
> *The provisions of this convention are without prejudice to the right of any party to authorize or to forbid the acquisition of holdings or the investment of capital within its territory by any nationals of another party."*[79]

76 Terence Roth, "OECD Plans Key Talks With Hungary, Poland, Czech Republic and Slovakia", *Wall Street Journal*, June 10, 1994.

77 Madeleine Drohan, "Russia signs co-operation pact with OECD", *Globe and Mail*, (Toronto), June 9, 1994.

78 Peter Norman, "OECD summit agrees new membership talks", *Financial Times*, (Londres), June 9, 1994.

79 Henri Schwann, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 12 J. World Trade L. 342 (1978), 342.

CAPÍTULO V

AS DIRETRIZES DA OCDE

ORIGENS

Historicamente, depois da Carta de Havana de 1948 (a ser analisada no Capítulo sobre o GATT), as primeiras discussões e tentativas para estabelecer regras multilaterais a respeito de investimentos internacionais ocorreram no seio da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico – OCDE, entidade que sucedeu a Organização para a Cooperação Econômica Européia – OCEE.

A OCEE

Em 1948, no contexto da reconstrução do pós-guerra, dezessete países europeus criaram a Organização para a Cooperação Econômica Européia – OCEE, com o objetivo amplo de "combinarem suas forças econômicas e juntarem-se para fazer o mais completo uso de suas capacidades individuais e potencialidades".[74]

A OCEE adotou diversas regras com respeito à liberalização da movimentação de capital entre seus membros. Em 1955, por exemplo, foram constituídas obrigações para os membros permitirem remessas relativas ao ingresso e à liquidação de investimentos diretos, posteriormente incorporadas no Código de Liberalização de Movimentos de Capital (1959).[75]

A OCDE

Em setembro de 1961, a OCDE sucedeu à OCEE. Seus vinte membros iniciais incluíam os dezessete países da OCEE e três novos: o

74 OCDE, *Introduction to the OECD Codes of Liberalisation (Revised Edition)*, (Note by the Secretariat), DAFFE/INV (93) 38/rev 1, (Paris: OCDE, 27-Jan-1994), 77.

75 Ibid.,76.

Em 1975, foi criado o "Comitê de Investimento Internacional e Empresas Multinacionais", incumbido da tarefa de preparar propostas na área. Após dezoito meses de negociações, o Conselho de Ministros da OCDE aprovou quatro documentos, entre os quais um anexo à Declaração relativo a *Diretrizes para Empresas Multinacionais* e uma Decisão do Conselho sobre *Tratamento Nacional*.

Segundo Richard D. Kauzlarich, do *Office of Investment Affairs do U.S. Department of State*, o Governo dos Estados Unidos relutou, inicialmente, em estabelecer regras para multinacionais[80]. Concordou, ao final, com a idéia de diretrizes como meio

– para permitir a transformação de críticas genéricas contra multinacionais em expectativas mais concretas com relação ao comportamento destas;

– para dar às empresas uma oportunidade de compreender claramente o que os governos esperam em termos de seu comportamento; e

– para, através da promoção de código internacional, desencorajar leis de investimentos nacionais abrangentes.

O objetivo norte-americano nas negociações passou a ser, então, o estabelecimento de "um padrão multilateral aceitável para o tratamento de investimento estrangeiro direto, conjugado a um monitoramento sistemático do cumprimento desse padrão pelos governos".

Alguns outros países da OCDE, entretanto, arguíam que regras multilaterais relativas às responsabilidades governamentais deveriam ser contrabalançadas por regras sobre o comportamento de empresas multinacionais – um código de conduta.[81]

Esse sentimento com relação a multinacionais – que, no início da década de 1970, caracterizaria a posição dos países em desenvolvimento

---

80 Richard D. Kauzlarich. *The Review of the 1976 OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*. 30 Am. U. L. Rev.1009(1981).1012.

81 Ibid..1011-112

nas negociações, na ONU, do Código de Conduta de Transnacionais – era compartilhado por alguns países europeus e pelo Canadá, com relação aos Estados Unidos. Kauzlarich refere-se, nesse sentido, ao temor europeu da influência exercida pelas multinacionais dos Estados Unidos, exemplificado pela publicação, em 1968, do livro de Jean-Jacques Servan-Schreiber, *Le Défi américain*[82].

As Diretrizes para Empresas Multinacionais

Em 21 de junho de 1976, os membros da OCDE adotaram a Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais e seu Anexo I, denominado *Diretrizes para Empresas Multinacionais*.

Lembra Kauzlarich ter a adoção das Diretrizes em 1976 coincidido com importantes mudanças internacionais: redução de crescimento econômico e preocupação com desinvestimento; aumento da participação de empresas européias e japonesas entre as principais multinacionais; aumento do número de multinacionais estatais procedentes da Europa; crescimento de *joint-ventures*, licenciamentos e outras formas de associação em substituição a estabelecimento de filiais totalmente pertencentes à matriz; e aumento da influência de sindicatos internacionais na Europa.

Os conceitos da OCDE sobre *tratamento nacional* causaram dificuldades aos governos da Austrália e do Canadá, cujas leis promoviam o desenvolvimento de indústrias nacionais. Esses países obtiveram uma exceção "geral" à regra, reservando-se o Canadá o direito de regulamentar investimentos estrangeiros.[83]

Em 1979, 1984 e 1991 foram realizadas Revisões das Diretrizes da OCDE. Nessas reuniões teve origem o sistema de exame do *Tratamento Nacional* e de suas exceções.

82 Ibid.,1011, nota 11.

83 Schwamm, *The OECD Guidelines*, 347.

EVOLUÇÃO RECENTE DO TEMA NA OCDE

John Dunning, especialista em multinacionais e Professor na *Rutgers University*, resumiu a mudança de atitudes e ações dos países membros da OCDE com relação a multinacionais ocorrida na década de 1980 da seguinte forma[84]:

– Houve uma liberalização geral de políticas com relação ao ingresso de investimento direto e à eliminação de restrições e obstáculos na maior parte de importações de capital. Os países que mais liberalizaram na década de 1980 foram a França, Espanha e Portugal; na década de 1990, a Grécia tem seguido o mesmo caminho.

– Muitos países da OCDE substituíram procedimentos pormenorizados de autorização para investir por simples notificações ou processos de acompanhamento. As autorizações ficaram restritas a grandes operações ou aquisições de companhias. Na maior parte dos casos, a autorização envolve um único órgão. Também nesse aspecto, a maior liberalização ocorreu em Portugal, na Espanha e na França.

– Muitas restrições setoriais foram eliminadas ou reduzidas. Foi permitido o acesso a setores antes totalmente inacessíveis a investidores estrangeiros. No entanto, no final da década de 1980, a maior parte dos países da Comunidade Européia ainda limitava e/ou estipulava condições para investimentos de países não-membros da CEE no setor financeiro e de seguros, serviços de telecomunicações básicas (Espanha), radiodifusão (Espanha, Reino Unido e França), publicação (França), energia nuclear, atividades relativas ao petróleo (França), linhas aéreas (Espanha, Itália, Reino Unido, Irlanda e Luxemburgo), transporte marítimo – particularmente o registro de navios e o acesso de embarcações de propriedade estrangeira a cabotagem – (a maioria dos países de CEE), pesca (Itália, Irlanda, Dinamarca e França) e fabricação de armamentos (Dinamarca, Espanha, França e Países Baixos).

---

84 John Dunning, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, (Suffolk, Great Britain: Addison-Wesley Publishers Ltd., 1992), 571-572.

– A redução ou eliminação de todos os controles de câmbio para ingresso de investimentos. Nesse aspecto, as reformas mais radicais ocorreram na França, Espanha, Portugal e Grécia. Há agora liberdade cambial, embora na França, em Portugal e na Grécia ainda existissem, no final da década de 1980, algumas restrições para países não-membros da CEE.

– Restrições a financiamento local de despesas de capital por não-residentes também foram reduzidas. As remanescentes dizem respeito a dispositivos genéricos sobre o acesso por não-residentes aos mercados locais de capital, como os existentes na Itália, em Portugal e na Espanha no final da década de 1980.

– Dispositivos mantidos por países membros com base em considerações de segurança nacional e de ordem pública continuam numerosos, tendo alguns sido até mesmo fortalecidos, especialmente nos setores de tecnologia de ponta.

– Progresso menor ocorreu no setor de serviços. Na década de 1980, eram impostas condições de reciprocidade pelas quais somente receberia tratamento nacional o investidor estrangeiro procedente de país em que igual tratamento era concedido a empresas procedentes do país receptor. Essas imposições ocorriam mais freqüentemente com relação a multinacionais com sede nos EUA e do Japão. Por exemplo, no setor de bancos, condições de reciprocidade eram exigidas pela Bélgica, Alemanha e Reino Unido; no setor de seguros, por Luxemburgo e Portugal; e no setor de serviços financeiros, pela Dinamarca e por Portugal.

– Apesar da tendência à liberalização de atitudes e políticas com relação a atividades das empresas multinacionais, muitos países, inclusive aqueles de posição favorável a investimentos, no período, ainda encorajavam ou mesmo insistiam em que países investidores aceitassem certos requisitos de desempenho.

A OCDE está examinando atualmente a possibilidade de elaborar novo instrumento sobre investimentos.[85] Em junho de 1992, o Conselho da OCDE convidou seu Secretário-Geral a preparar um estudo para explorar as vantagens e a factibilidade de um "instrumento mais amplo sobre investimentos" que combinaria, entre outros, os Códigos de Liberalização, as Diretrizes para Empresas Multinacionais e as Decisões sobre Tratamento Nacional e sobre Incentivos e Desincentivos.

Os comitês que examinaram o assunto apresentaram, entre outras propostas, a de que os compromissos de tratamento nacional se tornassem obrigatórios e não mais meramente voluntários.[86]

Tratamento Nacional

A regra de *tratamento nacional* da OCDE abre exceções para considerações de ordem pública e de segurança nacional[87] e ressalva o dever de as companhias pertencentes ou controladas por nacionais de outro país membro da OCDE serem *tratadas não menos favoravelmente do que empresas domésticas* em situações semelhantes e de acordo com o Direito Internacional.

O sistema de exame do tratamento nacional na OCDE

De acordo com a Decisão do Conselho da OCDE sobre Tratamento Nacional, o sistema em vigor prevê que os países membros notifiquem, no prazo de 60 dias após a adoção, todas as medidas que constituam exceções ao tratamento nacional ou sobre este incidam.

---

85 Kline, *International regulation*, menciona, nesse sentido, Nota do Secretariado da OCDE intitulada "Feasibility study of a wider investment instrument" de 19 de novembro de 1992.

86 United Nations, *World Investment Report 1993*, 34.

87 The World Bank, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Vol.I: Survey of Existing Instruments,(Washington D. C.: The World Bank Group, 1992), 79.

A OCDE considera a notificação com vistas a determinar se o membro está cumprindo seus compromissos para com a Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais (da qual, como se recorda, as Diretrizes constituem um Anexo). As exceções e outras medidas notificadas por um membro devem ser examinadas periodicamente com intervalos não-excedentes a três anos. Esse acompanhamento regular tem por objetivo a apresentação de proposta ao membro para que retire suas exceções.

Se algum membro considerar que outro, apesar de seus compromissos para com o Tratamento Nacional, manteve, introduziu ou reintroduziu medidas que entenda serem-lhe prejudiciais, poderá trazer a questão para a OCDE, independentemente de qualquer entendimento bilateral que venha manter sobre a questão.

Na atual Lista de Medidas de Tratamento Nacional Registradas como Exceções (notificadas até 15 de julho de 1992) surpreende o grande número de reservas apresentadas.[88]

Sem computar as exceções apresentadas meramente para fins de transparência (relativas a ordem pública e segurança nacional), verifica-se a ordem de países, segundo o número de reservas apresentadas na Tabela 9. Uma contagem indica os setores objeto de maior freqüência de exceções ao tratamento nacional na forma apresentada na Tabela 10.

Conclui-se da leitura dos dados acima haver, de um lado, grande concentração das restrições no setor de serviços (transporte, financeiros, comunicação e telecomunicação), e, de outro, maior número de exceções ao tratamento nacional em países de economias mais importantes, como EUA e França, e menor número em países como Dinamarca, Luxemburgo ou Irlanda, possivelmente por não haver nestes últimos setores nacionais importantes a serem protegidos. Alguns países de porte médio, como o Canadá e a Áustria, porém, mantêm igualmente numerosas exceções, provavelmente em razão da proximidade geográfica a economias influentes (Estados Unidos e Alemanha).

---

88 OCDE, *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises*, (Paris, 1993),62-185.

TABELA 9

Número de Reservas Apresentadas por Países

Canadá	33
Estados Unidos	18
França	14
Austria	13
Finlandia	12
Noruega	10
Itália	9
Nova Zelândia	8
Turquia	8
Suíça	7
Islândia	7
Reino Unido	7
Bélgica	6
Portugal	6
Espanha	5
Suécia	5
Países Baixos	5
Alemanha	5
Austrália	4
Grécia	4
Irlanda	2
Japão	2
Luxemburgo	2
Dinamarca	1

TABELA 10
Setor objeto de maior frequência de exceções ao tratamento nacional

Setor	Número de Países
Setor de Serviços de Transporte	
Transporte Aéreo	24
Transporte Marítimo	16
Outras Atividades Marítimas	10
Em Águas Interiores	5
Transporte Rodoviário	4
Transporte Público	1
Setor de Serviços Financeiros	
Bancos	11
Serviços Financeiros	10
Seguros	5
Fidúcia, Empréstimos e Investimentos	1
Bolsa de Valores	1
Corretagem de Valores e Investimentos Coletivos	1
Setor de Energia e Recursos Naturais	
Energia em Geral	1
Energia Hídrica e Geotérmica	1
Petróleo e Gás	3
Urânio	1
Mineração	5
Pesca	10
Inclusive de Baleia	1
Atividades Florestais	1
Setor de Comunicação e Difusão Cultural	
Televisão	6
Radiofusão e Televisão (4) Inclusive a Cabo	1
Publicação e Distribuição de Livros	2
Filmes	1
Distribuição de Filmes	1
Jornais	1
ExceçõesTrans-Setoriais	10
Setor Imobiliário	
Imóveis	6
Terrenos Industriais	1
Terras Rurais	1
Setor de Telecomunicações	5
Agricultura	3
Diversos	
Serviços de Emprego	1
Serviços de Segurança	1
Serviços Contábeis e Jurídicos	1
Serviços de Turismo	1

CAPÍTULO VI

O PROJETO DE CÓDIGO DE CONDUTA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

ORIGEM

A Nova Ordem Econômica Internacional

O projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais teve origem no âmbito da chamada Nova Ordem Econômica Internacional, iniciativa dos países em desenvolvimento que, desde seu lançamento em 1974, enfrentou oposição de países desenvolvidos.

A *Declaração* da Nova Ordem Econômica Internacional tratou das empresas multinacionais ao dispor que as atividades de empresas transnacionais deveriam ser objeto de regulamentação e supervisão:

> *"regulation and supervision of the activities of transnational corporations in the interest of the national economies of the countries where such transnational corporations operate on the basis of the full sovereignty of those countries".* [89]

Embora adotada sem votação, a Resolução 3201 (S-VI) da Assembléia Geral, que estabeleceu a Declaração da Nova Ordem Econômica Internacional, foi objeto de críticas por parte de países desenvolvidos. O representante dos Estados Unidos lamentou o fato de seu país não poder apoiar a resolução, porque o texto não contrapôs, ao direito de nacionalizar, o dever de pagar indenização de acordo com o direito internacional. Os representantes do Reino Unido, RFA, França e Japão fizeram declarações sobre o fato de o direito de nacionalização ser

---

89 United Nations, *Declaration of the Establishment of a New International Economic Order*, G.A. Res. 3201 (S-VI), 6 U.N. GAOR Supp. (No.1), U.N. Doc. A/9559 (1974).

inerente ao direito internacional, bem como sobre a conseqüente necessidade de ser exercido sob regras internacionais.[90]

Em 1975, ainda no âmbito da Nova Ordem, foi aprovada a *Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados* contendo o seguinte dispositivo sobre o tratamento de investimento estrangeiro: *"no state shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment"*[91]

Aprovada pela Resolução 3281 (XXIX) da Assembléia Geral daquele ano, a *Carta* foi adotada por votação em que 120 países apoiaram o projeto, 6 se opuseram (Bélgica, Dinamarca, RFA, Luxemburgo, Reino Unido e EUA) e 10 se abstiveram (Austria, Canadá, França, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Países Baixos, Noruega e Espanha). A insatisfação dos países desenvolvidos com relação às iniciativas dos países em desenvolvimento no âmbito da Nova Ordem Internacional iria marcar o debate sobre o projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais, em típica discussão Norte-Sul.

O Projeto de Código de Conduta

Em 1977, constituiu-se Grupo de Trabalho, sob os auspícios da Comissão de Empresas Transnacionais da ONU, para formular um Código de Conduta de Empresas Transnacionais. Após longo e prolongado debate, esse Grupo de Trabalho conseguiu formular, no início da década de 1980, projeto preliminar de Código.[92]

Concebido, do ponto de vista dos países em desenvolvimento, como esforço para coibir excessos das transnacionais, no curso das negociações, os países membros da OCDE lograram ampliar o escopo do Código para compreender também o tratamento das transnacionais pelos países receptores.[93]

---

90 Ibid.,64.

91 Ibid., 79.

92 Shihata, *Promotion* ,492.

93 Asante, 589

Segundo o ex-Diretor do *U.N. Centre for Transnational Corporations*, Peter Hansen, a formulação de padrões gerais para comportamento empresarial constituiu tarefa relativamente fácil e, em 1982, a maior parte dos dispositivos a esse respeito já havia sido acordada, em princípio. A partir de então, as negociações sobre o Código se concentraram na solução das questões remanescentes, principalmente as constantes da seção dedicada ao *tratamento* de empresas transnacionais.

Nos anos seguintes, houve progresso na formulação de regras em temas que pareciam difíceis, como a definição de empresas transnacionais, aplicação do Código a empresas estatais, a elaboração de um princípio de não-interferência em assuntos internos dos países receptores e a formulação de padrões de indenização nos casos de nacionalização de propriedade estrangeira. Permaneceram, entretanto, as diferenças sobre tópicos, tais como referência ao direito internacional, solução de controvérsias e *tratamento nacional*.[94]

Em 1992, foram suspensas as negociações do Código. Nos termos do relatório do Presidente da XLVI Sessão da Assembléia Geral, em 23 de julho de 1992, o projeto de Código de Conduta seria revisto "à luz do ambiente internacional modificado".[95]

Tratamento Nacional

Em 1983, pelo número de colchetes que ainda se encontravam na Cláusula de Tratamento Nacional, pode-se ter uma idéia das dificuldades que as negociações experimentavam:[96]

---

94 Peter Hansen e Victoria Aranda, *An emerging Framework for Transnational Corporations*,14 Fordham Int'l L.J. 881 (1991),887.

95 The World Bank, *Legal Framework*, Volume II,9, nota 1.

96 United Nations, Commission on Transnational Corporations, *Report on the Special Session*,(7-18 March and 9-21 May 1983), Economic and Social Council Official Records, 1983, Supplement No.7, E/1983/Rev.1 e E/C.10/1983/S/5/Rev.1, 30.

TREATMENT OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS

A. General treatment of transnational corporations by the countries in which they operate

47. States have the right to regulate the entry and establishment of transnational corporations including determining the role that such corporations may play in economic and social development and prohibiting or limiting the extent of their presence in specific sectors.

48. Transnational corporations should receive [fair and] equitable [and non-discriminatory] treatment [under] [in accordance with] the laws, regulations and administrative practices of the countries in which they operate [as well as intergovernmental obligations to which the Governments of these countries have freely subscribed] [consistent with their international obligations] [consistent with international law].

49. Consistent with [national constitutional systems and] national needs to [protect essential/national economic interests,] maintain public order and to protect national security, [and with due regard to provisions of agreement among countries, particularly developing countries,] entities of transnational corporations should be given by the countries in which they operate [the treatment] [treatment no less favourable than that] [appropriate treatment]. accorded to domestic enterprises under their laws, regulations and administrative practices [when the circumstances in which they operate are similar/identical] [in like situations]. [Transnational corporations should not claim preferential treatment or the incentives and concessions granted to domestic enterprises of the countries in which they operate.] [Such treatment should not necessarily include extension to entities of transnational corporations of incentives and concessions granted to domestic enterprises in order to promote self-reliant development or protect essential economic interests.]

Os delegados presentes às reuniões da Comissão de Empresas Transnacionais não haviam chegado a consenso sequer sobre expressões hoje comumente encontradas em acordos bilaterais e regionais, tais como "tratamento justo e equitativo".

Os países em desenvolvimento propunham fossem acrescentadas, às exceções ao tratamento nacional devidas a "considerações de ordem pública e segurança nacional", outras relativas à "compatibilidade com as constituições nacionais e com os objetivos de desenvolvimento".[97] Por sua parte, os países desenvolvidos insistiam na referência genérica ao direito internacional e às obrigações internacionais, como fonte principal para o tratamento de empresas transnacionais[98]. Constava, pois, do texto em discussão:[99]

VII NATIONAL TREATMENT

1. "States in general should endeavour to give entities of transnational corporations operating in their territories treatment at least equivalent to that accorded to domestic enterprises in like situations.

2. "Consistent with national constitutional systems and national requirements for maintaining public order and for safeguarding national security and other vital national interests and consistent with socio-economic systems as reflected in national constitutions and other laws, entities of transnational corporations once established in a country, should be given by that country treatment similar to that accorded to domesic enterprises".

De acordo com o relatório do Presidente da Sessão Especial da Comissão de Empresas Transnacionais das Nações Unidas, em junho de 1985, a redação proposta era a seguinte:

2. NATIONAL TREATMENT

"Subject to national requirements for maintaining public order and protecting national security and consistent with national constitutions, and without prejudice to measures specified in legislation relating to declared development objectives of the

97 The World Bank, *Legal Framework*, 82.

98 Hansen e Aranda, *An Emerging Framework*,887.

99 United Nations, Comission on Transnational Corporations, *Proposals made by delegations at the reconvened session* (June 1984), E/C.10/1985/5,7.

developing countries, entities of transnational corporations should be given treatment accorded to domestic enterprises in similar circumstances."

O exercício [illegible], porém até 1992, sem a obtenção de acordo quanto à redação da cláusula. O fracasso das negociações na ONU teve como conseqüência a escolha, por parte dos países desenvolvidos, de outros foros instados pelos Estados Unidos a tratarem da questão de investimentos: primeiramente o Banco Mundial e, posteriormente, o GATT, como se verá nos capítulos subseqüentes.

CAPÍTULO VII

AS DIRETRIZES DA MIGA DO BANCO MUNDIAL

ANTECEDENTES

O Banco Mundial e os investimentos

Entre os objetivos constantes dos estatutos constitutivos do Banco Mundial, aprovados em 1945, encontra-se o de "promover investimento estrangeiro privado".[100] No entanto, suas atividades na área de investimentos têm-se concentrado menos na promoção do que na segurança dos investimentos e na solução de controvérsias.

Assim, em 1948, apenas um ano após o início de operações de empréstimos, planos para garantir investimentos estrangeiros contra riscos não-comerciais começavam a ser discutidos no Banco Mundial.[101]

Durante as décadas de 1950 e 1960, diversas fontes externas ao Banco propuseram a criação de um esquema multilateral de seguro de investimentos. Uma dessas propostas foi apresentada pela OCDE em 1965 no documento intitulado *Report on the Establishment of a Multilateral Investment Guarantee Corporation*.[102] Em 1966, 1968 e 1972, foram discutidos sucessivos projetos de estatutos para uma Agência Internacional para Seguro de Investimentos.

No que diz respeito à solução de controvérsias, desde 1966 funciona junto ao Banco, com base em uma Convenção, o Centro Internacional

---

100 Shihata, *Promotion*, 499.

101 Ibrahim F.I. Shihata, *MIGA and the Standards Applicable to Foreign Investments*, 1 ICSID Rev.-FILJ, 327 (1986), 327, nota 2.

102 Ibid.

para Solução de Controvérsias de Investimentos, voltado à arbitragem voluntária entre investidores e países receptores.[103]

A Criação da MIGA

Em 1981, o Banco Mundial lançou nova iniciativa para criar uma agência de garantia de operação de investimentos. Após estudos no próprio Banco, consultas a países membros e a organizações e associações empresariais e profissionais, em março de 1985, foi preparado e distribuído, entre os governos, projeto de Convenção para o estabelecimento de uma Agência.

Entre junho e setembro de 1985, os Diretores Executivos revisaram o texto do projeto. Um dos pontos de discórdia, na ocasião, constituiu o relativo à inclusão ou não de padrões de *tratamento* de investimentos estrangeiros.

Os opositores da inclusão alegavam não ser a Convenção da *Multilateral Investment Garantee Agency* – MIGA lugar adequado para a incorporação de tais padrões, ainda em discussão no projeto de Código de Conduta da ONU.

A fórmula conciliatória, foi, de um lado, não incluir dispositivos sobre padrões para o *tratamento* de investimentos, mas, de outro, reconhecer a importância destes no Preâmbulo e referir-se a suas implicações operacionais nos Artigos 12(d) e 23 (b)[104]:

"The Contracting States

"Desiring to enhance the flow to developing countries of capital and technology for productive purposes under conditions consistent with their development needs, policies and objectives, on the basis of fair and stable standards for the treatment of foreign investment;"

103 Ibid., 505.

104 Ibid., 329.

ARTICLE 12 ELIGIBLE INVESTMENTS

(c) Guarantees shall be restricted to investments the implementation of which begins subsequent to the registration of the application for the guarantee by the Agency. Such investment may include":

(iv) the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment.

ARTICLE 23 INVESTMENT PROMOTION

(b) The Agency also shall:

(ii) endeavor to conclude agreements with developing countries, and in particular with prospective host countries, which wil l assure that the Agency, with respect to investment guaranteed by it, has treatment at least as favorable as that agreed by the member concerned for the most favored investment guarantee agency or State in a agreement relating to investment,..."[105]

Submetido à Junta de Governadores do Banco Mundial, o texto revisado foi adotado, em Seul, por resolução de 11 de outubro de 1985, criando-se a *Multilateral Investment Guarantee Agency* -MIGA[106].

Jürgen Voss, advogado do Banco Mundial, em artigo publicado em 1986, buscou explicar as semelhanças e as diferenças entre as Diretrizes da MIGA e o Código de Conduta das Empresas Transnacionais, então ainda em discussão na ONU. A MIGA buscaria indenizar investidores por perdas derivadas de medidas tomadas por Governos de países receptores em violação aos padrões estabelecidos no Código, na parte referente a tratamento.

Este instrumento da ONU enunciaria padrões de comportamento tanto para investidores quanto para governos. A MIGA não estabeleceria

---

105 Henkin et alli, Basic Documents Supplement, 572.

106 Shihata, *MIGA*, 328.

padrões, mas determinaria, caso a caso, as exigências para ingresso do investimento no país receptor.[107]

Em 1988–mesmo ano da entrada em vigor da MIGA – o Banco Mundial procedia a uma revisão das suas atividades com a finalidade de "fortalecer tanto o fluxo de investimentos comerciais para países em desenvolvimento quanto de investimentos privados nacionais nesses países"[108]. Como resultado, os Diretores Executivos do Banco Mundial adotaram um Programa de Ação para Desenvolvimento do Setor Privado em janeiro de 1989.[109]

Até 1991, a MIGA havia concluído os primeiros quinze contratos de garantia, de um total de trinta operações aprovadas entre os 400 pedidos recebidos[110]. Até aquele ano, por outro lado, 95 dos 106 países que haviam aderido à Convenção sobre Solução Pacífica de Litígios em matéria de Investimentos, ratificaram-na, tornando-se Estados Contratantes[111].

O Brasil e a MIGA

Em 23 de setembro de 1990, o Brasil assinou a Convenção que estabeleceu a MIGA. O Congresso aprovou a decisão em 16 de setembro de 1992 e, em 8 de dezembro de 1992, o Presidente Itamar Franco promulgou a Convenção pelo Decreto 698, tornando-a obrigatória no país.

A decisão de adesão à MIGA foi qualificada, pelo Embaixador Paulo Nogueira Batista, de "duvidosa senão gratuita" :[112]

"As posturas "colloridas" na Rodada Uruguai com certeza não ajudam uma inserção inteligente e vantajosa do Brasil na economia mundial, com

---

107 Jürgen Voss. *MIGA and the Code of Conduct*, 22 CTC Rep. 51 (1986), 54

108 Shihata, *Promotion*, 503.

109 Shihata, *Promotion*, 499.

110 Shihata, *Promotion*, 504.

111 Shihata, *Promotion*, 505.

112 Nogueira Batista,116.

base em investimentos e tecnologia estrangeiros. No contexto das novas regras internacionais que Collor se mostrou preparado a aceitar nesse terreno, no âmbito do GATT, torna-se ainda mais duvidosa, senão gratuita, a decisão do ex-presidente de aderir à MIGA, a Convenção patrocinada pelo Banco Mundial a respeito de garantias de investimentos."

As diretrizes da MIGA

Em abril de 1991, por proposta da França[113], o Comitê de Desenvolvimento do Banco Mundial-FMI pediu à MIGA a formulação de um "conjunto de princípios" (*legal framework*) para a promoção de investimento estrangeiro direto.

Para esse fim o Presidente do Banco Mundial determinou a constituição de grupo de trabalho sob a liderança de Ibrahim Shihata, Vice-Presidente, e composto de consultores jurídicos de outros órgãos (IFC e MIGA). O grupo de trabalho deveria reportar-se em relatório ao Comitê de Desenvolvimento, não podendo o Banco Mundial impor regras obrigatórias para reger a conduta dos Estados membros, nem fazê-lo em qualquer outra área. Segundo ainda os membros do grupo de trabalho, um projeto de convenção ou tratado sobre investimentos poderia ser preparado e aberto à assinatura de países interessados. Não obstante, recomendaram, naquele momento, a preparação de conjunto de diretrizes (*guidelines*) não-obrigatórias que "pudessem influenciar o desenvolvimento do direito internacional na matéria, com vistas à preparação de regras por organismo de ampla adesão" (*universal membership*)[114] Dessa forma, o Banco Mundial deixava para a ONU o trabalho de desenvolver instrumento abrangente, e se reservava o papel de, por meio do estabelecimento de diretrizes, influenciar na sua elaboração.

Em maio de 1992, o primeiro projeto de diretrizes foi submetido aos Diretores Executivos do Banco Mundial, isto é, à MIGA. Após processo

---

113 Shihata, *Promotion*, 493.

114 The World Bank, *Legal Framework*, Volume II: Guidelines, Introductory Note de Ibrahim Shihata, 5.

de consultas a diversas entidades e alterações, o texto resultante foi levado, em setembro de 1992, à consideração do Comitê de Desenvolvimento. Este o examinou e distribuiu entre os países membros. Do Comunicado da reunião do Comitê constou que as diretrizes deveriam "servir como passo importante no desenvolvimento progressivo da prática internacional na área".

Segundo o relatório do Comitê de Desenvolvimento, apresentado em 23 de julho de 1992, as Diretrizes diferiam da tarefa então em curso no Centro de Empresas Transnacionais da ONU em, ao menos, dois aspectos:

– não incluíam "regras de boa conduta por parte dos investidores estrangeiros" e

– não objetivavam "codificar regras de direito internacional acordadas e obrigatórias".[115]

Tratamento Nacional

Sob o título *Tratamento*, a Diretriz III recomenda padrões para amplo espectro de atividades relativas a investimentos estrangeiros (estabelecimento, operação, administração, controle e exercício de direitos) nos seguintes termos (1):

> *"For the promotion of international economic cooperation through the medium of private foreign investment, the establishment, operation, management, control, and exercise of rights in such an investment, as well as other associated activities necessary therefor or incidental thereto, will be consistent with the following standards which are meant to apply simultaneously to all States without prejudice to the provisions of applicable international instruments, and to firmly established rules of customary international law."*[116]

115 Ibid., 9.

116 Ibid., 19.

Assim, cada Estado deveria conceder *tratamento justo e equitativo*, nos padrões recomendados nas Diretrizes, aos investimentos "estabelecidos no seu território por nacionais de qualquer outro Estado" (2).

A Diretriz III estabelece, com pormenores, os padrões a serem seguidos no *tratamento* de investimentos estrangeiros, incluindo questões relativas a licenças de importação e exportação, concessão de vistos de entrada e de saída do país e, até mesmo, aspectos de propriedade intelectual:

"With respect to the protection and security of their person, property rigths and interests, and to the granting of permits, import and export licenses and the authorization to employ, and the issuance of the necessary entry and stay visas to their foreign personnel, and other legal matters relevant to the treatment of foreign investors as described in Section 1 above, such treatment will, subject to the requirement of fair and equitable treatment mentioned above, be as favorable as that accorded by the State to national investors in similar circumstances. In all cases, full protection and security will be accorded to the investor's rights regarding ownership, control and substantial benefits over his property, including intellectual property".(3,"a")

Com respeito a investimentos de diferentes países, a Diretriz III dispõe que o Estado receptor não deve discriminar entre investidores estrangeiros com base em nacionalidade (3,"b"). Afirma que nada em seu texto "intitulará automaticamente nacionais de outros Estados a padrões de tratamento mais favoráveis do que os concedidos a certos Estados sob qualquer união aduaneira ou acordo de livre comércio" (4).

As obrigações dos Estados são enunciadas de forma tanto genérica quanto específica. Assim, deveriam estes emitir prontamente as licenças e as permissões e conceder as concessões necessárias à operação ininterrupta do investimento admitido (5,"a") e autorizar o emprego de pessoal estrangeiro necessário para a eficiente operação do investimeno (5,"b").

O § 6 da Diretriz III dispõe que cada Estado, "com relação a investimentos privados de nacionais de outros Estados no seu território", deveria permitir livremente remessas periódicas:

– de parte razoável dos salários e outras remunerações de pessoal estrangeiro;

– de todos os rendimentos dessas remunerações.

– na liquidação do investimento ou término antecipado do emprego;

– de rendimentos líquidos percebidos pelos investimentos;

– das quantias que forem necessárias para o pagamento de dívidas contraídas, ou liquidação de outras obrigações contratuais incorridas com relação ao investimento, quando de seus vencimentos;

– do valor dos ativos líquidos e acréscimos a estes, todos de uma vez, no caso de liquidação ou venda do investimento e de qualquer outra quantia à qual o investidor tiver direito relativa a desapropriações e liquidações decididas em processo de solução pacífica de litígios (6,1).

Recomenda ainda a Diretriz III que as remessas sejam feitas:

– (a) na moeda aportada pelo investidor, quando conversível, em outra moeda designada como de uso livre pelo Fundo Monetário Internacional; ou, ainda, em outra moeda aceita pelo investidor e

– (b) à taxa de câmbio vigente no momento da remessa (6,2).

Finalmente, sempre com respeito a remessas, a Diretriz III dispõe que o Estado receptor do investimento deveria pagar juros "à taxa normal aplicável para a moeda local" relativamente ao período entre a data em que a quantia a ser remetida for colocada à disposição do Banco Central e a data da efetiva remessa" (6,3).

Nesse ponto, a Diretriz III afirma que seus dispositivos relativos a remessas de capital também se aplicam à transferência de "qualquer

indenização por perda devida a guerra, conflito armado, revolução ou insurreição, desde que essa indenização seja devida em virtude da legislação pertinente"(6,4).

Com respeito a lucros obtidos de investimentos existentes e a quantias derivadas da venda ou liquidação desses investimentos, a Diretriz III recomenda que cada Estado permita e facilite seu reinvestimento no seu território (7).

Pela mesma Diretriz, a questão longamente discutida nas Nações Unidas sob o título de Prática Comerciais Restritivas limita-se à recomendação de que cabe, a cada Estado, a responsabilidade de tomar medidas para prevenir e controlar práticas empresariais de corrupção e promover a responsabilização (*accountability*) e a transparência no trato com investidores estrangeiros.(8)

Por último, a Diretriz III recomenda:

– aos países em desenvolvimento, a não-concessão de incentivos fiscais aos investimentos (9)

– aos países desenvolvidos e com capital excedente, a não-obstrução de fluxos de investimentos de seus territórios para países em desenvolvimento e a adoção de medidas para facilitar esses fluxos, inclusive acordos fiscais, garantias de investimentos, assistência técnica e o fornecimento de informações.

Em resumo, as Diretrizes da MIGA incluíram elementos de interesses dos países investidores, avançando conceitualmente em relação às Diretrizes da OCDE, em especial com relação a remessas ou transferências por parte de investidores estrangeiros.

CAPÍTULO VIII

AS REGRAS DO NAFTA SOBRE INVESTIMENTOS

ORIGENS

As restrições canadenses

Em 1973, durante governo do Partido Liberal, então sob a chefia de Pierre Trudeau, foi aprovada no Canadá legislação restritiva de investimentos estrangeiros. Embora atenuada em 1984 por modificação proposta pela administração conservadora de Brian Mulroney, a lei de investimentos, ainda em 1985, permitia ao governo negar a entrada de empresas estrangeiras, ao exigir dos investidores, como condição prévia à entrada, a demonstração de padrões de desempenho. Assim, deviam estes, ao ingressar no país, assumir para com o Governo canadense compromissos que incluíam metas de exportação e de utilização de certas quantidades de peças e serviços nacionais no processo produtivo.

O Canadá não assinou a Convenção sobre Solução Pacífica de Controvérsias entre Estados e Nacionais de Outros Estados. Embora membro da OCDE, tardou a assinar o Código de Liberalização de Movimentos de Capital, e, ao fazê-lo, apresentou reservas, entre as quais a relativa ao direito de estabelecimento, de modo a permitir a continuidade do seu sistema de seleção de investimentos. Como parte da Declaração da OCDE sobre Investimentos Internacionais de 1976, o Canadá foi o primeiro país a ser convocado a dar explicações sobre *tratamento nacional* (no tocante a sua política energética).[117]

---

117 Christopher Thomas, "An Analysis of Chapter 16:Investment", in *Understanding the free trade agreement*, Donald McRae e Debra Steger.(ed.) (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1988), 167-168.

Em 1982, o Canadá sofreria importante revés na sua política de investimentos. Como se verá adiante na análise das TRIMs, a pedido dos Estados Unidos, foi constituído no GATT um *panel* para examinar a legalidade da legislação canadense sobre investimentos. Sua decisão foi no sentido de que os compromissos de compra de insumos canadenses, constante da legislação, contrariavam o Artigo III do GATT por atribuírem proteção à produção nacional.

Em resumo, o Canadá, tendo sempre presente preocupação com o grau de influência das empresas dos Estados Unidos em sua economia, mantinha, desde a década de setenta, legislação seletiva de investimentos estrangeiros e relutava, até meados da década de 1980, em assinar compromissos que modificassem esses mecanismos de proteção.

O Acordo Canadá-Estados Unidos de Livre Comércio

Em março de 1985, o Presidente Ronald Reagan e o Primeiro Ministro Brian Mulroney anunciaram ter acordado "dar a mais alta prioridade à busca de meios mutuamente aceitáveis de reduzir e eliminar barreiras existentes para o comércio, de modo a garantir e facilitar fluxos de comércio e de investimento".[118]

Tinham início, assim, as negociações que conduziriam à assinatura, em 1988, do Acordo de Livre Comércio entre os dois países, com a inclusão de capítulo sobre investimentos.

Para o Canadá, a assinatura do Acordo viria a ter muito maior importância do que sua participação posterior no NAFTA. Uma área de livre comércio com os Estados Unidos pareceu ao Governo de Brian Mulroney como uma "passagem para atravessar as muralhas legais" que se criavam no país vizinho e principal mercado para os produtos canadenses.[119]

---

118 Paul Wonnacott. *The United states and Canada: The Quest for Free Trade*.(Washington: Institute for International Economics). 1987. 1.

119 Desmond Morton. *Breve História do Canadá*. (São Paulo:Alfa-Omega). 1989. 297.

Para os Estados Unidos, a assinatura do Acordo afigurava-se como oportunidade, dentre outras metas, para eliminar as regras canadenses sobre requisitos de desempenho impostos a seus investimentos.[120] De fato, as exigências de exportação eram vistas como tendo o efeito de um subsídio ou *dumping* e as de componentes nacionais eram percebidas como barreiras não-tarifárias, por encorajarem a substituição de produtos importados pelos de fabricação nacional. Esse ponto fora objeto do *panel* do GATT de 1982, mencionado acima.

As esperanças dos Estados Unidos de obter acordo amplo e liberalizante eram expressas pelos meios acadêmicos. Assim, por exemplo, o Professor Paul Wonacott, da *University of Maryland*, em 1987, propunha fosse adotado por modelo o Acordo de Livre Comércio Israel-Estados Unidos, segundo o qual ficavam eliminadas as exigências de exportação e de componente nacional como condição para investir. Os países manteriam o direito de admitir ou não o investimento, mas, uma vez efetivado, este se sujeitaria aos mesmos direitos e obrigações aplicados aos investimentos nacionais.[121]

As regras sobre investimentos

O Acordo de Livre Comércio, assinado por Reagan e Mulroney, em janeiro de 1988, estabeleceu direitos e obrigações comuns, inclusive compromisso de tratamento nacional (Artigo 1602), pelo qual, a partir de 1º de janeiro de 1989, quando o Acordo entrasse em vigor, as leis canadenses, tanto federais quanto provinciais, deveriam ser aplicadas igualmente para investidores nacionais ou dos Estados Unidos. Para os investidores canadenses nos Estados Unidos, o compromisso também revelou-se de especial significado, tendo em vista a então recente aprovação (1988) da emenda Exon-Florio à Lei de Comércio e Competitividade, que igualmente introduziu sistema de seleção de investimentos.[122]

---

120 Ibid., 9.

121 Ibid., 124-125.

122 Alan M. Rugman. e Michael Gestrin. "The Investment Provisions of NAFTA", em *Assessing NAFTA: A Trinational Analysys*. (Vancouver: The Fraser Institute), 1993. 272.

Após período de transição, eliminava-se a maioria das exigências de seleção vigentes para o estabelecimento de novos empreendimentos no Canadá com capitais dos Estados Unidos. O processo de seleção continuava, porém, a aplicar-se a investimentos em empresas responsáveis por proporção substantiva da economia canadense.[123] Foram excluídos dos dispositivos do capítulo de investimento, constituindo assim exceções às regras, os seguintes setores:

– a indústria do transporte (preocupação principalmente dos Estados Unidos),

– as indústrias culturais (definidas como as envolvidas na produção, distribuição ou venda de livros, jornais, periódicos ou música; a produção, distribuição, venda e exibição de filmes, gravações audio ou visuais; radiodifusão- inclusive TV a cabo, programação por satélite e rede de difusão[124]), e

– os serviços financeiros-exceto seguros.

Em conseqüência do Acordo, o Canadá concordou em proceder às seguintes alterações em sua Lei de Investimentos:

a) o sistema de autorização prévia para a aquisição indireta de empresas nacionais por empresas estrangeiras seria eliminado até 1992;

b) o limite aplicável ao sistema de autorização prévia para a aquisição direta de empresas nacionais por empresa de capital estrangeiro seria aumentado de $ 5 milhões de dólares canadenses para $ 150 milhões de dólares canadenses,[125] permanecendo o limite anterior válido apenas para aquisições de empresas de urânio, petróleo e gás.[126]

---

123 Jeffrey J. Schott, *United States-Canada Free Trade: An Evaluation of the Agreement*, (Washington : Institute for International Economics, 1988), 24-25.

124 Debra Steger, "Canada United States Free Trade Agreement", *Legal Aspects of the Trilateral Free Trade Agreement*, Jorge Witker (ed.), (Mexico : Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1992),125.

125 Ibid., 126.

126 Ibid., 127.

Segundo Jeffrey J. Schott[127], do *Institute for International Economics* de Washington, o Acordo bilateral impediu a adoção de novos requisitos de desempenho relacionados ao comércio que vinham sendo utilizados com relação a investimentos estrangeiros no Canadá para desencorajar, influenciar na localização ou impor condições quanto às fontes de insumos e à distribuição de produtos acabados. Não disciplinou, porém, o uso de incentivos a investimentos.

Segundo ainda Schott, os críticos (nos Estados Unidos) viram no Acordo dois defeitos básicos:

(1) legitimou exceções não-baseadas em razões tais como de segurança nacional, ao isentar as "indústrias culturais", criando assim precedente para outros acordos de investimentos; e

(2) permitiu a continuação de regime de política assimétrica, pela qual os Estados Unidos abriam os investimentos enquanto o Canadá mantinha restrições.[128]

Ainda assim, a assinatura do Acordo de Livre Comércio significou para os dois países, entre outros, os seguintes compromissos em matéria de investimentos:

– não impor requisitos de capital mínimo nacional (Artigo 1602);

– não impor exigências de desempenho aos investidores (Artigo 1603);

– não desapropriar senão para fins públicos, em base não-discriminatória, mediante indenização imediata e adequada, em valores de mercado.(Artigo 1605);

– não impedir o investidor de transferir quaisquer lucros, dividendos, *royalties*, taxas, juros e outras remunerações do capital, ou

---

127 Schott. *United States-Canada*. 25.

128 Ibid.. 26.

resultados obtidos com a venda do investimento ou com sua liquidação (Artigo 1606).[129]

O NAFTA

Em 11 de junho de 1990, menos de dois anos após a assinatura do Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos, o Presidente do México, Carlos Salinas de Gortari, e o Presidente dos Estados Unidos, George Bush, anunciavam o compromisso de negociar um acordo comercial bilateral abrangente.[130] Em 27 de junho de 1990, Bush lançava a Iniciativa para as Américas.

Para o Canadá, o anúncio dessas duas decisões apresentaram um dilema para o país: ingressar nas negociações do Acordo de Livre Comércio México-Estados Unidos, trilateralizando-as, ou permanecer apenas como mais um país, entre outros, com o qual os Estados Unidos manteria Acordo de Livre Comércio bilateral. Nessa segunda hipótese, comumente referida no Canadá como *hub and spoke*, o país seria apenas mais um aro (*spoke*) na roda, cujo centro (*hub*) seriam os Estados Unidos[131].

Um ano depois, as negociações tinham início com a inclusão do Canadá entre os negociadores.[132] Nas palavras de Sylvia Ostry, do *Center for International Studies*, de Toronto, seu país decidiu delas participar, menos por interesse no comércio com o México do que para evitar perdas na suas posições com relação aos Estados Unidos (*damage control*)[133], obtidas no Acordo bilateral de Livre Comércio. Essas perdas poderiam ocorrer, caso o México estabelecesse precedentes perigosos ao ceder

---

129 Thomas, 172.

130 Michael Hart, *A North American Free Trade Agreement. The Strategic Implications for Canada*, (Ottawa: Centre for Trade Policy and Law, 1990), 1.

131 Jeffrey J. Schott e Gary Clyde Hufbauer,"NAFTA: Questions of Form and Substance", em *Negotianting and Implementing a North American Free Trade Agreement*, (Vancouver: The Fraser Institute), 63.

132 Schott e Hufbauer, *NAFTA: Questions*, 61.

133 Sylvia Ostry, comentário ao autor desta monografia durante seminário na Universidade de Toronto em dezembro de 1993.

para os Estados Unidos em pontos arduamente conquistados pelo Canadá tais como, por exemplo, na área de solução pacífica de controvérsias ou nas exceções para a chamada "indústria cultural".

O Presidente Salinas – que na área de bancos havia conseguido a aprovação de emenda constitucional anulando estatizações –, anunciou, em novembro de 1990, sua decisão de não abrir o domínio do país na área de hidrocarbonetos.

Afirmavam os analistas acadêmicos que, nas negociações para o NAFTA, por um lado, o México teria dificuldades para obter a exclusão do petróleo das regras de investimento; por outro, seu ingresso no GATT e os eventuais resultados da Rodada Uruguai nessa questão pareciam favorecer concessões mexicanas na área de TRIMs.[134]

As restrições mexicanas

A Constituição mexicana de 1917 atribui ao Estado monopólio sobre o setor petrolífero. Entre 1917 e 1938, entretanto, companhias estrangeiras puderam operar no México em regime de concessão especial. Em 1938, estas foram desapropriadas e transformadas na empresa estatal PEMEX. A partir de então, as companhias estrangeiras ocasionalmente contratadas para projetos de prospecção não mais obtiveram direitos a percentagem da produção de petróleo.[135]

Além da restrição constitucional relativa ao monopólio estatal do petróleo, o México tem limitações ao capital estrangeiros com base na legislação ordinária. As regras sobre investimentos, datadas, – aliás, como a canadense –, de 1973, contêm restrições que permaneceram vigentes durante o período de alta rentabilidade do petróleo. Somente começaram a ser flexibilizadas por interpretação mais liberal, a partir da crise da dívida em 1982. Em 1984, novas diretrizes foram adotadas,

---

134 Hart. *A North American Free Trade Agreement*. 116-117 e 122-123.

135 Gary Clyde Hufbauer e Jeffrey J.Schott. *North American Free Trade. Issues and Recommendations*. (Washington : Institute for International Economics. 1992). 82.

passando a ser permitida a participação majoritária estrangeira em certos setores. Mais tarde, através de modificações adicionais, eliminou-se a aprovação prévia para investimento nas *maquiladoras*[136] (programa iniciado em 1965, na mesma época em que o Canadá, coincidentemente, assinara o Pacto Automotivo com os Estados Unidos). Apenas em 1989, entretanto, reformas mais profundas foram introduzidas no tratamento do capital estrangeiro.

Conforme a nova regulamentação, seis áreas permaneceram "classificadas" (sob restrições):

– atividades reservadas ao Estado (entre outras, a extração de petróleo e de gás natural; refino de petróleo; geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; serviços telegráficos; ferrovias);

– atividades reservadas a nacionais mexicanos (entre outras a radiodifusão de programas de televisão; frete rodoviário e transporte de passageiros);

– atividades em que o investimento estrangeiro se limita a 34% (entre outras, mineração de carvão; extração e refino de enxofre, rochas fosfóricas e minerais ferrosos);

– atividades em que o investimento estrangeiro se limita a 40% (entre outras, produtos petroquímicos secundários; indústrias automotivas e atividades correlatas);

– atividades em que o investimento estrangeiro se limita a 49% (entre outras, pesca, atividades de mineração, exceto as mencionadas acima, serviços telefônicos, seguro e companhias de *leasing*)

– atividades para as quais a participação majoritária exige aprovação (entre outras, agricultura, criação e gado, gráficas e indústrias correlatas, construção industrial e outras, e serviços educacionais)

---

136 Ibid., 76.

Os investimentos estrangeiros nas atividades "não-classificadas" recebem aprovação automática, caso as seguintes condições sejam preenchidas:

– o capital seja inferior a US$ 100 milhões;

– total financiamento externo;

– localização do projeto fora da Cidade do México, de Guadalajara e de Monterrey, no caso de estabelecimento industrial;

– equilíbrio no fluxos de divisas nos três primeiros anos;

– geração de emprego permanente e treinamento a pessoal mexicano; e

– utilização de tecnologia adequada para satisfazer exigências ambientais.

Após a inclusão de setores previamente restritos, tais como as indústrias de vidro, ferro, aço e celulose, entre as atividades "não-classificadas", estas passaram a abranger cerca de dois terços do PIB mexicano [137] (ou "72,5% das 754 atividades da economia mexicana, segundo Gustavo Vega C[138].)

Em resumo, em matéria de investimentos estrangeiros, o México entrou em negociações sobre o NAFTA:

– sem compromissos de tratamento nacional,

– com diversas exigências de desempenho (abolidas no Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos),

– com restrições à transferência de tecnologia,

---

137 Ibid., 77.

138 Gustavo Vega. "Conversações comerciais entre o México, os Estados Unidos e o Canadá relativamente a uma Área de Livre Comércio na América do Norte". *Política Externa*. Vol.1, No.2, 1992, 157.

– com altos impostos na fonte sobre juros e royalties e,

– com a proibição de participação estrangeira no setor de gás e petróleo e na produção de certos petroquímicos.[139]

A despeito das numerosas restrições constantes de sua legislação (em muitos aspectos mais restritiva do que a brasileira), o ingresso de capital estrangeiro no México sofreu forte crescimento no período que antecedeu o anúncio do NAFTA, entre 1989 e 1991.[140] O ingresso de capitais–investimentos diretos e em carteira – passou de 3,8 bilhões de dólares em 1990 para onze bilhões de dólares em 1991.[141]

O capital começara a fluir com o programa de estabilização em 1985, como resultado, em grande parte, do amplo programa de *privatizações* levado a efeito no México: de 1.155 empresas controladas pelo governo em 1982, somente 280 continuavam a ser estatais em 1990. Setores restritos, tais como o de telecomunicações (antes limitado a 15% de participação estrangeira), seguro (antes 30%), petroquímica e mineração (antes sem participação estrangeira), tornaram-se acessíveis ao investimento estrangeiro. No setor financeiro, entre junho e agosto de 1991, seis bancos mexicanos foram privatizados como conseqüência de emenda constitucional de maio de 1990, que anulou a nacionalização de bancos de 1982. A Aeroméxico, embora falida, foi privatizada em 1988.[142]

AS REGRAS SOBRE INVESTIMENTOS

O Acordo Norte Americano de Livre Comércio foi assinado em 17 de dezembro de 1992, com previsão para entrada em vigor em 1º de janeiro de 1994. Sua assinatura antecedeu de um ano a conclusão da Rodada Uruguai. Sua ratificação pelo Congresso dos Estados Unidos

---

139 Hufbauer e Schott, *Isuues and Recomendations*. 90.

140 Ibid.,73.

141 Rubens Ricúpero e Sergio Amaral, "O NAFTA e o Brasil", *Política Externa*. Vol.2, No.1, 1993, 96.

142 Hufbauer e Schott, *Issues and Recommendations*, 80.

ocorreu pouco antes do final daquelas negociações multilaterais. Dada sua abrangência, consideram alguns faltar pouco ao NAFTA para ser tão amplo quanto um mercado comum.[143]

Rugman e Gestrin, da *University of Toronto*, identificaram cinco áreas importantes em que o NAFTA diferiu do Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos, em matéria de investimentos[144]:

– definição mais ampla de investimentos,

– aprofundamento da "segurança" de investimentos (arbitragem internacional obrigatória, padrões mínimo de tratamento, indenização em caso de desapropriação),

– Cláusula da Nação Mais Favorecida para investimentos,

– listas negativas de reservas (prazo para apresentação de medidas a serem isentadas),

– proibições de exigências de desempenho :

- de exportação,

- de componente nacional,

- de fontes nacionais,

- de equilíbrio na balança comercial (da empresa),

- de transferência de tecnologia e

- de fornecimento exclusivo

Estas duas últimas exigências, relativas a tecnologia e exclusividade de fornecimento, não constavam do Acordo Canadá-EUA.

---

143 Gary Clyde Hufbauer e Jeffrey J.Schott. *NAFTA An Assessment*.(Washington : Institute for International Economics, February 1993), 1.

144 Rugman e Gestrin, 273-277.

Na visão do Governo canadense[145], o NAFTA apresentaria, entre outros, os seguintes aspectos favoráveis para o Canadá, quanto a investimentos:

– os interesses canadenses continuam a ser protegidos por conjunto de regras genéricas (em outras palavras, o país não perde a proteção obtida no Acordo de Livre Comércio bilateral contra ações unilaterais dos Estados Unidos)

– a definição mais ampla de investimentos inclui aqueles realizados por qualquer companhia estabelecida legalmente em país membro do NAFTA, independentemente do país de origem, o que contribui para assegurar ao Canadá continuar a ser "base" na América do Norte para investidores japoneses e europeus;

– o Canadá pode manter todas as restrições existentes para setores sensíveis na economia canadense, tais como transporte, telecomunicações, serviços sociais e indústrias culturais; pode também continuar a "rever" (autorizar ou negar) aquisições de companhias canadenses de maior porte;

– permite exceções para as medidas discriminatórias existentes: os governos provinciais dispõem de dois anos para listar as que desejam manter (não podendo aumentá-las); alguns setores não estão sujeitos a compromisso de não ampliá-las (setores sujeitos a restrições constitucionais no México, transporte marítimo nos Estados Unidos, serviços sociais e telecomunicações básicas nos três países);

– empresas canadenses terão acesso no México a setores de seu interesse, antes restritos: mineração, petroquímica secundária, construção, agricultura, automóveis, serviços financeiros e vários serviços, em virtude de modificações que aquele país deverá proceder a sua legislação como resultado do NAFTA;

---

145 External Affairs and International Trade Canada, *NAFTA. What's is all about?*, (Ottawa.1993),61-64.

– as decisões do Ministério de Investimentos do Canadá sobre compras de companhias canadenses, por parte de investidores estrangeiros, não estão sujeitas ao processo de solução de controvérsias previsto no NAFTA.

O Governo do Canadá reconhece que, em decorrência do NAFTA:

– deverá submeter à arbitragem internacional controvérsias iniciadas por qualquer investidor;

– deverá sujeitar-se à aplicação de dispositivos do NAFTA sobre indenizações, se impuser limites à participação no capital de companhias estatais; e

– poderá (sentir compelido a) aderir à Convenção Internacional para Solução Pacífica de Litígios, do Banco Mundial.

O Governo canadense que tomou posse em novembro de 1993, pouco antes da aprovação do NAFTA pelo Congresso dos Estados Unidos, incluiu, em 1994, em seu repertório de barreiras comerciais dos Estados Unidos, as seguintes restrições ao capital canadense:

" Canadians cannot invest in nuclear energy and can invest only with restrictions in radio and television, U.S. air carriers, ship building, banking and insurance, maritime transport and fisheries, natural resource industries, communications and defence-related sectors. Federal and state research and development programs sometimes contain regulations that prevent Canadian firms from becoming members of consortia.

State governments place restrictions on foreign ownership, particularly in real estate (where some 30 states maintain restrictions on non-resident foreigners or foreign corporations), banking, insurance, mining and utilities."[146]

146 Department of Foreign Affairs and International Trade.*United States barriers to trade*.(Ottawa, 1994), 16-17.

Para Hufbauer e Schott, as regras de investimentos do NAFTA excederam suas expectativas, com a "notável exceção das obrigações relativas ao setor energético primário" (petróleo mexicano). Os três países assumiram obrigações mais abrangentes do que as acordadas no Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos e compromissos de arbitragem obrigatória de controvérsias sobre investimentos. Para o México, significará substancial revisão de sua Lei de Investimentos. Para os Estados Unidos, porém, será necessária modificação mínima na sua atual legislação, podendo manter o sistema de seleção de investimentos estrangeiros, criado pela emenda Exon-Florio. Em resumo, para os dois autores, as cláusulas do NAFTA sobre investimentos são "superiores" às das TRIMS no GATT e deveriam servir de "modelo não apenas para outros países latino-americanos"[147].

Segundo Graham e Wilkie[148], autores respectivamente do Canadá e dos Estados Unidos, o fato de o México ter mantido o petróleo excluído das regras do NAFTA foi plenamente compensado pelas demais liberalizações naquele país:

> *"What must not be lost sight of there is that Mexico in the investment area (as well as other areas) has liberalized much more than either the United States or Canada. Admittedly, Mexico was starting from much further back, but Mexico at least partially opened two sectors that were formerly closed to investment: electricity generation and distribution and secondary petrochemicals. The United States by contrast has not opened sectors that have for historical reasons not been open to foreign ownership (such as the maritime sector)."*

TRATAMENTO NACIONAL

De forma ainda mais abrangente do que as Diretrizes da MIGA, o NAFTA dispõe (Artigo 1102 do Capítulo 11,§§ 1º e 2º) que cada Parte

---

147 Hufbauer e Schott, *An Assessment*, 84.

148 Edward M. Graham, e Christopher Wilkie, *Multinationals and the investment provisions of the NAFTA*, 8 Int'l Trade J., 9 (1994), 27.

concederá, aos investidores e aos investimentos de outra Parte, *tratamento não menos favorável* do que aquele concedido, em circunstâncias semelhantes, a seus próprios investidores ou investimentos: *" with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments".*

No *tratamento nacional* incluiu-se, portanto, além dos aspectos constantes da Diretriz III da MIGA ("estabelecimento operação, administração, controle e exercício de direitos"), também "aquisição, expansão, conduta e venda".

Em razão certamente da descentralização administrativa e legislativa existente tanto no Canadá quanto nos Estados Unidos, o NAFTA contém igualmente regra de *tratamento não menos favorável* aplicável especificamente a Províncias ou Estados.

Ainda no âmbito da regra geral sobre *tratamento nacional* (Artigo 1102), o NAFTA proíbe tanto a imposição de exigência de capital mínimo nacional (§4,"a") quanto a venda de participação em capital por razão de nacionalidade (§4,"b").

O NAFTA inclui também cláusula de tratamento de nação mais favorecida (Artigo 1103) tão abrangente quanto a de tratamento nacional (Artigo 1102).

Para o caso de o tratamento concedido ao amparo do Artigo 1102 (tratamento não menos favorável) ser diferente daquele concedido com base no Artigo 1103 (nação mais favorecida), o NAFTA deixa claro que se aplicará o tratamento que for melhor para o investidor e para os investimentos deste (Artigo 1104).

A menção ao Direito Internacional no NAFTA – matéria tão controvertida no Projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais da ONU – surge na regra de "*padrão mínimo de tratamento*" (Artigo 1105 § 1º), que contém igualmente menção à não-discriminação, como um princípio a nortear as perdas sofridas por investimentos devido a conflito armado ou luta civil(§2º).

A partir desse ponto, o NAFTA passa a tratar de matéria que, no GATT, foi objeto das TRIMs: *exigências de desempenho*. As Partes ficam proibidas de imporem, a investimentos ou investidores de outra Parte (Artigo 1106,§ 1º), exigências de:

(a) exportar nível determinado ou percentual de bens ou serviços;

(b) atingir determinado nível ou percentual de componente nacional;

(c) comprar, usar ou conceder preferência para bens produzidos ou serviços fornecidos no seu território, ou comprar bens ou serviços de pessoas (estabelecidas) em seu território;

(d) relacionar de qualquer forma o volume ou valor de importações ao volume ou ao valor de exportações, ou limitar o investimento à quantia de divisas estrangeiras ingressas a esse título;

(e) restringir no seu território vendas de bens ou serviços resultantes do investimento, por meio de vinculação de vendas ao volume ou valor das exportações ou a lucros ou dividendos em divisas estrangeiras;

(f) transferir tecnologia, processo de produção ou outro *know how* de sua propriedade para uma pessoa em seu território, exceto quando exigido por decisão judicial, de tribunal administrativo ou de autoridade competente em matéria de concorrência;

(g) atuar como fornecedor de bens ou serviços com exclusividade para uma região ou parcela específica do mercado mundial.

Ainda com respeito ao tema TRIMs, o NAFTA impede às Partes condicionarem a concessão de vantagens para os investimentos a:

– exigências de componente nacional;

– preferências a produtos nacionais;

– equilíbrio entre importações e exportações ou entre volume de divisas e o investimento; e

– restrições de vendas em decorrência de vinculação a exportações ou ao ingresso de divisas (Artigo 1106, § 3º).

A exemplo das Diretrizes da MIGA, o NAFTA também proíbe a exigência de nacionalidade dos administradores dos investimentos (Artigo 1107 § 1º), ou dos membros dos órgãos coletivos da administração (§ 2º).

Em seguida, o NAFTA — tal como a OCDE, em decisões trienais — lista as exceções:

– ao tratamento nacional(1102),

– à cláusula da nação mais favorecida (1103),

– às exigências de desempenho (1106) e

– à regra de nacionalidade de administradores (1107).

Tal como a OCDE, mas com muito mais pormenores, os Anexos I e II de cada país indicam as reservas por setores, tipos, medidas, descrição e período de tempo para sua eliminação (*phase-out*).

O NAFTA – tal como a MIGA na sua Diretrizes – contém regras (Artigo 1109) sobre transferências relativas a investimentos e obriga as Partes a permitirem as remessas de:

(a) lucros, dividendos, juros, ganhos de capital, pagamentos de royalties, taxas de administração, assistência técnica e outras taxas, devoluções em espécie e outras quantias derivadas do investimento;

(b) produto da venda de toda e qualquer parte do investimento ou da liquidação parcial ou completa do investimento;

(c) pagamentos feitos sob contrato feito pelo investidor inclusive pagamentos feitos em decorrência de contratos de empréstimos;

(d) pagamentos feitos de acordo com o Artigo 1110 (desapropriações);

(e) pagamentos decorrentes da Seção B (solução pacífica de litígios).

Como a Diretriz III da MIGA, o NAFTA também dispõe (Artigo 1109, § 2º) sobre a taxa de câmbio aplicável (de mercado à data da remessa).

Em resumo, as regras do NAFTA para investimentos são as mais abrangentes de todos os instrumentos internacionais examinados: compreende todas as recomendações da MIGA, inclusive as referentes a transferências, e ainda uma lista de medidas de investimentos relacionadas ao comércio (TRIMs) muito mais longa do que a acordada na Rodada Uruguai, como se verá a seguir.

CAPÍTULO IX

AS TRIMS E O GATS NA RODADA URUGUAI

ANTECEDENTES

Carta de Havana

A Carta de Havana para uma Organização Internacional de Comércio, de 24 de março de 1948, proposta pelos Estados Unidos na Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Emprego, incluía um capítulo (V) sobre "Práticas Comerciais Restritivas". O artigo 44 (3) sugeria não fossem as empresas excluídas de mercados ou áreas de atividade, nem limitadas por quotas de venda ou compra.

O parágrafo 1 do artigo 12 do capítulo III continha as seguintes disposições sobre investimento estrangeiro:

"The Members recognize that, with appropriate safeguards, including measures adequate to ensure that foreign investment is not used as a basis for interference in the internal affairs or national policies of Members, international investment, both public and private, can be of great value in promoting economic development and consequent social progress. They recognize that such development would be facilitated if Members were to afford, for international investments acceptable to them, reasonable opportunities upon equitable terms to the nationals of other Members and security for existing and future investments. Accordingly, they agree to provide, consistent with the limitations recognized as necessary in this Article, the widest opportunities for investment and the greatest security for existing and future investments."[149]

---

149 William Fennell e Joseph W. Tyler. *Trade-Related Investment Measurest*. Terence Stewart. ed.. (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers. 1993). 54.

A Carta não chegou a ser assinada pelo número mínimo de países necessário para sua entrada em vigor. O Congresso dos Estados Unidos não a ratificou, entre outras razões, porque seus dispositivos sobre investimentos estrangeiros foram considerados insatisfatórios.[150] Especificamente a questão de indenizações para propriedades estrangeiras desapropriadas estaria na raiz dessa insatisfação. [151] Não tendo sido constituída a Organização Internacional do Comércio, as negociações bilaterais, iniciadas em 1948, tiveram como resultado o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, o GATT.

O GATT E AS REGRAS SOBRE INVESTIMENTOS

As discussões sobre medidas relacionadas a investimentos (TRIMs) no GATT, na visão de Fennell e Tyler[152], dividem-se em três fases:

De 1945 até 1959 (Tratado de Roma)

O período se caracteriza pelas preocupações com "restrições quantitativas" e "práticas empresariais restritivas". Nele se destaca a Resolução de 4 de março de 1955, intitulada "Investimento Internacional para o Desenvolvimento Econômico", em que as partes contratantes "reconheciam" o papel dos investimentos no desenvolvimento, mas, apenas "recomendavam" fossem criadas condições para estimular o fluxo internacional de capital:

> *"... an increased flow of capital into countries in need of investment from abroad and, in particular, into under-developed countries would facilitate the objectives of the General Agreement by stimulating economic development of these countries whilst at the same time rendering it less necessary for them to resort to import restrictions".*

> *"... contracting parties who are in a position to provide capital for international investment, and the contracting parties who desire to obtain such capital use their*

150 The World Bank, *Legal Framework*, Volume I, 66.

151 Kline, 153.

152 Fennell e Tyler, 51.

best endeavors to create conditions calculated to stimulate the international flow of capital..."[153]

De 1960 a 1979 (Rodada Tóquio)

Nessa fase foram realizadas a Rodada Kennedy e a de Tóquio. Durante esta última se desenvolveu um "Quadro para a Conduta do Comércio Mundial", que continha diversos acordos, entre os quais o relativo a "tratamento diferenciado e mais favorável" para os países em desenvolvimento e o referente à questão de "ajuste estrutural" nesses países. Documentos do Secretariado do GATT, no período, gradualmente passam a mencionar a necessidade de políticas de ingresso de capital estrangeiro como parte do ajuste estrutural.[154]

De 1980 a 1986 (Punta del Este)

No período em questão, em razão de causas diversas – entre outras, as preocupações com a dívida externa nos países em desenvolvimento – teria sido possível o começo de formação gradual de consenso político ("amplo mas não total") sobre as vantagens de política comercial mais aberta.[155]

No final do ano de 1980, a incorporação de estrutura baseada em Comitês iria, segundo Fennel e Tyler, ampliar o enfoque dado a temas de políticas de comércio e de investimentos bem como permitir que as medidas de investimento relacionadas ao comércio viessem a se tornar parte explícita da agenda do GATT.[156]

O tema dos efeitos comerciais de medidas governamentais, dirigidas a empresas multinacionais, foi formalmente introduzido nas discussões do GATT pelos Estados Unidos em reunião do Grupo Consultor dos 18, em 1981.

---

153 Ibid., 51.

154 Ibid., 60.

155 Ibid., 52.

156 Ibid., 61.

Pouco antes da reunião, um estudo, sob os auspícios do Comitê Conjunto Banco Mundial/FMI de Desenvolvimento, concluíra que as exigências de desempenho por parte de empresas multinacionais poderiam ter efeitos distorcivos do comércio.

Tomando por base tal estudo, o delegado dos Estados Unidos propôs que o Secretariado do GATT compilasse lista de medidas de investimentos, com particular atenção para exigências de desempenho. A proposta americana recebeu o apoio do Japão e da CEE, cujos delegados, porém, expressaram opinião de que o Secretariado tinha prioridades maiores do que a compilação dessas listas. Os países em desenvolvimento se opuseram à proposta e argumentaram estarem tais exigências "fora da competência do GATT".[157]

Em conseqüência do debate, o Secretariado preparou documento de antecedentes (CG.18/W/64), que descrevia o trabalho feito em outros organismos internacionais sobre a questão de exigências de exportações e de substituição de importação, assim como enumerava os dispositivos relevantes do Acordo Geral.[158]

Em 1982, como visto acima na análise do NAFTA, os Estados Unidos pediram, no GATT, consultas com o Canadá, com base ao Artigo XXIII do Acordo Geral, a respeito da exigência de desempenho constante de lei canadense de investimentos. O *panel* decidiu que as regras do Canadá sobre exigências de conteúdo nacional infringiam o Artigo III:4 do GATT (*tratamento nacional*), por terem o efeito de discriminar contra produtos importados em relação aos nacionais. O *panel*, entretanto, não aceitou a argumentação dos Estados Unidos de que exigências de desempenho de exportação infringem o Artigo XVII:1(c) do GATT, pelo qual nenhum governo deve impedir empresas de atuarem de acordo

157 Edward M. Graham, e Paul Krugman, "Trade-Related Investment Measures", in *Completing the Uruguay Round: A Result-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*, Jeffrey J. Schott, ed., (Washington :Institute for International Economics, 1990), 150.

158 Fennell e Tyler, 62, nota 240.

com o princípio de não-discriminação. Os membros do panel decidiram que os países podiam, em princípio, invocar o Artigo XVIII:C – relativo à assistência governamental à promoção do desenvolvimento econômico – como fundamento para exigências de conteúdo nacional.[159] Encontravam-se, portanto, na controvérsia, vários elementos que seriam utilizados pelos *demandeurs* da inclusão de medidas de investimentos no GATT: exigências de desempenho, tratamento nacional e efeitos para o comércio.

De fato, os Estados Unidos utilizaram-se desses argumentos nas discussões preparatórias da reunião ministerial de 1982, ao apresentarem, sem êxito, ampliação da proposta feita em 1981 ao Grupo dos 18.[160]

Paradoxalmente, enquanto no GATT os Estados Unidos buscavam eliminação de restrições a investimentos estrangeiros, em 1984, sua Lei de Tarifa e Comércio era alterada para incorporar tópicos restritivos de investimentos. De acordo com as Seções 305 e 307 da Lei, os principais objetivos negociadores dos Estados Unidos passaram a ser:

"to reduce or to eliminate artificial or trade-distorting barriers to foreign direct investment, to expand the principle of national interest, and to reduce unreasonable barriers to establishment;"e

"to develop internationally agreed rules, including dispute settlement procedures which will ensure a free flow of foreign investment, and will reduce or eliminate the trade-distortive effects of certain investment-related measures".[161]

---

159 Graham e Krugman, 150 e 151.

160 Ibid., 151

161 Hardeep Puri e Philippe Brusick. "Trade-related investment measures : Issues for developing countries in the Uruguay Round", in *Uruguay Round. Papers on selected Issues*. (New York: UNCTAD, 1989), 204.

A Rodada Uruguai

Em 28 de novembro de 1985, foi estabelecido um Comitê Preparatório de uma agenda para nova rodada de negociações. Na quarta reunião desse Comitê, realizada em março de 1986, no contexto de uma discussão sobre ajuste estrutural, os Estados Unidos introduziram a questão de medidas de investimento relacionadas ao comércio. No debate que se seguiu, o delegado americano propôs a inclusão de serviços e investimentos na nova rodada, recebendo o apoio do Japão, do Canadá, da Suécia (*ad referendum* dos países nórdicos) e do representante da CEE. A idéia foi rejeitada pelo Brasil, pela India, pela Argentina, por Cuba, pela Iugoslávia e pela Colômbia.

Em 10 de junho de 1986, os Estados Unidos apresentaram uma proposta de texto sobre investimentos a ser incluída na declaração ministerial de lançamento da Rodada.[162]

Em setembro de 1986, quando teve início a Reunião Ministerial de Punta del Este, havia três projetos de declaração para lançar a nova rodada. O primeiro, apresentado pela Argentina, Brasil, Cuba, Egito, India, Nicarágua, Nigéria, Peru, Tanzânia e Iugoslávia, não continha referência a medidas de investimentos relacionadas a comércio: as negociações deveriam se restringir ao comércio de bens. Os dois outros apresentados pela Colômbia e a Suíça (e apoiado pelos países desenvolvidos) continham propostas de ampliar a jurisdição do GATT para além do comércio de bens.[163]

O acordo alcançado no último momento sobre o lançamento da Rodada Uruguai incluiu exame somente dos efeitos das medidas de investimentos relacionadas ao comércio, tais como exigências de desempenho. Em conseqüência, a Declaração Ministerial de Punta del Este outorgou o seguinte mandato para as discussões de TRIMs:

---

162 Fennell e Tyler, 67-70

163 Ibid.,70

"Following an examination of the operations of GATT articles related to the trade restrictive and distorting effects of investment measures, negotiations should elaborate, as appropriate, further provisions that may be necessary to avoid such adverse effects on trade."[164]

A Declaração instituiu uma estrutura para as negociações, pela qual o Comitê de Negociações Comerciais supervisionaria dois Grupos Negociadores (de bens e de serviços). A agenda relativa ao comércio de bens continha dois novos tópicos, um dos quais as medidas de investimentos relacionadas ao comércio.

TRIMs

A negociação

Durante as negociações de TRIMS na Rodada Uruguai, iniciadas em abril de 1987, os Estados Unidos, que permaneceram sempre como os principais *demandeurs*, reduziram tanto suas pretensões quanto seu isolamento iniciais.

Efetuaram, por outro lado, modificações na sua própria política de investimentos, refletidas tanto na Lei de Comércio e Competitividade de 1988 – que outorgou ao Presidente poderes para rever e bloquear aquisições de companhias americanas por estrangeiros (com base em ameaça a segurança nacional[165]) – quanto no Acordo de Livre Comércio com o Canadá – que reconhece e permite a política de seleção de investimentos.[166]

Nas propostas formais, apresentadas quase exclusivamente pelos países desenvolvidos, chegaram a ser identificadas quatorze medidas de investimentos relacionadas ao comércio.

---

164 Graham e Krugman. 151.

165 Ibid..153-154.

166 Puri e Brusick. 205.

As posições dos Estados Unidos e do Japão se assemelhavam quanto ao propósito de buscar um regime de investimentos que estabelecesse direitos para investidores estrangeiros e reduzisse restrições à empresas transnacionais. Entre as TRIMs que alegavam ter efeitos distorcivos do comércio, os dois países incluíam as seguintes exigências:

(1) de componentes nacionais (produzir ou comprar de fontes locais certo percentual da produção);

(2) de desempenho de exportações (exportar percentual mínimo da produção);

(3) equilíbrio na balança comercial (não importar mais do que o equivalente exportado);

(4) de fabricação (reserva de certos mercados a firmas locais, em contraposição à alocação de mercado internacional por parte de multinacionais);

(5) de designação de produto (destinação específica para exportações);

(6) de transferência de tecnologia;

(7) de licenciamento;

(8) de capital nacional;

(9) restrições a remessas (de lucros ou outras, como forma de controle do balanço de pagamentos).

Os Estados Unidos incluíam, ademais, entre as práticas não desejadas, os incentivos concedidos por governos em razão de alegada distorção de fluxos comerciais. Para cada uma das medidas citavam Artigos do Acordo Geral.[167]

---

167 Ibid., 206-207.

Para Washington, o GATT já cobriria as TRIMs, sendo necessário apenas serem estas melhor regulamentadas. Em proposta adicional, os representantes americanos (e posteriormente também os japoneses) solicitaram a aplicação dos princípios de não-discriminação, proibição e transparência.[168]

A CEE e os Países Nórdicos adotaram posição mais moderada, concentrando-se em medidas de impacto direto e significativo sobre o comércio e estreitamente vinculadas a regras do GATT. Para os nórdicos, as mais comuns seriam as de "componente nacional" e de "desempenho de exportação". A CEE estabeleceu distinção entre tópicos gerais e medidas de investimentos relacionadas ao comércio e opôs-se, como os nórdicos, à inclusão, entre estas últimas, do "direito de estabelecimento" e da "transferência de recursos". Da lista da CEE, conseqüentemente, constaram oito medidas de investimentos que, no entender de seus membros, relacionavam-se diretamente ao comércio:

(1) componente nacional

(2) fabricação

(3) desempenho de exportação

(4) designação de produtos

(5) equilíbrio da balança comercial

(6) restrições de remessas

(7) vendas no mercado doméstico e

(8) limitações de fabricação de produtos finais.[169]

Os países em desenvolvimento insistiram na estrita observância do mandato do Grupo Negociador e na limitação do exercício negociador às medidas de investimentos de efeito distorcivo, direto e significativo

168 Ibid..207.

169 Ibid.. 209.

sobre o comércio. Mencionaram a necessidade de serem examinadas igualmente as práticas empresariais restritivas — tendo em vista seus efeitos distorcivos ao comércio — e de ser concedido tratamento diferenciado e mais favorável em seu favor, recordando a parte da decisão no *panel* de 1982 entre Canadá e Estados Unidos a esse respeito.[170]

As negociações formais se estenderam entre 1987 e 1990. Ao final desse período, os Estados Unidos haviam reduzido, de quatorze para oito, o número de medidas de investimento para as quais pretendiam proibições. O Japão apoiava a posição dos EUA com relação às sete primeiras e a CEE com relação às seis primeiras:

(1) componente nacional

(2) desempenho de exportações

(5) produção local

(4) equilíbrio na balança comercial

(5) destinação de produção

(6) restrições a remessas de divisas

(7) transferência de tecnologia obrigatória

(8) limites na participação do capital e nas remessas[171]

Os Estados Unidos, além disso, buscavam a proibição de medidas que exigissem desempenho, como condição para o recebimento de incentivo a investimento.

Em novembro de 1990, o Diretor- Geral do GATT, Arthur Dunkel, qualificava de "enorme" a distância entre as posições a respeito de TRIMs[172]. A razão dessa afirmação residiria na existência de medidas

170 Ibid., 209.

171 Graham e Krugman, 152.

172 Shihata, *Promotion*, 496.

em países em desenvolvimento que não desejavam ser obrigados a modificá-las por força de decisão externa. Em análise do tema em 1991, Greenaway, resumindo oito estudos diferentes, concluía serem o Brasil, o México, a India e a Nigéria os principais países em desenvolvimento de ocorrência de TRIMs [173]. (Entre os desenvolvidos encontravam-se o Canadá, a Austrália e a Espanha).

O impasse sobre TRIMs continuou durante o ano de 1991. Não se acreditava fosse surgir texto consensual sobre o tema de maneira formal. De fato, nenhum texto foi preparado até que o Diretor-Geral apresentasse o projeto de acordo ("texto Dunkel"), documento arbitral em que o Secretariado buscava o equilíbrio entre as posições.[174]

O texto Dunkel

O texto do então Diretor-Geral do GATT representou uma solução de compromisso. Proíbe certas medidas de investimento, como pretendido pelos desenvolvidos, ainda que de forma limitada. Seu Anexo contém lista ilustrativa de TRIMs reguladas pela decisão e inclui, entre as violações ao Artigo III:4 do Acordo Geral, leis e regulamentos que exijam:

(1) a compra ou uso de produtos nacionais, ou seja,

(2) limitem o uso de produtos importados à quantidade de produtos nacionais exportados (equilíbrio da balança comercial);

Também inclui, como violação do Artigo XI:1, leis ou regulamentos que restrinjam:

(1) a importação de produtos a uma quantia correspondente à quantidade de produtos exportados (equilíbrio da balança comercial);

---

173 David Greenaway, "Trade-Related Investment Measures: Political Economy Aspects and Issues for GATT", *The World Economy*, Vol. 13, N.°.3,(Oxford: September 1990), 372.

174 Fennell e Tyler, 127.

(2) a importação de produtos por meio de limitação do acesso da empresa a divisas até o montante de divisas ingressas; e

(3) a exportação de produtos por meio do estabelecimento de limite correspondente a quantidades de produtos exportados.

Não há no texto menção a "efeitos", nem a "práticas empresariais restritivas", como pretendido pelo países em desenvolvimento. O texto favorece, porém, a posição dos países em desenvolvimento com relação a períodos de transição diferenciados pelo grau de desenvolvimento do país:

- para os desenvolvidos, dois anos;
- para os em desenvolvimento, cinco anos; e
- para os de menor desenvolvimento relativo, sete anos.

Finalmente, aos países em desenvolvimento é reconhecido, com relação a medidas de investimento, o mesmo tratamento especial concedido pelo Artigo XVIII do Acordo Geral.[175]

O futuro do tema

A Rodada Uruguai nem havia terminado quando se reuniram, em setembro de 1993, empresários europeus para propor a criação de um "GATT para investimentos" que tivesse três princípios: transparência, direito de estabelecimento e tratamento nacional.[176]

No mesmo sentido, acadêmicos nos Estados Unidos pediam ao Presidente que pressionasse por um Acordo Geral sobre Investimentos:

"a GATT-like agreement that would remove legal impediments to cross-border investments and insure that all nations treat foreign companies

---

175 Ibid., 127-128.

176 "A New Investment for GATT", *The Economist*, September 18th, 1993, 75.

as they treat domestic ones. Such a "general agreement on investment" is a logical extension of the GATT – and just as valuable for building a global economy."[177]

As reais possiblidades de um GATT para investimentos, entretanto, têm sido questionadas. Robert T. Kudrle, da *University of Minnesota*,[178] resume as principais dificuldades:

"...how feasible is a genuine GATT for investment? This is a question that goes back to the postwar discussions of the ill-fated International Trade Organisation... The prospects for such an organisation have recently been examined again... Most observers have concluded that such an organisation is presently impossible for at least three reasons: substantial differences in attitudes towards IFDI among nations and particularly between richer and poorer countries, the innate complexity of government policies bearing on IFDI, and increasing restiveness about 'free-riding' in the GATT."

Tratamento Nacional

O Artigo 2 do Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (TRIMs), intitulado Tratamento Nacional e Restrições Quantitativas, tem apenas dois parágrafos:

– o primeiro determina que nenhum Membro poderá aplicar qualquer TRIM contrária aos dispositivos do Artigo III do GATT 1994, e

– o segundo informa que o Anexo ao Acordo contém lista ilustrativa de TRIMs contrárias ao Artigo III:4.

---

177 Richard Florida e J.David Lashar, "Global Investing.$5 Trillion Ignored", *New York Times*, March 27, 1994.

178 Robert T. Kudrle, "No Entry: Sectoral Controls on Incoming Direct Investment in the Developed Countries", em *Multinationals in the Global Political Economy*, Lorraine Eden e Evan H. Potter, ed., (New York:St. Martin's Press, 1993),163.

As exceções a essas regras aparecem no Artigo 4, pelo qual fica permitido aos países em desenvolvimento descumprir temporariamente os dispositivos do Artigo 2, até o limite e na forma determinados:

– pelo Artigo XVIII do GATT,

– pelo Entendimento sobre os Dispositivos sobre Balanço de Pagamentos do GATT 1994 e

– pela Declaração de 1979 sobre Medidas Comerciais Tomadas para Fins de Balanço de Pagamentos.

Em resumo, o texto final inclui as TRIMs entre as obrigações de tratamento nacional, sem explicitá-las. Por outro lado, não as limita ao dispor que do Anexo consta apenas lista ilustrativa, causando dificuldade de interpretação quanto ao alcance da regra.

AS REGRAS DE INVESTIMENTOS DO GATS

Uma análise das regras provenientes da Rodada Uruguai a respeito de investimentos não seria completa sem menção, ainda que breve, a dispositivos do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços – GATs que afetam o tratamento nacional de investimentos no setor de serviços.

Desde o Artigo I,[179] verifica-se que o GATS inclui na definição de serviço aquele prestado no território de outro país (2"c"), o que freqüentemente ocorre sob a forma de investimento.

É, entretanto, no Artigo XVI, relativo ao Acesso ao Mercado, que as obrigações relativas ao tratamento de investimentos estrangeiros em serviços ficam mais claras. Entre as medidas que os Membros não devem manter ou adotar, encontram-se as seguintes:

– limitações ao número de prestadores;

– limitações ao valor total de serviços;

---

179 OECD, *GATS: Extracts from the text of the Agreeents*, (Paris. 10 February, 1994).

– limitações ao número de operações ou quantidade de serviços

– limitações ao número de pessoas físicas empregadas nos serviços;

– restrições a tipos específicos de pessoas jurídicas ou joint-ventures através das quais possam ser prestados serviços; e

– limitações à participação de capital estrangeiro em termos de limite percentual máximo ou ao valor total de investimento estrangeiro.

Tratamento Nacional

Pelo Artigo II do GATS, cada Membro deve conceder, ao serviço e ao prestador, tratamento não menos favorável do que o concedido aos nacionais. Essa obrigação repete-se, de forma mais abrangente, no Artigo XVII, sob o título específico de Tratamento Nacional: *"..each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers."*

No Artigo XX, são explicitados os tipos de obrigações a serem assumidas pelos Membros com respeito a serviços, entre as quais as de acesso a mercado e tratamento nacional. Diferentemente das TRIMs, o tratamento nacional no GATs é negociado e cada país poderá apresentar reservas em suas listas de compromissos.

Em conclusão, pela importância atual dos serviços, as regras do GATS sobre investimentos talvez tenham maior impacto, a longo prazo, do que as TRIMs.

O setor de serviços concentra o maior número de restrições para investimentos entre os países membros da OCDE. Os setores de transporte e financeiro, por exemplo, são objeto de exceções ao tratamento nacional pela maioria dos membros da entidade. A necessidade de concessão do mesmo tratamento a firmas estrangeiras e nacionais, resultante do Artigo XVI do GATS, poderá afetar também sub-setores protegidos no Brasil.

tais como os de engenharia, comunicações ou informática, objeto de restrições a serem examinadas mais adiante.

O resultado das TRIMs, inferior ao pretendido pelos Estados Unidos, foi de, certa forma, compensado, na opinião de autores daquele país, pelo alcançado no GATS, pois este último liberaliza setor altamente protegido, no qual são maiores as vantagens comparativas dos países desenvolvidos.

CAPÍTULO X

O ACORDO DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS DO MERCOSUL

O Tratado de Assunção

Logo no seu Artigo 1, o Tratado de Assunção afirma que a constituição de um Mercado Comum implica a livre circulação de *fatores produtivos* e a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais de *capitais*.

O Subgrupo de Trabalho No.4 – Políticas Fiscal e Monetária Relacionadas ao Comércio

Conforme o registro das reuniões realizadas em 16 e 17 de março de 1992[180], a idéia de celebração de Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos foi introduzida no Mercosul pela Argentina, com apoio do Uruguai e do Paraguai:

> *"A delegação argentina explicou a desregulamentação efetuada em matéria de investimentos estrangeiros, inclusive a assinatura, com diversos países, de Convênios Bilaterais para a Promoção e Garantia de Investimentos, deixando claro que esses Tratados ainda não foram aprovados pelo Legislativo. As delegações uruguaia e paraguaia informaram que seus países assinaram acordos com características similares.*
>
> *As delegações concordaram que os Acordos de Garantia de Investimento deverão ser submetidos à consideração do Grupo Mercado Comum, para que sejam analisados e avaliados por um Grupo de Especialistas."*

---

180 Ministério das Relações Exteriores, *Boletim de Integração Latino-americana* 4, Subgrupo de Trabalho No.4 - Políticas Fiscal e Monetária Relacionadas com o Comércio, Rec.no.1, (Brasília, Janeiro-Março 1992), 31.

Em reunião do Subgrupo, entre 4 e 5 de junho de 1992, foi decidido, sob o título "Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos", que especialistas dos quatro países se reuniriam para analisar "Regime" do tema.[181]

O registro da reunião do Subgrupo, realizada entre 31 de agosto e 2 de setembro de 1992, indica que "..a Comissão sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos", em sua primeira reunião, realizou estudo, identificação e classificação das assimetrias existentes nos Acordos sobre a matéria celebrados pelos Estados-Parte.

Acordou-se ainda em realizar, em prazo de 30 dias, intercâmbio de informações sobre setores da economia em que existem restrições a investimentos privados, nacionais ou estrangeiros."

Cronograma de Las Leñas

Do cronogram de Las Leñas, constou:

PROMOÇÃO E PROTEÇÃO RECÍPROCA DE INVESTIMENTOS

1 Identificação e classificação das assimetrias.....DEZ/92

2 Elaboração de um convênio marco intra e extrazonal.....MAR/93

3 Análise das propostas.....JUN/93

4 Elaboração de proposta final.....JUN/93

5 Encaminhamento ao GMC para avaliação e instrumentação.....JUN/93

181 Ministério das Relações Exteriores. *Boletim de Integração Latino-americana 5*. Subgrupo de Trabalho no.04 - Política Fiscal e Monetária Relacionadas com o Comércio. (Brasília , Abril-Junho 1992). 65.

O Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos

Em 17 de janeiro de 1994, em Colonia do Sacramento, os quatro países assinaram o Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL.

Tratamento Nacional

O Artigo 3 do Acordo, sob o título *Tratamento*, contém 4 parágrafos:

O primeiro, sobre a obrigação básica de cada Parte Contratante assegurar *tratamento justo e equitativo* aos investimentos e investidores de outra Parte Contratante dispõe – com redação menos abrangente do que a do NAFTA e a da Diretriz III da MIGA – que "a gestão, a manutenção, o uso, o gozo ou a disposição" dos investimentos não deverão ser prejudicados por medidas injustificadas ou discriminatórias. O NAFTA, como já examinado, inclui ainda "estabelecimento, aquisição, expansão e conduta"; e a Diretriz III da MIGA compreende "estabelecimento operação, controle e exercício de direitos".

O segundo parágrafo obriga cada Parte Contratante a conceder proteção legal aos investimentos e a outorgar-lhes *tratamento não menos favorável* do que o outorgado aos investimentos de seus próprios investidores nacionais ou de investidores de terceiros Estados.

O terceiro parágrafo esclarece que a obrigação de tratamento não menos favorável não se estende a acordos tributários.

O quarto parágrafo trata de *requisitos de desempenho*. De forma sucinta e próxima aos compromissos das TRIMs da Rodada Uruguai, menciona os requisitos de compromissos de exportação e de componente nacional. Da mesma forma que a decisão sobre TRIMs, porém, deixa aberta – pela expressão "quaisquer outros requisitos similares" – a possibilidade de que se interprete haver outros requisitos proibidos.

O Artigo 5, sob o título de Transferências, trata da questão de *remessas* de forma quase tão abrangente quanto as Diretrizes da MIGA

e o NAFTA. Não teria sido possível ao Brasil a aceitação dessa cláusula ampla, não tivessem sido adotadas no país, entre 1990 e 1992, medidas liberalizantes de remessas, como se verificará na análise da legislação nacional no Capítulo XII desta monografia. Pelo dispositivo em questão, cada Parte Contratante fica obrigada a permitir a remessa:

(a) do capital e das somas adicionais necessárias para a manutenção e o desenvolvimento dos investimentos;

(b) dos benefícios, proventos, rendas, juros, dividendos, e outros rendimentos correntes;

(c) dos fundos para o reembolso dos empréstimos, tal como definidos no artigo 1, parágrafo 1,c;

d) dos *royalties* e honorários e todo outro pagamento relativo aos direitos previstos no artigo 1, parágrafo 1;

e) do produto de venda ou liquidação total ou parcial de um investimentos;

(f) das compensações, indenizações ou outros pagamentos previstos no artigo 4; e

(g) das remunerações dos nacionais de uma Parte Contratante que tenham obtido autorização para trabalhar em relação a um investimento.

Pelo Anexo ao Acordo, os países reservam-se o direito de manter transitoriamente exceções ao tratamento nacional nos setores que discrimina. Para o Brasil constam:

(a) como reserva ao Artigo 2, Parágrafo 1:

– pesquisa e lavra de minerais;

– aproveitamento de energia hidráulica;

– assistência da saúde;

– serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações;

– aquisição ou arrendamento de propriedade rural;

– participação no sistema de intermediação financeira, seguros, previdência e capitalização;

– armação, propriedade e navegação de cabotagem e interior.

(b) como reserva ao Artigo 3, Parágrafo 2:

– o direito de manter a exceção prevista no artigo 171, parágrafo 2, de sua Constituição a respeito de compras governamentais

(c) como reserva ao Artigo 3, Parágrafo 4:

– o direito de manter transitoriamente os requisitos de desempenho no setor automobilístico

Finalmente, do Anexo consta o compromisso das Partes Contratantes de fazerem todos os esforços possíveis para eliminar as exceções no mais breve prazo possível.

Conclui-se ter o Brasil concordado com a iniciativa argentina, tornando-se parte de Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos que inclui até mesmo compromissos de remessa, tais como propostos pela Diretriz III da MIGA (examinada no Capítulo VII desta monografia). As reservas apresentadas pelo Brasil incluem somente as restrições decorrentes da Constituição federal (e nenhuma das previstas na legislação ordinária) e apenas uma medida de investimentos relacionada ao comércio (relativa à indústria automobilística).

PARTE III

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

CAPÍTULO XI

AS REGRAS CONSTITUCIONAIS E OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

AS RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

A Constituição brasileira de 1988 expressamente determina exceções ao *tratamento nacional* de empresas estrangeiras. Diferentemente das empresas brasileiras de capital nacional, as empresas resultantes de investimentos estrangeiros não gozam de certos privilégios e não podem exercer certas atividades.

As empresas nacionais terão *tratamento diferenciado,* se forem de pequeno porte (Artigo 170, inciso IX) e, *tratamento preferencial,* se adquirirem bens e serviços do Poder Público. Poderão ter *proteção e benefícios* especiais, se desenvolverem atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país (Artigo 171,§ 1º, inciso I). Pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno deverão controlar o capital e as atividades tecnológicas, se a empresa atuar em setores imprescindíveis ao desenvolvimento do país (Artigo 171, § 1º, inciso II, letras "a" e "b").

Os fundamentos para a concessão, por lei, de alguns dos tratamentos diferenciados acima resumidos são indicados pela Constituição em expressões abrangentes e de interpretação ampla, tais como *atividades estratégicas para a defesa nacional, imprescindíveis ao desenvolvimento do País* (Artigo 171, § 1º, inciso I) ou *interesse nacional* (Artigo 192, inciso III, letra "a").

A Constituição contém ainda diversas restrições a atividades empresariais. Algumas aplicam-se também a empresas de capital

nacional: são os monopólios ou quase-monopólios estatais. Outras não dizem respeito à origem do capital, mas à nacionalidade das pessoas físicas proprietárias ou administradoras da empresa.

Fischer e Forster classificam as limitações constitucionais[182] da seguinte maneira:

Monopólios estatais

Serviços públicos
- Quase-monopólios
- Concessão ou permissão estatal

Atividades reservadas a brasileiros ou residentes
- Restrições absolutas
- Restrições relativas

Novas reservas de mercado

Os monopólios estatais

Constituem monopólio da União (Artigo 177):

I) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos flúidos;

II) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

---

182 Georges Charles Fischer, e Susan Christina Forster, *Foreign Investment in Brazil: Major Legal Obstacles*, Internal Discussion Paper, Latin America and the Caribbean Region, Report No.IDP-132, (Washington : The World Bank,October 6, 1993), 4.

V) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Os serviços públicos

Pelo Artigo 175, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Fischer e Forster denominam tais serviços, quando prestados diretamente pelo Governo, de *quase-monopólios*. Classificam os demais como serviços sob regime de *concessão ou permissão.*

Os quase-monopólios

Certos serviços públicos somente podem ser prestados, de acordo com a Constituição, pela União ou Estados, diretamente ou mediante concessão a empresa sob controle acionário estatal, o que, segundo Fischer e Forster [183], do ponto de vista prático, constitui monopólio. Esses serviços são os seguintes:

– Telecomunicações: os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicação (Artigo 21, inciso XI).

– Energia nuclear: a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (Artigo 21, inciso XXIII).

– Gás: a exploração e a distribuição de gás canalizado (Art. 25, § 2º).

Concessões ou permissões

A Constituição estabelece regime de concessão ou permissão da União para os seguintes serviços públicos[184]:

---

183 Ibid., 6.

184 Ibid., 6-7.

– Os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações (Artigo 21, inciso XII, letra "a").

– Os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d'água (Artigo 21, inciso XII, letra "b").

– A navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (Artigo 21, inciso XII, letra "c").

– Os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (Artigo 21, inciso XII, letra "d").

– Os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (Artigo 21, inciso XII, letra "e").

– Os portos marítimos, fluviais e lacustres (Artigo 21, inciso XII, letra "f").

– Utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas (Art. 21, inciso XXIII, letra "b").

Atividades reservadas a brasileiros ou residentes

Fischer e Forster classificam e analisam essas restrições da seguinte forma:

RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS ABSOLUTAS
(não dependem de lei ordinária)

– A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual (Artigo 222). Agências de notícias foram equiparadas a empresas jornalísticas para fins de responsabilidade civil e penal, pelo Artigo 3, § 4o. da Lei no. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, com redação dada pela Lei nº 7.300, de 27 de março de 1985.

– Serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais (Artigo 178). Pela Lei nº 7.652/88, quando a propriedade de embarcação for de pessoas jurídicas, o registro obrigatório somente é concedido se 60% dos capital votante for de propriedade de brasileiros natos.

– A navegação de cabotagem e a interior é reservada a embarcações brasileiras (Artigo 178, § 3o.).

– Somente brasileiros e empresas de capital nacional podem efetuar a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica (Artigo 176, § 1º), pois estes são bens da União (Artigo 20, incisos VIII e IX). As empresas do ramo tiveram quatro anos, a partir da promulgação da Constituição de 1988, para cumprir os requisitos de nacionalidade brasileira (Artigo 44, *caput*, das Disposições Transitórias), para destinar à industrialização no território nacional o produto da sua lavra e beneficiamento (Artigo 44, § 1º das Disposições Transitórias) ou, ainda para usar a energia em processo de industrialização (Artigo 44, § 2º das Disposições Transitórias).

RESTRIÇÕES CONSTITUCIONAIS RELATIVAS
(dependem de lei complementar ou ordinária)

– A participação de capital estrangeiro em instituições financeiras, de seguro, previdência e capitalização deve ser regulamentada por lei complementar, tendo em vista os interesses nacionais e os acordos internacionais (Artigo 192).

Até então, estão vedados a instalação de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior e o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Artigo 52 das Disposições Transitórias). Da vedação foram excluídas as autorizações resultantes de acordos internacionais, de reciprocidade, ou de interesse do Governo brasileiro (Artigo 52, parágrafo único das Disposições Transitórias).

– É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (Artigo l.199, § 3º)

– A aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira será regulada por lei (Artigo 190). Até então, como regra geral, somente brasileiros podem adquirir propriedade rural (Lei no. 5.709/71 e Decreto nº 74.965/74).

Novas reservas de mercado

Fischer e Forster alertam para a possibilidade de a lei ordinária vir a discriminar empresas controladas por estrangeiros, ainda que constituídas no país. Poderiam ser criadas novas reservas de mercado, a exemplo da que existiu para informática, tendo em vista as regras do Artigo 171 da Constituição que autorizam tratamento diferenciado para empresas de capital estrangeiro.

As reações à Constituição de 1988

O gozo de igualdade perante a lei para pessoas, físicas ou jurídicas, brasileiras ou estrangeiras integrava a tradição jurídica brasileira, até a Constituição de 1988. A Lei no. 4.131, no seu artigo 2º, garantia ao capital estrangeiro o mesmo tratamento jurídico concedido ao capital nacional sob as mesmas circunstâncias, sendo proibida qualquer diferenciação não expressamente prevista naquela Lei.

A isonomia podia ser invocada constitucionalmente contra leis que a ferissem. As empresas de capital estrangeiro podiam assim, embora não o fizessem com freqüência, recorrer ao Poder Judiciário para, com base nessa igualdade de direitos perante a lei, questionar a constitucionalidade de leis, regulamentos ou atos administrativos que concedessem *tratamento preferencial* a empresas de capital nacional.

Desde a promulgação da nova Carta Magna, diversos autores apontaram o rompimento da tradição da isonomia e as dificuldades trazidas ao capital estrangeiro.

Assim, Walter Douglas Stuber[185], ao analisar as restrições ao capital estrangeiro constantes dos diversos Artigos, afirmava ser a nova Carta:

> *"passível de críticas na questão da ordem econômica e financeira, principalmente quando prevê restrições que terão ou poderão ter como decorrência impedir (ou afastar) a eventual colaboração e/ou participação do capital estrangeiro em determinados setores de nossa economia, que poderiam ser melhor desenvolvidos com o aporte de investimentos oriundos de outros países."*

Georges Charles Fischer, em artigo de março de 1989,[186] ao interpretar o Artigo 171, a respeito da definição de empresa nacional, concluía não ser "de todo negativo" o tratamento preferencial concedido pela nova Carta constitucional a empresas nacionais, pois ao explicitar as condições de seu exercício, mediante lei específica, poderia "produzir salutar elemento de objetividade, antes inexistente". Em outras palavras, as únicas vantagens trazidas pela nova Constituição pareciam ser a transparência das regras para empresas de capital estrangeiro e a imposição de limites às restrições legais.

Celso Ribeiro Bastos, em comentários ao Artigo 171 da nova Constituição,[187] em 1990, afirmava ser a "constitucionalização" da distinção entre empresas nacionais e não-nacionais, "uma discriminação que não merece encômios", pois somente teria o "condão de afugentar o capital estrangeiro de que o País tanto carece", concedendo à empresa de capital nacional, proteção que, "na maioria das vezes se traduz em privilégio para seus titulares, sem que daí resulte algum benefício para a coletividade".

---

185 Walter Douglas Stuber, *O Capital Estrangeiro e a Nova Constituição Brasileira*, Revista dos Tribunais 635/1988, 139-142.

186 George Charles Fischer, "Empresa brasileira e tratamento preferencial na Nova Constituição", *Estado de São Paulo*, 1 e 2 de março de 1989.

187 Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandras da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil*, 7o.Volume,(São Paulo: Editora Saraiva, 1990), 47.

Paulo Roberto de Almeida previa dificuldades no plano internacional e observava:

"..os dispositivos relativos ao tratamento favorecido para a empresa nacional de pequeno porte e concedendo preferência às empresas nacionais nas compras do Governo poderiam eventualmente entrar em choque com o consagrado princípio do tratamento nacional caso uma legislação multilateral abrangente – como a que está sendo atualmente negociada no GATT, por exemplo – venha hipoteticamente a regulamentar o setor de serviços em escala ainda não experimentada até aqui".[188]

A REVISÃO CONSTITUCIONAL

Das propostas de alteração da Constituição federal, apenas uma das relativas a investimentos estrangeiros chegou a ser votada no processo de revisão constitucional encerrado em 31 de maio de 1994: o Artigo 171, que define empresa de capital nacional. As tendências com relação a modifificações do referido artigo eram as seguintes, em janeiro de 1994[189]:

– A proposta do Poder Executivo previa a eliminação do inciso II, que define empresa brasileira de capital nacional, mantendo-se apenas como definição de empresa brasileira a constante do inciso I, ou seja, aquela constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país. Em outras palavras, desapareceria a distinção com base na origem do capital.

– Propostas que igualmente eliminavam a distinção apareciam nas redações de Antonio Ueno-PFL/PR, Domingos Juvenil-PMDB/PA, Roberto Balestra -PPR/GO, José Eymael -PPR/SP, Israel Pinheiro -PTB/

---

188 Paulo Roberto de Almeida, "Relações Internacionais e Interesse Nacional: As Relações Econômicas do Brasil e a Ordem Constitucional", *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Anos XXXIX a XLI, 1987/1989, nos 69/71, 181.

189 Congresso Nacional, *Revisão da Constituição Federal. Propostas Revisionais Agrupadas por Dispositivo Constitucional*, Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, mimeografado, (Brasília: Congresso Nacional, 1993), 22-32.

MG, Ary Kara – PMDB/SP, Delfim Netto – PPR/SP, Eduardo Mascarenhas PSDB/RJ, Cardoso Alves – PFL/SP.

– Propostas que, de alguma forma, mantinham a distinção, constavam das redações de José Belato – PMDB/MG, Raul Belem – PP/MG e Almir Gabriel -PSDB/PA.

Em 4 de maio de 1994, por 290 a favor, 61 contra e 10 abstenções, a proposta de emenda do relator Nelson Jobim (PMDB/RS), que eliminava a diferença entre empresas pela origem do capital, foi derrotada por não alcançar os 293 votos necessários à aprovação[190].

190 "Acordo derrota emenda sobre empresa nacional", *Estado de São Paulo*, 5 de maio de 1994.

CAPÍTULO XII

A LEGISLAÇAO ORDINÁRIA E OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

AS RESTRIÇÕES AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Georges Fischer recorda que não havia na Constituição anterior dispositivo expresso sobre capital estrangeiro; a legislação ordinária, porém, continha "normas discriminatórias ao capital estrangeiro espalhadas por uma miríade de leis, regulamentos e atos administrativos"[191]

Sob o regime da nova Constituição, diversas restrições a investimentos estrangeiros também se encontram consubstanciadas em legislação ordinária. Com efeito, estão em vigor regras que tanto precedem quanto antecedem a Constituição de 1988. Para Fischer, diversas leis posteriores a 1988 não satisfazem os requisitos constitucionais de serem medidas estratégicas para a defesa nacional ou vitais para o desenvolvimento.[192]

Com base em compilações de normas restritivas ao capital estrangeiro preparadas por Pinheiro Neto[193], Maria Helena Zockun[194] (com base em lista de Helmut Vuervert) e por Fischer e Foster[195], verifica-se que as restrições não-constitucionais aos investimentos estrangeiros encontram-se nas seguintes normas:

---

191 Fischer, "Empresa brasileira", 1 de março, c.2.

192 Ibid., 13.

193 Pinheiro Neto, *Doing Business in Brazil*, §4.159,(Saint Paul, Minn.: Mathew Bender & Co. Inc., 1994), 4-17.

194 Maria Helena Zockun, *A importância das empresas de capital estrangeiro para o desenvolvimento nacional*, FIESP/CIESP,84-87.

195 Fischer e Foster, *Foreign Investment*, 13-18.

Restrições anteriores à Constituição de 1988

– Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Determina que empresas de capital estrangeiro não podem obter aval do Tesouro Nacional para empréstimos obtidos no exterior.

– Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que regula o mercado de capitais. O Banco Central pode negar acesso de empresas de capital estrangeiro a fundos obtidos no sistema financeiro nacional.

– Decreto-lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, Decreto nº 68.459, de 1 de abril de 1971 e Decreto nº 78.402, de 10 de setembro de 1976, entre outros dispositivos, regulamentam atividades de pesca. O exercício dessas atividades depende de aprovação das autoridades marítimas competentes. Certas áreas do mar territorial e certas atividades são reservadas a embarcações brasileiras. Segundo o artigo 7 da Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988, quando de propriedade de pessoas jurídicas, 60% do capital votante deve pertencer a brasileiros.

– Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, que modifica o Código de Telecomunicações. Proíbe empresas de radiodifusão de contratarem assistência técnica de empresas ou entidades estrangeiras.

– Resolução nº 209, de 1 de setembro de 1972, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Exige, como requisito para acesso ao mercado, que empresas prestadoras de serviço de engenharia de capital estrangeiro entrem em consórcios com empresas de capital nacional e submetam pedido de registro.

– Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, e Decreto nº 74.965, de 26 de novembro de 1974. Impõem restrições a pessoas físicas ou jurídicas de capital estrangeiros que pretendam adquirir imóvel rural no Brasil.

– Decreto-lei nº 1376, de 12 de dezembro de 1974. Impede a remessa para o exterior de lucros ou rendimentos derivados de investimentos incentivados (fundos de investimentos no Nordeste, turismo, reflorestamento, pesca etc).

– Lei nº 6.345, de 2 de maio de 1979, regulamentada pelo Decreto nº 85.064, de 26 de agosto de 1980, sujeita certas atividades desenvolvidas por estrangeiros na faixa de fronteira à autorização prévia do Conselho da Defesa Nacional e outras autoridades competentes, dependendo da atividade.

– Portaria nº 622, de 19 de junho de 1978, do Ministério das Comunicações. Estabeleceu política de aquisição de equipamentos e de desenvolvimento tecnológico das telecomunicações.

– Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980, relativa a transporte rodoviário de carga. Estabelece que a exploração é exclusiva de transportadores autônomos brasileiros e de pessoas jurídicas com sede no Brasil e que 4/5 do capital votante sejam de brasileiros, os quais deverão ter exclusividade na gestão e administração. Fischer e Foster entendem ser inconstitucional esse preceito, por estabelecer reserva de mercado não-temporária e porque o Executivo continuou a regulamentá-la, mesmo após a Constituição de 1988, como se estivesse em vigor (Decreto nº 99.471/90 e Portaria nº 879/90 do Ministério da Infraestrutura).

– Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, artigo 11. Proíbe estrangeiros de possuírem e administrarem empresas de transporte e guarda de valores. Na opinião de Fischer e Forster, embora inconstitucional após 1988, continuou a ser objeto de regulamentação (Portaria nº 91, de 21 de fevereiro de 1992, do Ministro da Justiça), como se estivesse em vigor.

– Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984. Estabelece que pessoas jurídicas e fundações direta ou indiretamente controladas pelo Governo federal deverão dar prioridade a serviços técnicos de informática oferecidos por empresas brasileiras.

– Resolução CNSP nº 3, de 9 de janeiro de 1986. Determina que investimentos estrangeiros em companhias de seguro, corretoras, fundos de pensão privados e companhias de capitalização não excedam 50% do capital e limitem-se a 1/3 do capital votante.

– Lei nº 7.565, de 19 de novembro de 1986 (Código Brasileiro do Ar). Exige que 4/5 do capital votante de empresas de serviços aéreos pertençam a brasileiros e que o transporte aéreo nacional seja feito somente por aeronaves registradas como brasileiras.

– Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987, sobre *software*. Somente empresas de capital nacional podem colocar no mercado programas de computação. As de capital estrangeiro somente podem vendê-los para uso em *hardware* fabricado ou comercializado por outras empresas sob controle estrangeiro. No caso de similar nacional, o programa estrangeiro de computação não poderá ser registrado. Segundo Fischer e Foster, um projeto de lei apresentado pelo Executivo em 1991 eliminaria as reservas de mercado para distribuição e produção, assegurando ao direito de autor o tratamento igual ao de marca ou patente.

– Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988, determina (artigo 6) que o registro de embarcações será concedido somente a pessoas jurídicas, se 60% de seu capital pertencerem a brasileiros natos.

– Decreto nº 96.000, de 2 de maio de 1988, que regulamenta a exploração e prospecção da plataforma continental e águas interiores. Exige aprovação prévia do Ministério da Marinha e outros órgãos governamentais, quando for o caso, e cumprimento de uma série de exigências quando houver estrangeiros. A "segurança nacional" deve ser considerada para a aprovação.

Restrições posteriores à Constituição de 1988

– Circular nº 72/90 do FINAME. Estabelece que o cadastramento de produtos fabricados por empresas não controladas efetivamente por capital nacional está sujeito a restrições (índice de nacionalização mínimo, produção por encomenda, relevante acréscimo de tecnologia ou índice de nacionalização, concorrência dos produtos com os congêneres importados, destinação a projeto de elevado interesse nacional).

– Portaria SPL, de 30 de julho de 1990, da Direção Geral do Departamento de Aviação Civil. Restringe a autorização de serviço de agenciamento de carga aérea a empresas administradas por brasileiros residentes e com 4/5 do capital social pertencentes a brasileiros.

– Decreto de 14 de maio de 1991 que revogou o Decreto nº 73.685, de 19 de fevereiro de 1974. Determina que órgãos federais e os do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios contratem serviços de engenharia de companhias estrangeiras, somente quando não haja companhias brasileiras qualificadas para prestar os mesmos serviços.

– Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, Decreto nº 99.541, de 17 de outubro de 1990 e Decreto nº 99.618, de 21 de setembro de 1991. Contêm restrições à fabricação de equipamentos e prestação de serviços na área de informática por empresas de capital estrangeiro. Certos tipos de *hardware* somente podem ser fabricados no Brasil por empresas de capital nacional. Contêm também restrições para serviços de informática, tais como venda de *software* para empresas estatais.

A essa lista, possivelmente não-exaustiva, poderiam ser acrescentadas as seguintes normas jurídicas recentes:

– Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Estabeleceu que os limites da Lei nº 5.709/71 para aquisição de terras rurais por estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, e empresas brasileiras controladas por estrangeiros, também se aplicam ao arrendamento de propriedade rural.

– Decreto nº 1.070, de 2 de março de 1994[196], que regulamenta o artigo 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, sobre contratações de bens e serviços de informática e automação. Pelo artigo 5º, são estabelecidos critérios de preferência a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País por empresas de capital nacional. Fischer e Forster entendem que, além de discriminar o produto estrangeiro, o decreto discrimina também a empresa de capital estrangeiro. Para esses autores,

196 Heloisa Magalhães, "Novas normas para compras do governo em informática e telecomunicações", *Gazeta Mercantil*, 4 de março de 1994.

o tratamento preferencial, de acordo com a Constituição, deveria ser dado por lei e não por decreto.[197]

– Decreto nº 792 de abril de 1993. Estabelece gozar de isenção de IPI somente os microcomputadores e periféricos produzidos por empresas nacionais.[198]

A ELIMINAÇÃO DE RESTRIÇÕES

Entre 1990 e 1992, foram adotadas várias medidas para eliminação de restrições aos investimentos estrangeiros. Esses atos respondem, em boa parte, pelo atual ingresso de capital estrangeiro nas bolsas de valores e pelo aumento do número de investimentos realizados sob contratos de *franchising*. Liberalizaram-se também as transferências ou remessas de lucros e dividendos ao exterior. Uma tentativa de compilação desses atos deveria indicar, entre outros, os seguintes:

– Instrução Normativa nº 130/90, da Comissão de Valores Mobiliários. Regulamenta investimentos estrangeiros no mercado de capitais do País, permitindo que grupos investidores constituídos no exterior apliquem em papéis e títulos no Brasil.

– Comunicado nº 2.099 do Banco Central, de 14 de maio de 1990. Excluiu lucros, dividendos e repatriações de capital estrangeiros dos prazos para remessas de 120 a 180 dias (Resolução nº 1564 de 16 de janeiro de 1989), passando estas a serem feitas em dois dias dos respectivos contratos de câmbio.

– Resolução nº 22, de 27 de fevereiro de 1991, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Com base na Portaria nº 364/90, estabeleceu regras menos rígidas para a aprovação de acordos de transferência de

---

197 Ana Luiza Mahlmeister, "Para Fischer, decreto recria reserva", *Gazeta Mercantil*, 7 de março de 1994.

198 The Economist Inteligence Unit, *Investing,Licensing and Trading Conditions Abroad, Brazil*, 1994, 10.

tecnologia e licenciamento de marcas e patentes. Revogou o Ato Normativo nº 15 do INPI, que limitava percentualmente o pagamento de *royalties* pagos por tecnologia, entre outras restrições.

– Carta Circular nº 216, de 18 de abril de 1991, do Banco Central. Permitiu a remessa de lucros e dividendos de capital estrangeiro cujo registro no Banco Central ainda se encontre pendente.

– Resolução nº 1.832, de 31 de maio de 1991, do Banco Central. Criou novas regras sobre investimento no mercado de capitais brasileiro, permitindo o investimento estrangeiro através de carteira administrada.

– Revogação da Instrução de Serviço nº 85, de 1981, do Banco Central (não publicada em Diario Oficial, por ser ato interno), que restringia remessa de receita financeira de empresas de capital estrangeiro.

– Lei nº 8383, de 30 de dezembro de 1991. Extinguiu o imposto suplementar de renda incidente sobre a remessa de lucros e dividendos excedentes sobre certos limites legais, criado pela Lei nº 4.131; reduziu de 25 para 15% a alíquota de imposto de renda na fonte incidente sobre remessas ao exterior; permitiu a dedução do imposto de renda das pessoas jurídicas, como despesas, as quantias remetidas ao exterior a título de pagamento de assistência técnica e *royalties*, ainda que a destinatária seja empresa controladora do capital da remetente.

– Decreto nº 368, de 16 de dezembro de 1991. Estabeleceu que o valor em moeda estrangeira correspondente ao reinvestimento será determinado pela taxa média de câmbio do dia do reinvestimento, e não mais pela taxa média de câmbio entre as datas de distribuição de lucros e o reinvestimento.

– Resolução nº 1.894, de 9 de janeiro de 1992, do Banco Central. Regulamentou conversões de dívida em participação em capital de empresas, com base no Plano Nacional de Privatização, diminuindo as exigências anteriores.

– Carta Circular nº 2.266, de 13 de março de 1992, do Banco Central. Regulamentou o registro de capital estrangeiro através de capitalização de lucros e dividendos e a remessa de lucros para o exterior.

– Carta Circular nº 2.282, de 2 de junho de 1992, do Banco Central. Estabeleceu condições para o registro de capital estrangeiro através da transferência de direitos de marcas e patentes.

– Resolução nº 35, de 26 de junho de 1992, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Admitiu o exame e registro de acordos de *franchising* naquele órgão.

– Carta Circular nº 2.313, de 1º de setembro de 1992, do Banco Central. Estabeleceu regras para observação do critério de proporcionalidade do capital estrangeiro registrado, no caso de fusões e incorporações.

– Instrução Normativa nº 12, de 17 de novembro de 1992, da Secretaria da Receita Federal. Estabeleceu diretrizes para determinação do imposto sobre a renda devido por investidores estrangeiros nos reinvestimentos de lucros.

O acesso de empresas de capital estrangeiro a financiamentos de exportação (Proex e ao Finame) também foi liberado no período[199], assim desvinculados os incentivos fiscais antes atrelados a obrigações de conteúdo nacional.[200]

Depois de 1992, diminuíram os atos liberalizantes ou eliminatórios de restrições a capitais estrangeiros. Destaque-se o seguinte ato em 1993, favorável a investimentos estrangeiros:

– Instrução Normativa nº 120, de 17 de dezembro de 1993, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Simplifica o registro de contratos de licenciamento e transferência de tecnologia", de *franchising* e de assistência científica e técnica.

---

199 Ibid.. 9

200 Ibid.. 13.

Em conclusão, no Governo Collor, foram emitidas várias normas consideradas favoráveis à atuação do capital estrangeiro no Brasil, em especial com relação a remessas para o exterior. Essas medidas tornaram possível ao Brasil a aceitação de compromissos previstos no Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos do MERCOSUL, e inspirados no modelo das Diretrizes da MIGA (à qual o país aderiu, no mesmo período).

PARTE IV

CONCLUSÕES

CONCLUSÕES

QUANTO AO FLUXO DE INVESTIMENTOS

O forte crescimento de investimentos internacionais, entre 1983 e 1990, não se refletiu no Brasil. O ingresso de investimentos estrangeiros diretos no país decresceu em termos tanto absolutos quanto relativos nesse período. Diminuiu mesmo após 1991, se de seu cômputo forem excluídos os investimentos em carteira (*portfólios*). Vários fatores terão concorrido para essa diminuição, principalmente os econômicos, tais como a inflação. Também terá contribuído para o decréscimo a legislação brasileira referente ao *tratamento* de capital estrangeiro pois, embora basicamente inalterada há três décadas, tornou-se comparativamente mais restritiva em relação às décadas de 1960 ou 1970. Esse fato decorreu menos da adoção da Constituição de 1988 do que das alterações legislativas em outros países, sobretudo em matéria de privatização de setores objeto de monopólio estatal no Brasil, tais como petróleo, mineração e telecomunicações.

QUANTO ÀS REGRAS INTERNACIONAIS SOBRE INVESTIMENTOS

Verifica-se que a tendência ao estabelecimento de regras internacionais para investimentos estrangeiros vem ganhando impulso nos últimos anos. A aceleração da assinatura de instrumentos internacionais sobre o assunto pode ser observada na seguinte cronologia:

1917-1945 EUA: Acordos bilaterais de Comércio e Navegação

1948 Carta de Havana

1955 Resolução do GATT sobre Investimento Internacional

1959 OCEE Código de Liberalização de Movimentos de Capital

1959 Alemanha: início de acordos bilaterais europeus

1960 OCDE: discussão de regras para investimentos

1966 Convenção sobre Solução de Controvérsias de Investimentos

1976 Diretrizes da OCDE para investimentos

1977 Início das negociações na ONU do Código de Conduta

1981 Início de programa dos Estados Unidos de acordos bilaterais

1981 Grupos dos 18 no GATT- TRIMs

1985 Criação da MIGA

1986 Lançamento da Rodada Uruguai

1988 Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos

1990 Iniciativa para as Américas

1990 Adesão do Brasil à MIGA

1991 Assinatura do Acordo do Jardim das Rosas

1992 Fracasso das negociações sobre o Código de Conduta na ONU

1992 Diretrizes do Banco Mundial

1992 Assinatura do NAFTA

1993 Conclusão da Rodada Uruguai (TRIMs e GATS)

1994 Acordo do MERCOSUL sobre proteção de investimentos

1994 Acordo bilateral de investimentos Brasil-Chile

A evolução das posições dos principais países ou grupos

ESTADOS UNIDOS

Desde a Carta de Havana de 1948, os Estados Unidos têm sido os principais proponentes de regras internacionais para proteção de investimentos.

Na OCDE, primeiro foro em que a questão foi debatida, sua atuação, no sentido de proteger as empresas e estabelecer padrões para os governos de países receptores de investimentos, encontrou a resistência de alguns países europeus, do Canadá e da Austrália. (Na

países europeus, do Canadá e da Austrália. (Na OCEE, que não incluía os EUA, não havia regras senão para transferências de capitais).

Na década de 1970, os Estados Unidos assistiram ao desenvolvimento na Assembléia Geral da ONU, contra sua vontade, do Projeto de Código de Conduta da Empresas Transnacionais, com ênfase no controle das empresas e não dos governos receptores de investimentos. Na década de 1980, já com o apoio dos membros da CEE, do Canadá e do Japão, os Estados Unidos buscaram mudar esse enfoque, sob o argumento de "equilibrar" o exercício.

Como resultado, houve impasse no Projeto, que perdeu o interesse dos países em desenvolvimento e não ganhou o dos desenvolvidos.

Voltaram-se os esforços americanos para os órgãos de Bretton Woods, onde tradicionalmente tiveram predominância: Banco Mundial e GATT. A partir da década de 1980, contavam os Estados Unidos claramente com a solidariedade dos diversos países desenvolvidos exportadores de capital, especialmente daqueles igualmente sob governos conservadores.

No Banco Mundial, apesar de pequena resistência de alguns Diretores provenientes de países em desenvolvimento, lograram os Estados Unidos fossem preparadas as Diretrizes da MIGA para investimentos.

Na Rodada Uruguai do GATT, acabariam obtendo resultados muito menores do que pretendiam, uma vez que as TRIMs, e até mesmo o GATS, ficaram aquém de suas expectativas iniciais.

Nos acordos regionais, porém, as iniciativas dos Estados Unidos foram mais bem sucedidas. Primeiramente no Acordo de Livre Comércio com o Canadá e depois no NAFTA, os Estados Unidos lograram atingir a maior parte de seus objetivos, tanto com relação ao tratamento nacional de investimentos quanto a tema a este relativo, ou seja, as TRIMs.

Países europeus

A resistência inicial européia às teses americanas no seio da OCDE pouco durou, pois os países da CEE logo passaram a assinar acordos bilaterais com regras sobre tratamento nacional de investimentos.

Atualmente, na OCDE, discute-se a possibilidade de tornar obrigatórias as recomendações sobre tratamento de investimentos. Os países europeus parecem ter dado volta de 180 graus em suas posições com relação às dos Estados Unidos, como se conclui de iniciativas privadas em favor da assinatura de tratado de investimentos entre a União Européia e os Estados Unidos para evitar descumprimento do princípio de tratamento nacional com relação a investimentos europeus naquele país. A respeito das dificuldades de tratamento nacional para companhias européias atuando nos Estados Unidos, afirmava o Presidente da Câmara de Comércio Europeu-Americana [201]:

".. the (US) administration has developed informal export advocacy guidelines which give preference to US-based companies. Congress has conditioned national treatment for in (sic) R&D programmes, liberalised anti-trust treatment, regulatory relief, and participation in special government programmes such as the clean car initiative.

Foreign-based companies can be shut from these programmes unless their government extend reciprocal treatment for US companies, protect their intellectual property and open their standard-setting processes."

Países em desenvolvimento

Os países em desenvolvimento buscaram nos diversos foros, em especial na ONU e no GATT, resistir às tentativas de regulamentação de investimentos estrangeiros que diminuíssem sua capacidade de controlar as multinacionais e de proteger as empresas locais, em especial as de serviços. Na ONU, os principais argumentos utilizados referiam-se à

---

201 Nancy Dunne, "Multinationals seek investment treaty", *Financial Times* (Londres), May 9, 1994, 2.

aplicação do Direito Internacional, que poderia subtrair dos países em desenvolvimento a competência da lei e dos foros nacionais para dirimir controvérsias com empresas estrangeiras no seu próprio território. No GATT, os argumentos diziam respeito à falta de competência do Acordo Geral para questões alheias ao comércio de bens.

Atualmente, assiste-se a rápida evolução das posições de alguns países em desenvolvimento que, não apenas passaram a assinar acordos bilaterais e mesmo regionais de investimentos, mas também – e sobretudo – a adotar medidas de eliminação de restrições ao tratamento nacional ou de requisitos de desempenho. Exemplo recente dessa eliminação de medidas foi a decisão da Argentina de "desregulamentar" o setor financeiro[202], sequer exigindo reciprocidade para a abertura de bancos estrangeiros.

Foro

Qual será o foro escolhido para o debate de investimentos estrangeiros? Dos diversos foros em que o assunto vem sendo tratado, parece que a concentração maior de esforços dos países desenvolvidos em matéria de investimentos se dará na nova Organização Mundial do Comércio. John Jackson, renomado especialista em GATT, também acredita que o novo organismo venha a ser utilizado para tratar da questão, sobretudo através das regras do GATS.[203] Pela exigência da aplicação do Artigo XVI do Acordo Geral sobre Serviços, será possível, em princípio, impedir limitações aos investimentos em matéria de serviços, os quais, como visto no exame da OCDE, constituem os principais setores objeto de exceções ao tratamento nacional.

---

202 "Argentina desregulamenta sistema bancário", *Estado de São Paulo*, 24 de fevereiro de 1994, B20

203 John Jackson expressou essa opinião em resposta a pergunta formulada pelo autor desta monografia durante seminário sobre a OMC realizado em Ottawa em 31 de maio de 1994.

A eventual concentração, na nova Organização Mundial do Comércio, de esforços legislativos por parte dos exportadores de capital enfrentará, porém, o argumento apresentado pelos receptores de capital durante a Rodada Uruguai, ou seja, o da competência do organismo ser relativa a comércio e não a investimentos, exceto no que se refere a algumas medidas a respeito destes que o afetem. Aos países desenvolvidos não interessaria a utilização da OCDE como foro preferencial para discussão de regras internacionais para investimentos, uma vez que a maior parte dos membros daquele organismo tem eliminado barreiras nessa área. Não faltam, entretanto, defensores da utilização das regras da OCDE como base para o GATT (agora OMC), como Sylvia Ostry:

> *"...the issue of getting rules for international investment is of paramount importance. By that I mean multilateral rules developed by the OECD (as opposed to the GATT) because, for the foreseeable future, the OECD is better staffed and has already undertaken a great deal of analysis of both investment issues and related matters such as trade and competition policy. If desired, the OECD codes could be deposited later in the GATT as part of a new post-Uruguay agenda, which must obviouosly include investment policy and competition policy as priority issues."*[204]

Não desejarão os países desenvolvidos certamente tratar do tema na ONU, tendo em vista a experiência com o Código de Conduta de Transnacionais e a menor influência que exercem na Assembléia Geral desse organismo.

O Banco Mundial parece ter esgotado sua competência na matéria com a publicação das Diretrizes da MIGA e com a decisão de sua Diretoria de não propor acordo internacional na matéria. Caso, entretanto, fracassem as tentativas na OMC, poderá o Banco Mundial, por ser o organismo de Bretton Woods para assuntos financeiros, voltar

---

204 Sylvia Ostry, "New Rules for International Investment Comment" em *Multinational in North America*. Lorraine Eden (ed.).(Calgary: The University of Calgary Press, 1994), 401.

a ser lembrado como foro para discussão e proposição de convenção internacional.

Qualquer que seja o foro escolhido, deverá o tema continuar a ser objeto de tratamento bilateral e regional, senão também multilateral. Não será de surpreender, no futuro imediato, algum entendimento em matéria de investimentos entre a União Européia e os Estados Unidos, por pressão da Câmara de Comércio que compreende representantes desses dois polos de investidores.

Evolução conceitual nos instrumentos internacionais

Com exceção da ONU, nos demais foros os avanços conceituais têm sido mais rápidos do que os próprios países exportadores de capital poderiam esperar.

As Diretrizes da MIGA do Banco Mundial, por exemplo, pareciam ter ultrapassado os limites aceitáveis pelos países em desenvolvimento, ao recomendarem restrições à atuação dos governos receptores em temas sensíveis, tais como remessas de lucros (com efeitos sobre o balanço de pagamentos) e requisitos de exportação (com repercussões na balança comercial). Não tardaria, entretanto, a superação conceitual das diretrizes da MIGA pelo NAFTA, que inclui restrições a TRIMs de forma muito mais abrangente do que aquela admitida no GATT. Algumas recomendações da MIGA, tais como as relativas a remessas, logo foram acolhidas por outros instrumentos, encontrando-se hoje até mesmo no Acordo para Promoção e Proteção de Investimentos do MERCOSUL.

A proposta dos países em desenvolvimento, durante as negociações do Código de Conduta da ONU, de que regras deveriam ser impostas às empresas e não aos governos, parece ter sido praticamente ignorada. Assim, as *práticas comerciais restritivas*, por parte de empresas multinacionais, sequer são mencionadas nos instrumentos analisados. O próprio conceito de responsabilidade por essas práticas foi invertido nas Diretrizes da MIGA, deixando de ser obrigação das empresas de não praticá-las, passando a ser dos governos de coibí-las.

As Diretrizes da OCDE pareciam constituir, graças às objeções iniciais européias e canadenses às teses dos EUA, um meio termo entre as posições dos Estados Unidos e a dos países em desenvolvimento, pois também incluem normas relativas à atuação das empresas. Poderão, entretanto, perder essas características durante o anunciado processo de revisão destinado a criar instrumento mais amplo, em que o tratamento nacional se torne obrigatório.

A tendência tem sido, pois, de eliminação de barreiras à atuação dos investimentos estrangeiros e de diminuição de resistências à estipulação de regras internacionais nesse sentido.

Causas subjacentes da evolução

Qual a razão dessa modificação de atitude com relação às regras de investimentos por parte de países antes contrários a limitações ao seu controle nacional sobre investimentos estrangeiros?

Uma das razões comumente lembradas refere-se à crise da dívida externa, que teria causado tanto mudança na política de substituição de importações quanto nas de captação de investimentos. Essa evolução ocorreu sobretudo nos países altamente endividados da América Latina, especialmente no Chile, no México, e na Argentina.

Análises mais complexas incluem exame das vantagens comparativas de firmas e países diante do fenômeno de globalização. Muitos países teriam adotado políticas de investimento estrangeiro que refletem a idéia, freqüentemente lembrada pelo Professor da *Harvard Business School*, Michael Porter[205], de ser impossível a todos os países tentarem produzir e vender todos os tipos de produtos e serviços (*no nation can be competitive in [and be a net exporter of] everything*). Ao reconhecer a incapacidade de competividade em todos os setores, muitos países estariam buscando liberalizar a atuação de investimentos externos, especializando as economias em áreas de maior competitividade.

---

205 Michael Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, (New York: The Free Press, 1990), 7.

Atualidade do tema

As discussões nos foros internacionais, centradas na década de 1970 na questão dos riscos associados ao fenômeno das multinacionais, parecem ter sido substituídas por negociações a respeito de quais setores econômicos do país devem constituir exceções à aplicação de regras de tratamento nacional. Os países da OCDE apresentaram inúmeras exceções a suas diretrizes voluntárias. O Canadá conseguiu, primeiramente no Acordo de Livre Comércio com os Estados Unidos e depois no NAFTA, exceções principalmente para as chamadas "indústrias culturais". O México logrou inserir nesse acordo regional lista de exceções, com destaque para a relativa ao petróleo.

Os aspectos relacionados à chamada segurança dos investimentos continuarão a ser de interesse dos países exportadores de capital, ainda que tenham diminuído ou virtualmente desaparecido os casos de nacionalizações do tipo das realizadas nas décadas de 1960 e 1970. Mais em razão dos aspectos de promoção do que de proteção dos investimentos, é de se prever o prosseguimento do interesse pela celebração de acordos bilaterais, mesmo por parte de países como o Canadá que, no passado, não assinara tais instrumentos em virtude de suas políticas com relação aos Estados Unidos.

O interesse dos países desenvolvidos pela elaboração de regras para investimentos, como prioridade pós-Rodada Uruguai, foi resumida por C.Fred Bergsten, Diretor do *Institute for International Economics*, de Washington, da seguinte forma:

> *"Almost twenty years ago, I wrote an article in Foreign Affairs titled "Coming Investment Wars?"...*
>
> *...I then called for what all good classical, international economists would: a new international regime – a GATT for investment. Its purpose was to put rules in place that would preempt full-blown investment wars and institute an international regime in the one major area of world economic affairs where none existed.*

Fortunately, for the world, there have not been any investment wars – at least not so far. Yet, the need for an investment regime is stronger than ever. Such a regime could be part of the existing global trade regime because trade and investment decisions are inextrically linked. Although it may not yet be time for a GATT for investment, it is clear that we cannot solve our trade problems without also dealing with investment issues.

Assuming the Uruguay Round succeeds and we are then ready to move constructively, both on new regional arrangements and to a new Clinton Round (or whatever one calls it) in the GATT, investment issues should now move front and centre. The time is not right, nor is there a need, for a separate GATT for investment. But a new investment regime, negotiated in the trade regime context, will and should be a top priority for global economic negotiations in the years ahead."[206]

Universalização da aplicação do tratamento nacional

A atual tendência à concessão do tratamento nacional a investimentos estrangeiros diretos, seja em decorrência de acordos internacionais ou das próprias leis nacionais, ocorre não apenas por parte dos países desenvolvidos, mas também pelos em desenvolvimento. Esta foi, aliás, a conclusão de recente estudo do Secretariado das Nações Unidas[207]:

"Most developed countries grant in principle national treatment unilaterally to all potential foreign investors as part of their constitutions and basic laws (including civil and commercial codes) (OECD, 1991 and 1993). In addition, many of them have undertaken international commitments in that respect in the context of regional integration schemes. Moreover, in the context of regional agreements and bilateral investment treaties with developing countries, many developed countries have adopted reciprocal obligations to grant national treatment (table 1). As a result, there is now

---

206 Fred Bergsten, "New rules", in *Multinationals in North America*, 391 e 401.

207 United Nations, *Exchange of information on foreign direct investment*, Report by the UNCTAD secretariat, Economic and Social Council, E/C.10/1994/7, 23 March 1994, 23.

a broad network of international commitments on national treatment covering a large proportions of developed and developing regions."

Não deixa de ser irônica a utilização, pelos países desenvolvidos, da Doutrina Calvo – desenvolvida precisamente para proteger a soberania – como base teórica do princípio do *tratamento nacional,* voltado ao estabelecimento de regras de comportamento para os governos dos países receptores de investimento.

QUANTO À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Da análise da legislação brasileira referente a investimentos estrangeiros, pode-se concluir que numerosas restrições continuam vigentes, a maior parte das quais com base na Constituição Federal de 1988. No período compreendido entre 1990 e 1992, entretanto, houve liberalizações das regras para remessas e proposta ao Congresso alteração da legislação de proteção à propriedade intelectual. Mais recentemente, foi aprovada a eliminação de limites à participação estrangeira nas privatizações. Com exceção de serviços de engenharia, assistência à saúde, informática e particularidades como regras constitucionais sobre radioisótopos e gás canalizado, os demais setores objeto de restrições no Brasil são freqüentemente os mesmos encontrados nos países da OCDE. As restrições brasileiras, porem, são numerosas e, na sua maioria, têm base em regra constitucional.

Em conclusão geral, poder-se-ia afirmar que as numerosas restrições aos investidores e aos investimentos estrangeiros constantes da legislação brasileira não impossibilitarão a negociação de acordos bilaterais ou multilaterais pelo Brasil, mas exigirão a obtenção de numerosas reservas ou exceções ao tratamento nacional.

ANEXO I

A NEGOCIAÇÃO DE EXCEÇÕES BRASILEIRAS AO TRATAMENTO NACIONAL

Eventuais entendimentos do Brasil com a OCDE ou com o NAFTA exigiriam a obtenção, para o país, de numerosas exceções ao tratamento nacional, caso não venham a ser modificadas as regras restritivas aos investimentos estrangeiros constantes da Constituição e da legislação ordinária.

OCDE

No caso da OCDE, o processo de notificação e transparência de regras de tratamento nacional reveste-se de complexidade. Se examinadas as atuais listas de exceções de seus países membros, verificar-se-á não serem incomuns restrições nos países desenvolvidos ao tratamento nacional em setores igualmente protegidos no Brasil.

O grau dessa proteção varia de país para país, mas uma análise preliminar indica que, tanto em número de restrições quanto em relação à intensidade dessas limitações, o Brasil estaria entre os países com maior número de exceções ao tratamento nacional e um dos países de maior incidência de medidas de investimentos relacionadas ao comércio (TRIMs), como concluiu Grenaway.

A necessidade de modificações legislativas no Brasil para ingressar na OCDE foi, aliás ressaltada por Jean Bonvin, Diretor da organização, em entrevista no Brasil, em que recordou, a respeito, ter o Japão tardado quatro anos para fazê-lo quando de seu ingresso.[208]

---

208 Fábio Pahim Jr., "Real poderá atrair investimento externo". *Estado de São Paulo*, 24 de maio de 1994.

NAFTA

Com relação ao NAFTA, no caso de eventual entendimento hemisférico MERCOSUL-NAFTA ou ALCSA-NAFTA, ou mesmo a simples adesão brasileira, as exceções para o Brasil teriam de ser ainda mais abrangentes do que as do México e do Canadá. Deveriam ademais incluir as exigências de nacionalidade de administradores de empresas no país. Facilitariam as negociações por parte do Brasil, o fato de que, no país, não há *screening system* de investimentos, tal como existente nos atuais membros do NAFTA. (Não chega, entretanto, o Brasil a ser tão liberal nesse ponto quanto à Argentina, que sequer mantém registro de capital estangeiro[209]).

Também as regras liberalizantes de remessas adotadas pelo país entre 1990 e 1992 facilitarão a aceitação brasileira das pormenorizadas normas do NAFTA a esse respeito. Por outro lado, a abrangência das regras sobre TRIMs no NAFTA, muito mais amplas e extensas do que as da Rodada Uruguai, obrigaria possivelmente a modificações diversas na legislação nacional, tal como o fizeram o Canadá e o México.

MERCOSUL

Os compromissos de tratamento nacional assumidos pelo Brasil em Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos no MERCOSUL, constituem os primeiros assumidos pelo país, na linha das recomendações das Diretrizes da MIGA, em especial no tocante a remessas ou transferências para o exterior, por parte de empresas de capital estrangeiro.

As reservas ou exceções ao tratamento nacional apresentadas pelo Brasil no Acordo de Investimentos do MERCOSUL têm base na Constituição. Incluem também uma única medida de investimentos

---

209 "EUA fazem restrições ao Brasil como mercado para investimento", *Tribuna da Imprensa*, 17 de maio de 1994. Resumo de pesquisa sobre as condições para o investimento estrangeiro em 19 países latino-americanos, realizada pela Associação das Câmaras de Comércio na América Latina.

relacionada ao comércio (TRIM), vigente atualmente para o setor automobilístico. Não constam das reservas outras TRIMs. Tampouco abrangem as restrições baseadas em leis ordinárias, o que poderá suscitar dúvida sobre a revogação implícita destas pelo Acordo.

ANEXO II

EXCEÇÕES BRASILEIRAS AO TRATAMENTO NACIONAL

Se, a exemplo dos membros do NAFTA ou da OCDE, tiver o Brasil de apresentar lista, por setores, de suas exceções ao tratamento nacional, o quadro se apresentaria aproximadamente como se segue:

Setor e Sub-Setor	Tipo de Reserva	Medida	Descrição
		TRANSPORTE	
Transporte Aéreo	Tratamento Nacional	Lei 7.565/86	Exige 4/5 do capital votante para brasileiros e que o transporte nacional seja feito por aeronaves brasileiras
Agenciamento de Carga Aérea	Tratamento Nacional, Nacionalidade de Administradores	Portaria SPL/90 da Direção-Geral do DAC	Restringe a autorização a empresas administradas por brasileiros residentes e com 4/5 do capital social pertencente a brasileiros
Navegação Aérea, Aeroespacial e Infra-estrutura Aeroportuária	*	Constituição Federal Artigo 21, XII, "c"	Reserva a regime de concessão ou permissão
Transporte Marítimo	Tratamento Nacional	Constituição Federal Artigo 178§3	Reserva a navegação de cabotagem e a interior a embarcações brasileiras
Transporte Marítimo	Nacionalidade de Administradores	Constituição Federal Artigo 178	Determina que serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e 2/3, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais
Transporte Marítimo	Tratamento Nacional	Lei 7.652/88	60% do capital votante de embarcações de pessoas jurídicas devem ser de brasileiros natos
Portos Marítimos, Fluviais e Lacustres	*	Constituição Federal Artigo 21, XII, "f"	Reserva a regime de concessão ou permissão da União
Transporte Marítimo de Petróleo Bruto	*	Constituição Federal Artigo 177	Constitui monopólio da União
Transporte Rodoviário	*	Constituição Federal Artigo 21,XII, "e"	Reserva a regime de concessão ou permissão da União

Setor e Sub-Setor	Tipo de Reserva	Medida	Descrição
Transporte Rodoviário de Carga	Tratamento Nacional e Presença Local e Nacionalidade de Administradores	Lei 6.813/80 Decreto 99.471/90 e Portaria 879/90 do MINFRA	Exclusiva de transportadores autônomos brasileiros e de pessoas jurídicas com sede no Brasil e 4/5 do capital votante de brasileiros, as quais deverão ter exclusividade na gestão e administração
Transporte e Guarda de Valores	Tratamento Nacional	Lei 7.102/83 Portaria 91/92 do Ministério da Justiça	Proíbe estrangeiros de possuírem e administrarem empresas do sub-setor
Transporte Ferroviário e Aquaviário	*	Constituição Federal Artigo 21,XII,"d"	Reserva a regime de concessão ou permissão
		FINANCEIRO	
Bancos, Estabelecimentos de Seguro, Previdência e Capitalização	Tratamento Nacional	Constituição Federal Artigo 192,III	Sujeito a participação do capital estrangeiro em instituições financeiras a condições de interesse nacional e acordos internacionais
Seguro, Corretoras, Fundos de Pensão Privados e Companhias de Capitalização	Tratamento Nacional	Resolução CNSP n.3/86	Determina que investimentos estrangeiros não excedam 50% do capital e limitem-se a 1/3 do capital votante
Instituições Financeiras	Tratamento Nacional	Constituição Federal Artigo 52 das Disposições Transitórias	Veda a instalação de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior e o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no País de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior
Mercado de Capitais	Tratamento Nacional	Lei 4.728/65	Autoriza o Banco Central a negar acesso de empresas de capital estrangeiro a fundos obtidos no sistema financeiro nacional
Empréstimos Externos	Tratamento Nacional	Lei 4.131/62	Determina que empresas de capital estrangeiro não podem obter aval do Tesouro Nacional para empréstimos obtidos no exterior

Setor e Sub-Setor	Tipo de Reserva	Medida	Descrição
Investimentos Incentivados	Tratamento Nacional	Decreto-Lei 1376/74	Impede a remessa para o exterior de lucros ou rendimentos derivados de investimentos incentivados
Financiamentos	Tratamento Nacional e Requisitos de Desempenho	Circular 72/90 do FINAME	Cadastramento de produtos fabricados por empresas não controladas efetivamente por capital nacional e sujeita a restrições (índice de nacionalização mínimo; produção por encomenda, acréscimo de tecnologia)
	ENERGIA E RECURSOS NATURAIS		
Petróleo e Gás	*	Constituição Federal Artigo 177	A pesquisa e a lavra das jazidas, a refinação, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos
Minérios e Minerais Nucleares e Derivados	*	Constituição Federal Artigo 177	Constitui monopólio da União a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento e a industrialização
Energia Nuclear	*	Constituição Federal Artigo 21, XXIII	Compete à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados
Radioisótopos	*	Constituição Federal Artigo 21, XXIII, "b"	Autorizada (por regime de concessão ou permissão) a utilização para pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas
Gás Canalizado	*	Constituição Federal Artigo 25§2	Cabe aos Estados Federados explorar diretamente ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição

Setor e Sub-Setor	Tipo de Reserva	Medida	Descrição
Mineração e Energia Hidraulica	Tratamento Nacional	Constituição Federal Artigo 176 "caput" e §1	A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente poderão ser efetuados mediante autorização concessão da União por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional
Energia Eletrica e o Aproveitamento Energetico dos Cursos d'água	*	Constituição Federal Artigo 21, XII "a"	Compete a União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão
Plataforma Continental e Águas Interiores	Tratamento Nacional	Decreto 96.000 / 88	Exigências para estrangeiros exercerem exploração e prospecção
Pesca	Tratamento Nacional e Nacionalidade de Administradores	Lei 7.652 / 88	Certas áreas do mar territorial e certas atividades estão reservadas a embarcações brasileiras. Quando de propriedade de pessoas juridicas, 60% do capital votante deve pertencer a brasileiros
	COMUNICAÇÃO E DIFUSÃO		
Serviços de Radiodifusão Sonora, de Sons e Imagens e Demais Serviços de Telecomunicações	*	Constituição Federal Artigo 21,XII"a"	Reserva a regime de concessão ou permissão da União
Empresas Jornalísticas e de Radiodifusão Sonora e de Sons e Imagens	Tratamento Nacional e Nacionalidade de Administradores	Constituição Federal Artigo 222	Privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual
Agências de Notícias	Tratamento Nacional e Nacionalidade de Administradores	Lei 5.250 / 67 com redação dada pela Lei 7.300 / 85	Equipara a empresas jornalísticas
Radiodifusão	Tratamento Nacional	Decreto-Lei 236 / 67	Proíbe contratação de assistência técnica de empresas ou entidades estrangeiras

Setor e Sub-Setor	Tipo de Reserva	Medida	Descrição
		INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES	
Telecomunicações	*	Constituição Federal Artigo 21, XI	Compete à União explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados, e demais serviços públicos de telecomunicações
Telecomunicações, Informática e Automação	Tratamento Nacional	Decreto 1.070/94	Estabelece critérios de preferências a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País por empresas de capital nacional
Informática	Tratamento Nacional	Lei 7.232/84	Pessoas jurídicas e fundações direta ou indiretamente controladas pelo Governo Federal deverão dar prioridade a serviços técnicos oferecidos por empresas brasileiras
Programas de Computação	Tratamento Nacional	Lei 7.646/87	Somente empresas de capital nacional podem colocar no mercado programas de computação. As de capital estrangeiro podem somente vendê-los para uso em "hardware" fabricado por outras empresas sob controle estrangeiro
Informática	Tratamento Nacional	Lei 8.248/91, Decreto 99.618/90 e Decreto 99.541/91	Restrições a empresas de capital estrangeiro para a fabricação de equipamentos e prestação de serviços.
		ENGENHARIA	
Serviços de Engenharia	Tratamento Nacional e Requisito de Desempenho	Resolução 209, de 1º de setembro de 1972 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia	Exige que empresas de capital estrangeiro entrem em consórcios com empresas de capital nacional e submetam pedido de registro, como requisito para acesso ao mercado

Setor e Sub-Setor	Tipo de Reserva	Medida	Descrição
Serviços de Engenharia	Tratamento Nacional	Decreto de 14 de maio de 1991, que revogou o Decreto 73.685/74	Órgãos públicos devem contratar serviços de engenharia de companhias estrangeiras somente quando não haja companhias brasileiras qualificadas para prestar os mesmos serviços
		IMOBILIÁRIO	
Propriedade Rural	Tratamento Nacional	Constituição Federal Artigo 190, Lei 5.709/71 e Decreto 74.965/74	Limites a aquisição ou o Arrendamento por pessoa física ou jurídica estrangeira
		DIVERSOS	
Assistência à Saúde	Tratamento Nacional	Constituição Federal Artigo 199 § 3°.	É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País
Faixa de Fronteira	Tratamento Nacional	Lei 66.345/79, Decreto 85.064/80	Sujeita certas atividades desenvolvidas por estrangeiros à autorização prévia do Conselho de Defesa Nacional e outras autoridades, dependendo da atividade

* Restrições não-exclusivas de empresas de capital estrangeiros - pois se aplicam também às empresas de capital nacional - e que deveriam ser notificadas para fins de transparência.

ANEXO III

SETORES BRASILEIROS AFETADOS POR RESTRIÇÕES

TRANSPORTE

Transporte aéreo, marítimo, rodoviário, ferroviário e aquaviário

FINANCEIRO

Bancos, seguros, previdência e capitalização, corretoras, fundos de pensão e companhias de capitalização, instituições financeiras, mercado de capitais, empréstimos externos, investimentos incentivados, financiamentos

ENERGIA E RECURSOS NATURAIS

petróleo e gás, minérios e minerais nucleares e derivados, energia nuclear, radioisótopos, gás canalizado, mineraçào e energia hidráulica, energia elétrica e aproveitamento dos cursos d'água, plataforma continental e águas interiores, pesca

COMUNICAÇÃO E DIFUSÃO

difusão de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações, empresas jornalísticas, agências de notícias

INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES

Telecomunicações,informática e automação, programas de computação

ENGENHARIA

serviços de engenharia

IMÓVEIS

propriedade rural

DIVERSOS

assistência à saude

atividades na faixa de fronteira

BIBLIOGRAFIA

Autores citados

ALMEIDA, Paulo Roberto. *Relações Internacionais e Interesse Nacional: As Relações Econômicas do Brasil e a Ordem Constitucional.* Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Anos XXXIX a XLI, 1987/1989, nos. 69/71, pp. 164-183).

AMORIM, Celso e Renata Prata Saint-Clair PIMENTEL. *Iniciativa para as Américas. "O Acordo do Jardim das Rosas".* Mimeografado. Agosto 91/março 92.

ASANTE, Samuel K.B.. *International law and foreign investment: a reappraisal,* 37 Int'l & Comp. L.Q. 588 (1988).

BASTOS, Celso Ribeiro e Ives GANDRAS da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

BERGSTEN, Fred. "New Rules for International Investment" em *Multinationals in North America.* Editado por Lorraine Eden. Calgary: The University of Calgary Press, 1994.

CHRISTIE, Keith. *Globalization and Public Policy in Canada: In Search of a Paradigm.* Ottawa: External Affairs and International Trade Canada, Policy Planning Staff Paper No. 93/01, January 1993.

CHRISTOPHER, Thomas. "An Analysis of Chapter 6: Investment", em *Understanding the free trade agreement.* Editado por Donald McRae e Debra Steger. Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1988.

de VRIES, Henry e José RODRIGUEZ-NOVAS. *The Law of the Americas.* New York: Columbia University, 1965.

DUNNING, John. *Multinational Enterprises and the Global Economy.* Suffolk, Great Britain: Addison-Wesley Publishers Ltd., 1992.

FENNELL, William A. e Joseph W. TYLER. *Trade-Related Investment Measures. The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992).* Editado por Terence P. Stewart. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

FISCHER, Georges Charles e Susan Christina FORSTER. *Foreign Investment in Brasil: Major Legal Obstacles.* Washington: The World Bank, Internal Discussion Paper, Latin America and the Caribbean Region, Report N.IDP-132, October 6, 1993.

FRITSCH, Winston e Gustavo FRANCO. *Foreign Direct Investment in Brazil: Its Impact on Industrial Restructuring.* Paris: OCDE, 1991.

GESTRIN, Michael and Alan M. RUGMAN. *The NAFTA's Impact on the North American Investment Regime.* Toronto: C.D.Howe Institute, Commentary n.42, March 1993.

GILPIN, Robert. *The Political Economy of International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1987.

GRAHAM, Edward M. e Christopher WILKIE. *Multinationals and the investment provisions of the NAFTA*. 8 Int'l Trade J. 9 (1994).

____ e Paul KRUGMAN. "Trade-Related Investment Measures", em *Completing the Uruguay Round: A Result-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*. Editado por Jefrrey J. Schott. Washington : Institute for International Economics, 1990.

GREENAWAY, David. "Trade-Related Investment Measures: Political Economy Aspects and Issues for GATT". *The World Economy*, Volume 13, Nº.3. Oxford: September 1990.

HANSEN, Peter e Victoria ARANDA. *An Emerging International Framework for Transnational Corporations*. 14 Fordham Int'l L. J. 881 (1991).

HART, Michael. *A North American Free Trade Agreement: The Strategic Implications for Canada*. Ottawa : The Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 1990.

____ and Debra P. STEGER. *In whose interest?*. Ottawa: The Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 1992.

____. *Trade....Why bother?*. Ottawa: The Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 1992.

____. *What's next? Canada, The Global Economy and the New Trade Policy*. Ottawa: The Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 1994.

HENKIN, Louis, Richard C. Pugh, Oscar Schachter e Hans Smit. *International law*. Saint Paul, Minn.: West Publishing Co., 1987.

HUFBAUER, Gary Clyde e Jeffrey J. SCHOTT. *NAFTA An Assessment*. Washington : Institute for International Economics, February 1993.

____. *North American Free Trade: Issues and Recommendations*. Washington : Institute for International Economics, February 1992.

JACKSON, John. *The World Trading System*. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1989.

JASPERSEN, Frederick Z. e Juan Carlos Ginarte. "External Resource Flows to Latin America: Recent Developments and Prospects" em *Mobilizing International Investment for Latin America*. Editado por Colin Bradford Jr.. Paris: OECD/Development Centre e Interamerican Development Bank, 1993.

KAUZLARICH, Richard D.. *The Review of the 1976 OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*. 30 Am. U. L. Rev., 1009 (1981).

KLINE, John M.. *International regulation of transnational business: providing the missing leg of global standards*. 2 UN Transn. Corp. 153 (1993).

KURDLE, Robert T.. "No entry: Sectoral Controls on Incoming Direct Investment in Developed Countries" em *Multinationals in the Global Political Economy*. Editado por Lorraine Eden e Evan H. Potter. New York: St. Martin's Press, 1993.

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

NOGUEIRA BATISTA, Paulo. "A política externa de Collor: modernização ou retrocesso?." *Política Externa*, Volume I, Nº.4, março de 1993.

OCRAN, T. Modibo. *Bilateral Investment Protection Treaties: A Comparative Study*. 8 N.Y.L.Sch.J.Int'l & Comp. L., 401 (1987).

OSTRY, Sylvia. "New Rules for International Investment/Comment"em *Multinationals in North America*. Editado por Lorraine Eden. Calgary: The Universtiy of Calgary Press, 1994.

PFEFFERMANN, Guy e Andrea MADARASSY. *Trends in Private Investment in Developing Countries 1993*. Washington : International Finance Corporation, 1992.

PINHEIRO NETO. *Doing Business in Brazil*. Saint Paul, Minn.: Mathew Bender & Co. Inc., 1994.

PORTER, Michael. *The Competitive Advantage of Nations*. New york: The Free Press, 1990.

PURI, Hardeep e Philippe BRUSICK. "Trade-related investment measures: Issues for developing countries in the Uruguay Round" em *Uruguay Round. Papers on Selected Issues*. New York: UNCTAD, 1989.

RICÚPERO, Rubens e Sergio AMARAL. "O NAFTA e o Brasil". *Política Externa*, Volume 2, Nº. 1, 1993.

RUGMAN, Alan M. e Michael GESTRIN. "The Investment Provisions of NAFTA" em *Assessing NAFTA: A Trinational Analysis*. Editado por Steven Globerman e Michael Walker. Vancouver: The Fraser Institute, 1993.

SALACUSE, Jeswald W.. *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*, 24 Int'l Law., 655 (1990).

SCHOTT, Jeffrey J. e Gary Clyde Hufbauer. "NAFTA: Questions of Form and Substance", em *Negotiating and Implementing a North American Free Trade Agreement*. Editado por Leonard Waverman. Vancouver: The Fraser Institute, 1992.

_____. *United States – Canada Free Trade: An Evaluation of the Agreement*. Washington : Institute for International Economics, 1988.

SCHWAMM, Henri. *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. 12 J. World Trade L. 342 (1978).

SHIHATA, Ibrahim F.I.. *MIGA and the Standards Applicable to Foreign Investments*. 1 ICSID Rev.- FILJ 327 (1986).

_____. *Promotion of Foreign Direct Investment – A General Account, with Particular Reference to the Role of the World Bank Group*. 6 ICSID Rev. – FILJ 484 (1991).

____.Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs. Committee on capital movements and invisible transactions. *Introduction to the OECD Codes of Liberalisation (Revised Edition).*(Note by the Secretariat), DAFFE/INV (93) 38/rev 1. Paris: OECD, 27-Jan-1994.

_____. *Investment incentives and disincentives: effects on internationl direct investment.* Paris, 1989.

_____. *National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises.* Paris, 1993.

____. *The OECD guidelines for multinational enterprises.* Paris, 1994.

United Nations. CEPAL. Simposio de Alto Nivel sobre la Contribución de las Empresas Transnacionales al Crecimiento y el Desarrollo de América Latina y el Caribe. *Documento de Sala de Conferencia* 1/52. Santiago: 14 de septiembre de 1992.

____. Department of Economic and Social Development. Transnational Corporations and Management Division. *World Investment Directory 1992. Volume III Developed Countries.* New York, 1993.

____. Economic and Social Council. Comission on Transnational Corporations. *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Outstanding Issues. Proposals made by delegations at the reconvened session.* E/C.10/1985/5, 17 October 1984.

_____. Economic and Social Council. *Exchange of information on foreign direct investment. Report by the UNCTAD secretariat.* E/C.10/1994/7, 23 March 1994.

____. Economic and Social Council. Comission on Transnational Corporations. *Report on the Special Session of the Commission on Transnational Corporations.* E/C.10/1983/S/5/Rev.1.

_____. General Assembly. *Declaration of the Establishment of a New International Economic Order.* Resolution 3201 (S-VI), 6 U.N. GAOR Supp. (No.1), U.N. Doc. A/9559 (1974).

____. United Nations Centre on Transnational Corporations. *Foreign Direct Investment in Latin America: Recent Trends, Prospects and Policy Issues.* UNTC Current Series, Series A, No.3. New York: August 1986.

____. United Nations Centre on Transnational Corporations. *Regional Economic Integration and Transnational Corporations in the 1990's: Europe 1992, North America, and Developing Countries.* New York: July 1990.

____. United Nations Centre on Transnational Corporations. *The Determinants of Foreign Direct Investment. A Survey of the Evidence.* New York: 1992.

____. UNCTAD. Programme on Transnational Corporations. *World Investment Directory 1992. Foreign Direct Investment, Legal Framework and Corporate Data.* New York, 1993.

____. UNCTAD. Programme on Transnational Corporations. *World Investment Report 1993. Transnational Corporations and Integrated International Production.* New York, 1993.

World Bank Group, The. *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Volumes I e II. Washington, 1992.

Publicações do Governo brasileiro

Congresso Nacional. *Revisão da Constituição Federal. Propostas Revisionais Agrupadas por Dispositivo Constitucional.*

Ministério das Relações Exteriores. *Boletim de Diplomacia Econômica*, Edição Especial sobre as Relações Brasil-Estados Unidos. Brasília: 1993.

_____. *Boletim de Integração Latino-americana* 4. Brasília: Janeiro-Março 1992.

_____. *Boletim de Integração Latino-americana* 5. Brasília: Abril-Junho 1992.

_____. Seção de Publicações. *Acordo sobre Garantia de Investimentos Brasil-Estados Unidos da América.* Rio de Janeiro: Coleção de Atos Internacionais No. 570, 1970.

Presidência da República. *Mensagem ao Congresso Nacional Na Abertura da 4a. Sessão Legislativa Ordinária da 49a. Legislatura.* Brasília: 1994.

Outras publicações citadas

Banco Itaú S.A.. *Indicadores Econômicos.* Abril/94.

Câmara de Comércio Brasil-Estados Unidos de São Paulo. *Investimento Estrangeiro.* Mimeografado, 1993.

Economist Intelligence Unit, The. *Crossborder Monitor*, Volume I, No. 17, August 1993.

_____. *Investing, Licensing and Trading Conditions Abroad. Brazil.* 1994.

External Affairs and International Trade Canada. *NAFTA. What's is all about?*. Ottawa,1993.

Foreign Affairs and International Trade Canada. *United States Barriers to trade.* Ottawa, 1994.