

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais

O sistema multilateral de investimento e os países em desenvolvimento: desafios e oportunidades

RENATO BARROS DE AGUIAR LEONARDI
Matrícula: 04/43654

Orientador: Prof. Dr. EIITI SATO

*Dissertação a ser apresentada como parte dos
requisitos para obtenção do grau de Mestre
em Relações Internacionais pela Universidade
de Brasília.*

Brasília, junho de 2006.

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Autor: Renato Barros de Aguiar Leonardi

Título: O sistema multilateral de investimento e os países em desenvolvimento: desafios e oportunidades.

Data de Apresentação: de de 2006

Banca Examinadora

Avaliação

Prof.
Supervisor

Nota

Prof.
Coordenador do Curso

Nota

AGRADECIMENTOS

Cumprе notar, antes de tudo, que esta dissertação é fruto de interesse antigo do candidato e parte de sua trajetória acadêmica. Nesse sentido, gostaria de poder agradecer, em primeiro lugar, ao meu orientador, Prof.

Dr. Eiiti Sato, pela paciência, pelos profícuos ensinamentos e pelo companheirismo. Agradeço, também, à minha esposa Suzana, pela eterna força, determinação e presença. Por fim, meus agradecimentos vão à minha família, pelo constante apoio, além de meus amigos que, direta ou indiretamente, proveram-me com valiosos *insights*.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é analisar o desenvolvimento do sistema multilateral de investimento à luz dos interesses dos países em desenvolvimento (PED), identificando as oportunidades e os desafios que se apresentam para esses países. A partir da década de 90, o volume dos fluxos de investimento estrangeiro direto aos PED cresceu significativamente, trazendo visíveis benefícios aos países receptores, sobretudo no que se refere à disseminação de tecnologias. Por outro lado, o sistema multilateral de investimento permanece caracterizado pela heterogeneidade e forte bilateralização das relações, ora regido por acordos muito específicos, ora por acordos fracos e pouco operativos. Tal característica impõe custos transacionais altos tanto para os países desenvolvidos quanto aos em desenvolvimento, o que gera demanda para a formação de um regime multilateral de investimento em condições de estabelecer regras claras e previsíveis. A dissertação discute, assim, em que medida criação de um regime menos difuso para os investimentos internacionais diretos poderá trazer novas oportunidades e desafios aos países em desenvolvimento.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to analyze the development of the multilateral system of investment in the light of the interests of the developing countries, identifying the major opportunities and challenges posed to them. During the 1990s, the volume of foreign direct investment (FDI) to developing countries has increased significantly, bringing positive externalities to the recipient countries, notably in the field of technological spillovers. The multilateral system of investment, however, has remained characterized by the heterogeneity and by the strong trend towards bilateralism, sometimes marked by specific treaties, and sometimes by loose agreements. This characteristic produces high transactional costs both to developed and developing countries and generates, in turn, a demand for the creation of multilateral investment regime, capable of establishing a more clear and predictable set of rules. The dissertation discusses to what extent the existence of an investment regime might help the creation of a multilateral framework for international flow of investments, which does not currently exist, and may bring some opportunities as well as some challenges to developing countries that must be examined by these countries.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – OS FLUXOS DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS DIRETOS E SUA IMPORTÂNCIA	08
CAPÍTULO 1 – FUNDAMENTOS ANALÍTICOS DOS FLUXOS DE IED	18
1.1 – A correlação entre IED e o crescimento econômico	18
1.2 – Possíveis fatores determinantes de IED	27
1.3 – Considerações finais	32
CAPÍTULO 2 – OS INSTRUMENTOS QUE REGULAM OS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS	38
2.1 – Breve histórico	39
2.2 – Os instrumentos regulatórios	50
2.2.1 – O Código de Conduta das Empresas Transnacionais da ONU	56
2.2.2 – Princípios e Regras para Controle de Práticas Restritivas de Negócio das Empresas Multinacionais	59
2.2.3 – O Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologia ..	61
2.2.4 – As Diretrizes para Empresas Multinacionais	62
2.3 – Os instrumentos promocionais	63
2.3.1 – O Centro Internacional para Resoluções de Controvérsias sobre Investimento (ICSID)	63
2.3.2 – A agência MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency)	67
2.3.3 – A normativa da OMC	69
2.3.3.1 – O TRIMs	69
2.3.3.2 – O GATS	72
2.3.4 – As regras do NAFTA	74
2.3.5 – O MAI (Multilateral Agreement on Investment)	77
2.4 – Conclusões preliminares	81
CAPÍTULO III – O MULTILATERALISMO NO SISTEMA INTERNACIONAL DE INVESTIMENTO	83
3.1 – Introdução	83

3.2 – A contribuição da teoria dos regimes internacionais	87
3.2.1 – Sistema internacional de investimento: a demanda por um regime	95
3.3 – A proteção a investimentos e os PED	103
3.3.1 – Contextualização e possíveis cenários	103
3.3.2 – Algumas oportunidades aos PED	109
3.3.3 – Alguns desafios aos PED	114
CONCLUSÃO – O MULTILATERALISMO NOS INVESTIMENTOS	
INTERNACIONAIS E SUAS PERSPECTIVAS	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124

ABREVIATURAS E SIGLAS

ALCA – Área de Livre Comércio para as Américas
APPI – Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimento
CIJ – Corte Internacional de Justiça
EMN – Empresa Multinacional
FMI – Fundo Monetário Internacional
GATS – Acordo Geral sobre Comércio de Serviços
GATT – General Agreement on Tariffs and Trade
GTCT – Grupo de Trabalho sobre Comércio e Investimento da OMC
ICSID – International Center for the Settlement of Investment Disputes ou Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos
IED – Investimento Estrangeiro Direto
M&A – Mergers and Acquisitions
MAI – Multilateral Agreement on Investment
MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency
NAFTA - North American Free Trade Agreement
OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC – Organização Mundial de Comércio
ONU – Organização das Nações Unidas
P&D – Pesquisa e Desenvolvimento
PED – Países em Desenvolvimento
PMFI – Possible Multilateral Framework on Investment
RBPs – Práticas Restritivas de Negócio
TRIMs – Trade-Related Investment Measures
TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNCITRAL - United National Commission for International Trade Law
UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development
VERs – Restrições Voluntárias de Exportação

INTRODUÇÃO

Os fluxos de investimentos estrangeiros diretos e sua importância

Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI), define-se investimento estrangeiro direto (IED) como:

“the category of international investment that reflects the objective of a resident entity (the direct investor) in one country obtaining a lasting interest in an enterprise resident (the direct investment enterprise) in another country. (...) The lasting interest implies the existence of long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise.”¹

A relação de longo prazo existente entre o investidor e a empresa filial se dá, segundo o FMI, portanto, por meio do uso efetivo do poder decisório na administração por parte do investidor estrangeiro, o que requer dez por cento ou mais das ações ordinárias ou do poder de voto no investimento direto.² O IED diferencia-se, pois, do investimento em carteira (*portfolio*), em ações ou títulos, que podem possuir caráter especulativo.

A expansão dos fluxos de investimentos estrangeiros diretos tem sido considerada um dos marcos da globalização e da transnacionalização da economia mundial nos últimos dois decênios, adquirindo crescente importância para os países receptores de IED.³ Na década de 90, os fluxos de IED lograram atingir o montante de US\$5.189 bilhões, um valor quase cinco vezes maior do que os US\$1.092 bilhões alcançado na década de 80 e quase 18 vezes maior do que a cifra de US\$296,23 bilhões atingida na década de 1970⁴.

¹ FMI. *Balance of Payment Manual*. 5 ed, FMI, 1993.

² FMI. *Revision of the Fifth Balance of Payment Manual*, abril 2004.

³ Segundo MANKIWI (1995, p. 12), define-se por fluxo “uma quantidade medida por unidade de tempo”. O que interessa para esta pesquisa é somente o fluxo de entrada de IED, que é o indicador do grau de permeabilidade das economias aos investimentos estrangeiros diretos.

⁴ Fonte: Base de dados estatísticos da UNCTAD, com valores do *FDI Inflow* e *World Investment Report 2004*.

Somente no ano de 2000, os fluxos mundiais de IED totalizaram US\$1.387 bilhões, o patamar mais alto das duas últimas décadas, 78% maior do que os fluxos globais de IED ao longo de toda a década de 70 e 21% superior aos fluxos globais de IED de toda a década de 1980.⁵ O número de empresas multinacionais (EMNs), por sua vez, não parou de crescer, alcançando a cifra de 870 mil filiais, com as vendas totalizando US\$18 trilhões em 2002.

Os gráficos 1, 2 e 3 registram a evolução dos fluxos globais de IED ao longo das três últimas décadas, direcionados tanto para os países desenvolvidos quanto para as nações em desenvolvimento (PED). Percebe-se que, à exceção da China, os fluxos de IED, a partir de 2000, sofrem um revés significativo. Globalmente, conforme mostra o gráfico 1, os fluxos declinaram de US\$817 bilhões no ano 2001 para US\$678 bilhões em 2002 e US\$559 bilhões em 2003. Parte desse decréscimo é explicada pela redução, nos países desenvolvidos, do número de fusões e aquisições (*merger and acquisitions – M&A*), o carro-chefe dos fluxos de IED desde a década de 80, fruto, entre outras coisas, da conjuntura política e econômica vivenciada nesses anos.⁶ Em relação ao destino desses investimentos, a análise dos dados revela que 69,9% dos recursos foram direcionados, durante a década de 90, para os países desenvolvidos, enquanto somente 27,2% destinaram-se aos países em desenvolvimento (PED). Entre esses últimos, a China ocupa o primeiro lugar na captação de IED, com 22,5% (US\$ 331,14 bilhões) dos recursos direcionados aos PED durante a década de 90, seguida de Hong Kong, com 10,3% (US\$ 152,26 bilhões), e do Brasil, que respondeu por 8,9% (US\$ 131,9 bilhões).⁷

⁵ Idem, *op. cit.*

⁶ Segundo a *The Economist Intelligence Unit*, os fatores que afetaram a queda do fluxo de IED foram a instabilidade geopolítica, ocasionada pelo conflito no Iraque, além dos escândalos corporativos ocorridos nos EUA. Fonte: *World Investment Prospects: the Revival of Globalisation?*, in *The Economist Intelligence Unit*, 2004 edition, p. 8.

⁷ Entre os países em desenvolvimento (PED), os 5 países que mais receberam IED durante a década de 90 foram a China, com US\$ 331,14 bilhões; Hong Kong, com US\$ 152,26 bilhões; o Brasil, com US\$ 131,99 bilhões; o México, com US\$ 107,23 bilhões e a

Gráfico 1 – Fluxo global de IED – 1970 a 2003

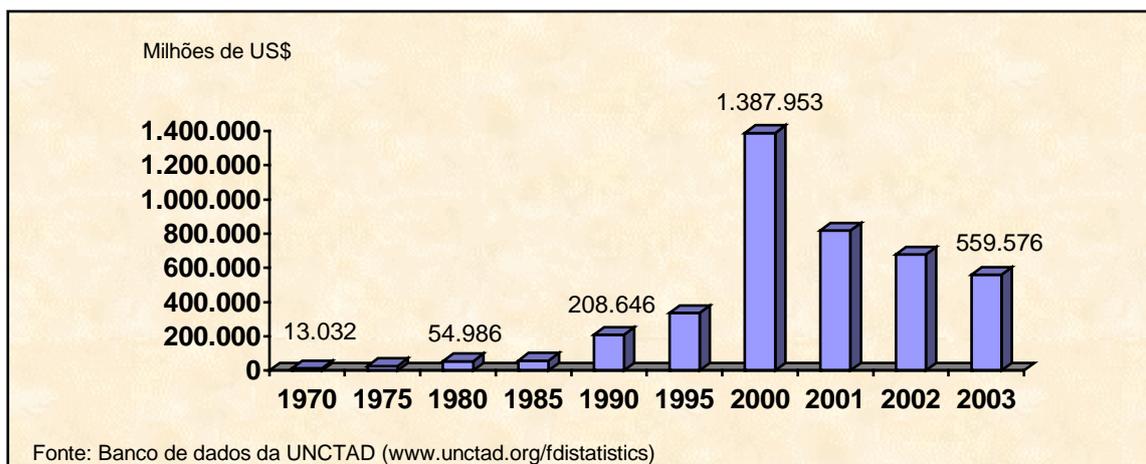


Gráfico 2 – Fluxo de IED para os EUA, UE-15 e Japão – 1970 a 2003

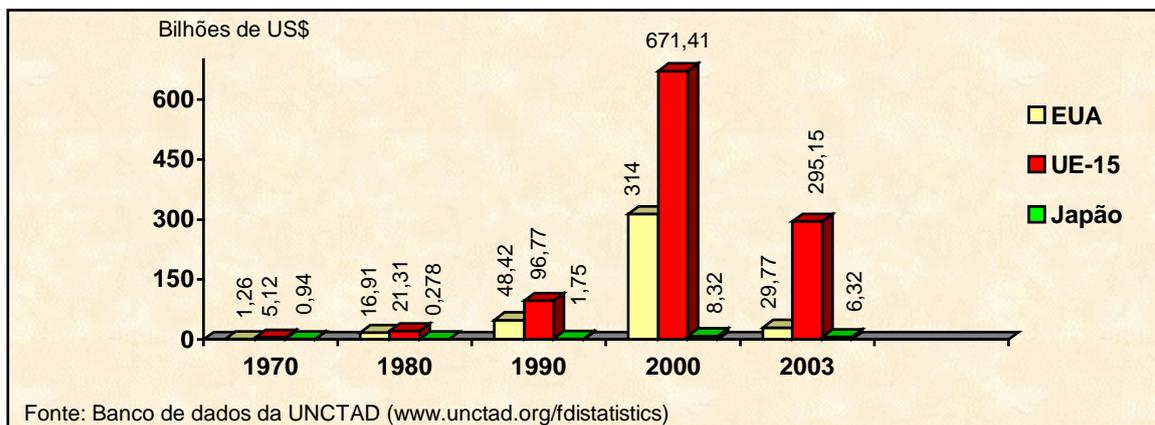
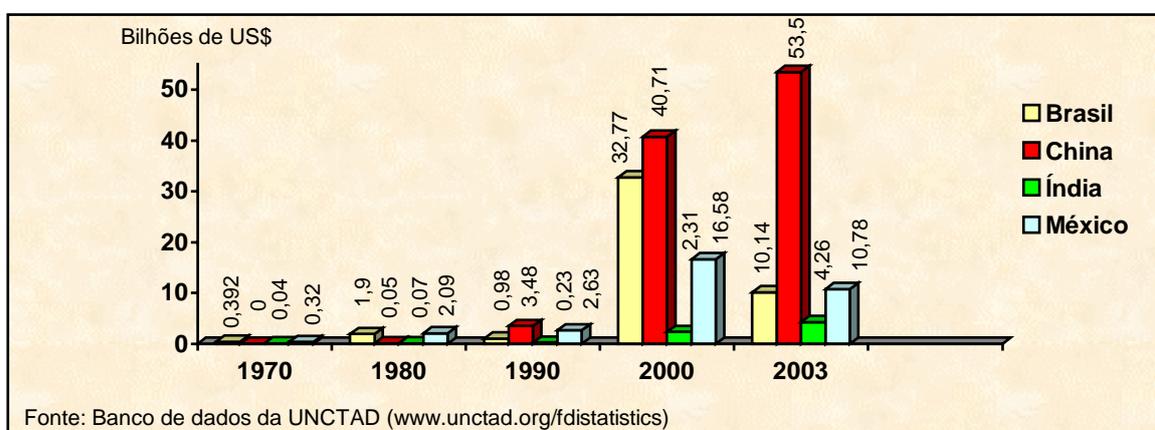


Gráfico 3 – Fluxo de IED para o Brasil, China, Índia e México – 1970 a 2003



Argentina, com US\$ 78,54 bilhões. Fonte: Banco de dados da UNCTAD (www.unctad.org/fdistatistics).

A interface entre os temas de comércio e o de investimento tem sinalizado, cada vez mais, uma verdadeira necessidade de que sejam estabelecidos acordos internacionais sobre investimento – bilaterais, regionais ou multilaterais – conferindo ao tema regras mais previsíveis. Os tratados sobre comércio e investimento, por sua vez, não são recentes, mas têm sido mais constantes a partir da segunda metade do século XX. Na esteira dos acordos sobre a redução de tarifas encetados pelas rodadas do GATT, seguiu-se um crescimento do papel dos IED sobre as economias domésticas. Tal crescimento, contudo, não foi acompanhado por uma regulamentação multilateral dos investimentos diretos com o mesmo ritmo e intensidade dos acordos comerciais. A formação de um quadro normativo sobre investimentos, não obstante sua crescente importância como fator de estímulo ao comércio, caminhou, assim, em ritmo mais lento, sendo ora subsidiariamente mencionada em tratados comerciais bilaterais ou regionais, ora tentativamente esboçados, com escopo mais ambicioso, em instrumentos multilaterais.

Apesar de mais vagaroso, o tratamento internacional sobre investimento tem evoluído de maneira constante. A partir da década de 1950 constata-se, como adiante será explicado, um significativo crescimento – sobretudo entre países europeus – do número de acordos bilaterais e regionais sobre comércio e/ou investimento, tendo esse número propriamente dobrado durante as décadas de 80 e 90. Bilateralmente, a partir da década de 60, a celebração de Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs) tornou-se política deliberada por parte dos países exportadores de capital, desejosos de estabelecer regras mais claras e previsíveis para o sistema internacional de investimento. A partir da década de 80, a maioria dos APPIs se dava entre países desenvolvidos e os PED.

No âmbito multilateral, contudo, o desenvolvimento da matéria foi mais lento, tendo os sistemas da OCDE (com as Diretrizes para Empresas Multinacionais e o *Multilateral Agreement on Investment*), da ONU (com o Código

de Conduta de Empresas Transnacionais) e do Banco Mundial (por meio do *Multilateral Investment Guarantee Agency* – MIGA e da Convenção Internacional para Solução de Controvérsias de Investimento - ICSID) contribuído de maneira decisiva. É somente com o amadurecimento do tema no sistema multilateral de comércio do GATT, porém, que o assunto adquire maior peso e relevância. Malgrado ter sido desenvolvido de maneira subsidiária, o tema da relação entre comércio e investimento esteve sempre presente nas rodadas de negociação do GATT. Com a Rodada Uruguai, a matéria ganhou maior densidade, dando ensejo para a criação formal, já na OMC, do *Trade-Related Investment Measures* (TRIMs), acordo que exige, por parte dos países membros, eliminação de suas medidas de investimento que restrinjam ou distorçam o comércio. Apesar de bastante simbólico, o TRIMs é um acordo fraco e pouco operativo devido a sua abordagem limitada sobre medidas de investimento consideradas distorcivas ao comércio.

O fluxo transnacional de IED aos países receptores (tanto desenvolvidos quanto em desenvolvimento) tem promovido, em geral, externalidades positivas, como geração e difusão de tecnologias, expansão das exportações, fomento de *know-how* e capacidades organizacionais, etc. A literatura específica da área⁸ tem defendido, contudo, que o grau de geração de externalidades positivas pode depender tanto da qualidade dos investimentos quanto de alguns pré-requisitos encontrados localmente, podendo gerar tanto efeitos positivos quanto negativos. As externalidades negativas aparecem geralmente ligadas a países de economias agrárias, com pouca capacidade de absorção do investimento externo e dos benefícios que, eventualmente, podem trazer.⁹

Com vistas a regular a qualidade dos IED que penetram domesticamente, os países têm lançado mão, tradicionalmente, de medidas de investimento relacionadas ao comércio, ou seja, medidas de seleção e

⁸ Vide MELLO (1999), KUMAR e SIDDARTHAN (1997) e SAGGI (2000).

⁹ Vide KUMAR (2002).

regulação de investimentos estrangeiros ingressantes no país que possuam impacto significativo sobre o fluxo comercial. Entre tais medidas, pode-se citar: a) políticas seletivas de IED, como listas positivas (setores onde o concurso de IED é liberado) e negativas (setores onde o concurso de IED é proibido ou controlado); b) exigências de desempenho para o investimento ingressante, como as exigências de componentes nacionais, de desempenho de exportação, de equilíbrio na balança comercial, entre outros; c) incentivos a investimentos; e d) políticas de competição, como, por exemplo, medidas fiscais compensatórias para as empresas multinacionais (EMNs).

Sabendo que a grande maioria dos fluxos de IED provém de países desenvolvidos¹⁰, e esses países são os que justamente têm demandado uma maior clarificação e liberalização das regras internacionais sobre investimentos, logrando levar o tema para o âmbito da OMC. Tal iniciativa tem gerado uma significativa oposição por parte dos PED que, em maior ou menor grau, têm demonstrado sensibilidade em relação ao estabelecimento de um regramento internacional mais liberalizante, que coíba ou reduza suas capacidades de influenciar a entrada de IED em seus países.

Tais divergências têm se refletido na negociação de acordos internacionais sobre o tema. Devido às limitações das capacidades dos Estados de regular as operações das EMNs, a comunidade internacional esforçou-se para estabelecer marcos regulatórios sobre as atividades e práticas dessas corporações, sobretudo sobre as práticas restritivas de negócio (RBPs), isto é, capacidades diferenciadas de competição de que estas podem fazer uso. Os principais instrumentos regulatórios¹¹ a serem analisados serão o Código de Conduta das Corporações Transnacionais da ONU, o Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologias da UNCTAD,

¹⁰ CORREA e KUMAR (2003)

¹¹ Embora hajam outras formas de classificação, a separação classificatória entre instrumentos regulatórios e promocionais proposta por CORREA e KUMAR (2003) foi considerada por ser bastante útil para esta pesquisa.

os Princípios e Regras para o Controle de Práticas Restritivas de Negócio (RBPs), as Diretrizes para EMNs, entre outros.

Por outro lado, os países desenvolvidos (em especial EUA, União Européia e Japão) têm defendido a construção de um sistema multilateral de investimentos que estabelecesse regras mais estáveis, previsíveis e transparentes sobre investimentos internacionais.¹² Tal tendência manifestou-se por meio de iniciativas para promover a liberalização dos fluxos transnacionais de IED, chamadas de iniciativas promocionais. Entre estas, nesta dissertação, serão analisadas em mais detalhe a Convenção Internacional para Solução de Controvérsias de Investimento (ICSID), do Banco Mundial; o *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA); o *Trade-Related Investment Measures* (TRIMs), da OMC; e o Acordo Multilateral de Investimentos (MAI), no âmbito da OCDE.¹³

Tendo em vista o convívio de regras e arranjos internacionais tão diversificados, pode-se dizer que sistema multilateral sobre investimento é ainda incipiente, complexo e heterogêneo, regulado, por um lado, por marcos multilaterais muito setoriais e específicos (como é o caso das regras da MIGA e das Diretrizes da OCDE), e, por outro, por acordos fracos e pouco operativos (como é o caso do TRIMs). Isso sem mencionar, também, os

¹² Define-se por sistema multilateral de investimento o conjunto de regras e acordos internacionais sobre o tema. Como será explorado nesta pesquisa, tal sistema é caracterizado pela complexidade e heterogeneidade, ora regulado por marcos internacionais muito específicos, ora por acordos fracos.

¹³ Cumpre ressaltar, por oportuno, que a divisão entre interesses de países desenvolvidos e em desenvolvimento (PED) nem sempre é muito clara ou mesmo relevante. Tomar como ponto de partida a premissa de que os interesses de países desenvolvidos e em desenvolvimento sempre se opõem geralmente se mostram inconsistentes, levando a conclusões equivocadas. Muitas vezes, são os países desenvolvidos que lançam mão do uso de medidas de investimento regulatórias, como a França, no caso das negociações do MAI (em 1995) e os EUA em inúmeras controvérsias contra o investimento japonês na década de 90. Um dos objetivos desta dissertação é alertar para o fato que tanto países desenvolvidos quanto os PED podem ter interesses similares de captação e circulação de IED, visto os seus efeitos benéficos às economias receptoras.

inúmeros tratados bilaterais e regionais, fontes de dados igualmente importantes para a pesquisa.¹⁴

O objetivo desta dissertação, portanto, é o de analisar a evolução do sistema internacional de investimentos diretos desde a década de 1990 e sua importância para os PED e suas aspirações ao crescimento econômico e à modernização. Buscar-se-á avaliar, a partir dessa perspectiva, a relevância que pode vir a ter o estabelecimento de um marco regulatório multilateral sobre investimento mais abrangente que os existentes e quais as oportunidades e os desafios que tal marco poderá trazer aos PED. A década de 90 testemunhou a tentativa de construção mais sistematizada de um marco multilateral sobre investimento mais abrangente do que os existentes, mas o seu significado ainda está por ser melhor avaliado. O âmbito multilateral da OMC foi, como se verá, o terreno em que tal iniciativa mais prosperou, malgrado a débil operacionalidade do TRIMs. Este trabalho pretende oferecer um panorama do que inexiste no plano multilateral e algumas possíveis explicações do porque se afigura difícil o estabelecimento de uma agenda abrangente, capaz de estipular regras sobre a circulação dos fluxos de IED. Busca-se entender, assim, as razões que motivam posições, no plano internacional, tão divergentes sobre o tema entre alguns países. Em especial verificar porque essas divergências põe, de um lado, os países desenvolvidos que defendem o estabelecimento de um marco multilateral mais liberalizante e, de outro, os PED que pugnam por regras internacionais que lhes propiciem maior flexibilidade na adoção, quando necessária, de medidas restritivas de investimento com vistas a influenciar o concurso de IED em suas economias locais.

¹⁴ Entre os instrumentos bilaterais e regionais que serão investigados ao longo da dissertação, figuram o Acordo Canadá-Estados Unidos de Livre Comércio, de 1988, e as regras de investimento no NAFTA – importantes, segundo Barreto Filho (1999), por se constituírem o instrumento internacional (regional) mais abrangente no que concerne a regras de investimento -, fornecendo, pois, importantes subsídios à elaboração de marcos multilaterais mais abrangentes sobre o tema.

O desenvolvimento da presente pesquisa envolveu procedimentos analíticos e comparativos. O processo de análise de dados foi realizado majoritariamente por meio da seleção e manejo de dados coletados basicamente em obras publicadas, artigos e *sites* específicos hoje disponíveis nos meios eletrônicos. Dada a natureza do tema, a principal fonte utilizada foram as publicações e relatórios de organismos internacionais e de instituições nacionais direta ou indiretamente ligados ao tema, como os estudos e artigos da UNCTAD, da OCDE, do FMI, do Banco Mundial, do IPEA, do BNDES, da Sociedade Brasileira de Estudos de Empresas Transnacionais e da Globalização Econômica (SOBEET), entre outros. No que tange às análises econômicas sobre IED, utilizou-se bibliografia variada, incluindo uma revisão da literatura que discute as possíveis correlações entre desenvolvimento econômico e o concurso de IED. Por fim, para entender o funcionamento do sistema internacional de investimento e a divergência de posições entre os atores envolvidos, recorreu-se às construções analíticas centradas no conceito de regime internacional presentes nos trabalhos de Young (1983), Krasner (1983), Keohane e Nye (2001), Young (1994), e Young, Levy e Zürn (1995).

Esta dissertação está estruturada em três capítulos. O primeiro trata dos fundamentos analíticos de IED onde são esboçadas as principais teorias sobre a relação entre o fluxo de IED e o desenvolvimento econômico e faz-se uma breve análise sobre os possíveis fatores determinantes da entrada de IED nas economias locais. O segundo capítulo analisa os principais instrumentos internacionais de investimento, traçando um breve histórico sobre o tema e considerações importantes sobre o avanço do mesmo no âmbito multilateral. Por fim, o terceiro capítulo tem como objeto o estudo da evolução, ainda pouco expressiva, de um sistema multilateral de investimento. Analisa-se, nessa seção, a evolução do tema na agenda multilateral, com ênfase na OMC, esfera na qual o tema mais se desenvolveu multilateralmente, e suas implicações aos PED. Será analisado, ao final, a importância e as

conseqüências que poderiam trazer o estabelecimento de um marco multilateral de investimento mais abrangente e mais normativamente mais positiva que os acordos existentes.

Fundamentos analíticos dos fluxos de investimentos estrangeiros diretos (IED)

O presente capítulo tem como objetivo entender o grau de importância que os fluxos transnacionais de IED exercem nos PED. Para tanto, serão analisados alguns importantes trabalhos empíricos e teóricos da literatura econômica sobre a área, que, para fins metodológicos, serão divididos, neste capítulo, em duas seções. A primeira delas busca compreender, por meio de revisão bibliográfica, o papel da entrada de IED na promoção do crescimento econômico em economias em desenvolvimento. A segunda seção analisa os possíveis determinantes dos fluxos de IED para as economias receptoras, buscando avaliar em que medida a participação, por parte de países importadores de capital, em instrumentos internacionais sobre investimento, exerce atração de IED.

1.1 – A CORRELAÇÃO ENTRE IED E O CRESCIMENTO ECONÔMICO

A relação entre o concurso de IED nos PED é tema de bastante discussão entre especialistas da área, sobretudo no campo da economia. O objetivo desta seção é discutir até que ponto a entrada de IED em economias em desenvolvimento pode produzir efeitos positivos sobre o crescimento econômico dessas economias. A questão se afigura importante para o trabalho uma vez que a compreensão do grau de geração de externalidades positivas por parte da entrada de capitais estrangeiros em países emergentes é fundamental para avaliar, de uma maneira geral, se o concurso de fluxos de IED é efetivamente benéfico para os PED e quais poderiam ser, eventualmente, as melhores recomendações a respeito de políticas a serem

tomadas pelos governos de países receptores de capital com vistas à promoção de seus objetivos de desenvolvimento econômico e modernização.

Como se verá, os resultados desta revisão da literatura disponível mostra resultados relativamente contraditórios, ora argumentando que a entrada de IED produz externalidades visivelmente positivas às economias receptoras, como, por exemplo, a disseminação de tecnologias, ora condicionando o grau de eficiência positiva da entrada de IED a algumas pré-condições macroeconômicas verificadas domesticamente, como escolaridade ou nível de abertura externa da economia em tela. A maior parte dos trabalhos empíricos utiliza metodologia do *panel data*¹⁵, muito embora hajam pesquisas que fazem uso dos métodos do *growth accounting*¹⁶ e da otimização intertemporal¹⁷.

Em recente estudo com painel de dados (*panel data*) envolvendo análises sobre os países dos continentes asiático, africano e latino-americano para os períodos de 1970-1996, 1976-1985 e 1986-1996, Agosin e Mayer (2000) concluíram que a correlação entre IED e crescimento depende do nível da infra-estrutura produtiva instalada no país anfitrião, da política doméstica adotada, do tipo ou qualidade de IED e do dinamismo das empresas locais.

¹⁵ *Panel data* é uma metodologia estatística que examina dados nos quais casos múltiplos (como, por exemplo, pessoas, firmas, países, etc.) são observadas em duas ou mais vezes. Por ser considerado o mais realista, esse é o método mais empregado nos estudos empíricos sobre a correlação entre IED e o crescimento econômico.

¹⁶ *Growth accounting* é o método estatístico, muito utilizado nas décadas de 60 e 70 por economistas, para se determinar o quanto que o crescimento do produto real foi causado pelo crescimento dos fatores trabalho e capital e quanto o mesmo foi determinado pelo crescimento tecnológico (conhecido também como o residual de Solow). Segundo Castro (1997), o IED, nesse método, é considerado insumo adicional à função de produção do tipo $Y=A\Phi(K,L,F,\Omega)$, onde “Y” é a produção, “A” mede a eficiência da produção, “ Φ ” é uma função dependente de capital (K), “L” é o fator trabalho, “F” representa os fluxos de IED e “ Ω ” indica vetor de variáveis auxiliares.

¹⁷ Otimização intertemporal é um método mais recente que permite estimar diretamente o impacto dos estoques de IED no crescimento da produção. Segundo Castro (1997), “enquanto a metodologia do *growth accounting* decompõe a taxa de crescimento do produto nas contribuições relativas aos fatores de produção, (...) a otimização intertemporal permite a estimação direta do impacto dos estoques de IED no crescimento da produção”. Cf. CASTRO, E. A. *Os efeitos do investimento direto estrangeiro no crescimento brasileiro no período 1963-1993*. Instituto de Ciências Humanas – UnB: Brasília, 1997, p. 27.

Nos casos em que a entrada de IED introduz novos bens e serviços à economia anfitriã, permitindo, com isso, uma possível disseminação de novos conhecimentos e *know-how* aos produtores internos, o concurso de capitais estrangeiros tende a ter efeito positivo sobre o investimento doméstico e, conseqüentemente, sobre o produto nacional.

Há casos, entretanto, que a entrada de EMNs nas economias em desenvolvimento cria efeito adverso ao investimento doméstico¹⁸, deslocando firmas domésticas de nichos de produção por elas ocupados antes da entrada de IED (fenômeno conhecido como *crowding out*). Em tais casos, a entrada de IED tende a ter efeito negativo sobre o produto. Segundo os autores, o grau de geração de efeitos positivos sobre o crescimento econômico das economias receptoras parece depender, em suma, do modo como se encontra distribuído o estoque de capital doméstico do país anfitrião: quando o IED é distribuído de maneira diferente do investimento doméstico, a sua contribuição para o crescimento é positiva; quando, alternativamente, a distribuição de IED segue o mesmo padrão da distribuição existente de estoque de capital, a sua contribuição para geração de capital é menor.

Kumar e Pradhan (2002), em trabalho com amostra de 107 países em desenvolvimento por meio de *panel data* para o período de 1980-1999, advogam que a geração de efeitos positivos da entrada de IED sobre o crescimento econômico do país receptor depende de alguns pré-requisitos a serem verificados localmente. Os autores encontraram três tipos de pré-requisitos: a) a natureza do efeito do concurso de IED sobre o investimento doméstico; b) a capacidade de absorção de novas tecnologias (*technological spillovers*) por parte das empresas locais, levando em consideração o hiato tecnológico entre EMNs e locais; e c) a qualidade do IED. Em dados do *panel data*, os autores encontraram resultados que comprovam um efeito positivo do

¹⁸ Isso se deve, segundo Agosin e Mayer (2000) e Correa e Kumar (2003), ao fato de que as EMNs possuem diferenciais competitivos econômicos e não-econômicos (como o “peso” da marca, o acesso a novas tecnologias, práticas organizacionais mais modernas, etc.) que tornam as empresas locais virtualmente incapazes de concorrer.

IED sobre o crescimento para os países analisados, constatando, também, que os efeitos do IED sobre o crescimento possui natureza dinâmica: de início, a entrada de IED afeta adversamente as empresas domésticas, pois há uma perda de *locus* de mercado por parte destas; posteriormente, contudo, as firmas locais tendem a absorver novas tecnologias e conhecimento, gerando efeitos positivos sobre a economia anfitriã.

A questão da geração de externalidades positivas pelo concurso de IED tem sido bastante aventada pelos pesquisadores da área. Entre aquelas, destaca-se a questão da disseminação tecnológica ou *technological spillovers*, por meio da qual tanto fornecedores quanto consumidores das EMNs beneficiam-se dos conhecimentos trazidos por estas (*vertical inter-firm linkages*), seja em forma de novas tecnologias, seja por novas capacidades organizacionais e *know-how* de marketing. Segundo Castro (1997), “o conhecimento transferido pelo IED é somado ao estoque de conhecimento da economia por meio do treinamento da mão-de-obra, difusão de novas habilidades (*skills*) e novas técnicas administrativas e organizacionais”.¹⁹

Castro (1997) argumenta que, para a grande maioria dos PED, a entrada de IED é a modalidade mais comum para a transferência de tecnologia, auxiliando na otimização do estoque de capital humano doméstico. Em geral, o concurso de IED para as economias emergentes afeta o crescimento de forma positiva, mas a relação, analogamente às conclusões de Pradhan e Kumar (2002), não é incondicional: o grau de geração de externalidades positivas depende de alguns condicionantes encontrados domesticamente, como o grau de abertura externa da economia. Balasubramanyam *et al* (1996) testam empiricamente tal hipótese, constatando que os países com maior propensão para exportar (*export promoters*) são aqueles que tendem a sentir mais os efeitos benéficos do IED.

¹⁹ Cf. CASTRO, E. A., *op. cit.*, p. 21.

Um outro condicionante analisado por Castro (1997) é o grau de complementaridade entre IED e investimento doméstico. Essa tese é melhor analisada por Mello (1999) que, num trabalho de série temporal e empregando o recurso do *panel data* para uma amostra de 15 países desenvolvidos e 17 PED para o período de 1970 a 1990, concluiu que o grau de eficiência do IED depende do grau de complementaridade e substituição entre IED e investimento doméstico: nos países com menor distância tecnológica entre si, há maior complementaridade entre IED e o investimento doméstico, com efeitos benéficos para o crescimento econômico local.

Na análise de Castro (1997), o IED parece ser, quando o ambiente doméstico é favorável, bastante benéfico aos PED. Por meio de *technological spillovers*, as firmas locais podem beneficiar-se do estoque de conhecimento diferenciado e insumos tecnológicos trazidos pelas EMNs para aumentar a sua produção, afetando positivamente o produto nacional. O IED é, pois, importante instrumento de aproximação tecnológica entre países desenvolvidos e os PED.

Correa e Kumar (2003), em trabalho de revisão bibliográfica da área, argumentam, no entanto, que o efeito do IED sobre o investimento doméstico e sobre o crescimento econômico depende da natureza do IED selecionado: alguns tipos tendem a gerar mais externalidades positivas (que contribuam efetivamente para o desenvolvimento da economia local) que outros. A direção da causalidade, segundo os autores, não pode ser, por vezes, pronunciada: em seu modelo, a causalidade variava significativamente, às vezes no sentido do IED causar efeitos no crescimento e, em outras vezes, o crescimento econômico do país receptor ser a variável explicativa para o concurso de IED. Uma espécie de "dilema do ovo e da galinha". Por tudo isso, defendem os autores, os países receptores de IED devem fazer uso de algumas medidas com vistas a melhorar a qualidade do IED que ingressa em suas economias. Algumas dessas políticas variam desde medidas como restrições voluntárias de exportações, regras de origem mais estritas, listas

(positivas e negativas) de exigências de desempenho e incentivos a investimento, entre outras.

Os autores concluem que os fluxos de IED devem ser vistos com cautela. Sabendo que o grau de geração de externalidades positivas varia de país para país²⁰, um impulso em direção à conformação de um marco multilateral de investimento abrangente não deve ser, devido a essas características acima esboçadas, apoiada pelos PED. A mesma conclusão de Correa e Kumar (2003) é partilhada por Fry (1992). Em um *panel data* com 16 PED para o período de 1968-1988, Fry afirma que a entrada de IED nas economias em desenvolvimento não exerceu efeitos diferentes do que é exercido pelas firmas domésticas no crescimento.²¹ A entrada de IED nesses PED teve, ademais, efeito prejudicial sobre o investimento doméstico, à exceção dos países asiáticos.

Nonnemberg e Mendonça (2004), em *panel data* para 33 países no período 1975-2000, estuda em qual sentido se dá a causalidade entre IED e crescimento econômico. Em muitas metodologias adotadas, a relação de causalidade varia significativamente (vide Correa e Kumar, 2003). Malgrado ser possível argumentar que o aumento do concurso de IED, por trazer mais conhecimento e capital aos PED, afeta positivamente o crescimento econômico dos mesmos, Nonnemberg e Mendonça (2004) somente encontraram causalidade significativa no sentido de que o crescimento do PIB causa o aumento da entrada de IED. Para os autores em tela, tanto o tamanho da economia quanto o ritmo do crescimento médio dos anos anteriores são importantes determinantes dos fluxos de IED.

²⁰ Argumentam Correa e Kumar (2003) que, enquanto em alguns países a entrada de IED possui efeitos positivos sobre o investimento doméstico (*crowd in*) e o crescimento por meio da disseminação tecnológica (*technological spillover*), em outros, a entrada de IED causa perda de nichos de mercado e competitividade às firmas locais (*crowd out*) e reduzida disseminação tecnológica.

²¹ Para esse autor, o coeficiente de IED não foi significativamente diferente do zero estatístico.

A qualidade do capital humano e o nível de escolaridade do país receptor de IED parecem ser pré-requisitos relevantes para a geração de efeitos benéficos ao crescimento econômico por parte da entrada de IED. Lipsey (2000), em análise sobre os efeitos do IED sobre os PED, concluiu que a correlação positiva entre essas duas variáveis depende fortemente do nível de escolaridade e de aprendizado verificados no país anfitrião. Os mesmos achados são corroborados pelo trabalho de Persson e Blomström (1983), que afirma que o nível educacional da força de trabalho do país receptor é fator que determina a eficiência do IED sobre a economia. Acrescentam esses últimos autores que a distância tecnológica entre países exportadores e importadores de capital é também fator determinante para o grau de geração de externalidades positivas por parte do IED: quanto menor o hiato tecnológico entre essas duas categorias de países, maior o grau de eficiência.

Borensztein *et al* (1995), em *panel data* envolvendo 69 PED para o período 1973-1995, analisa a importância da difusão tecnológica para o crescimento econômico dos PED. O IED é, para os autores, o principal canal de acesso a tecnologias avançadas por parte dos PED. Além disso, para eles, a taxa do progresso tecnológico é o principal determinante do crescimento de longo prazo da renda nacional. Para que o processo de entrada de IED tenha efeitos benéficos, contudo, é necessária a presença, no país hospedeiro, de nível de estoque de capital humano suficiente para permitir a absorção de novas tecnologias. Em suma, para esses autores, parece haver forte efeito de complementaridade entre IED e capital humano, isto é, a contribuição do IED ao crescimento econômico é maior quando há interação com o nível de capital humano no país anfitrião.

Com relação ao efeito entre IED e investimento doméstico, os autores argumentam que há dados para se afirmar que o IED favorece a expansão das firmas domésticas por meio da complementaridade na produção ou por aumento da produção das firmas locais pela disseminação tecnológica

(*technological spillover effects*). Há, pois, o que os especialistas da área chamam de *crowd in*: “(...) a one-dollar increase in the net flow of FDI is associated with an increase in total investment in the host economy of more than one dollar”.²²

Os autores concluem que, por ser benéfico às economias com grande interação entre IED e nível educacional elevado, os países receptores desses fluxos, ao contrário de Correa e Kumar (2003), estariam melhor qualificados se procedessem à eliminação ou à redução de distorções de natureza protecionista, como as exigências de desempenho ou os incentivos fiscais, com vistas a melhor aproveitar os efeitos benéficos do concurso de IED.

Blomström *et al* (1994), por sua vez, encontraram efeitos positivos da entrada de IED sobre o crescimento econômico para a grande maioria dos PED, com exceção somente de algumas economias com rendas muito baixas, a exemplo de alguns países africanos, nos quais o resultado da entrada de IED nessas economias é pouco evidente. Assim, os autores defendem que um nível mínimo de desenvolvimento doméstico é necessário se o país receptor de IED desejar absorver novas tecnologias e capacidades organizacionais oriundas das EMNs, com efeitos benéficos ao crescimento e à renda doméstica. Em obra posterior, Blomström *et al* (1994), em *panel data* com amostra de 78 países desenvolvidos e 23 em desenvolvimento, concluem que o impacto positivo da entrada de IED depende da capacidade de absorção, por parte das economias receptoras, dos investimentos estrangeiros. O tema da capacidade de absorção interna de IED foi igualmente explorado por Nair-Reichert e Weinhold (2001) com base em dados em painel (*panel data*) para 24 PED no período de 1971-1985. A principal conclusão dos autores é que a relação entre investimentos – doméstico ou estrangeiro – e o crescimento econômico do país receptor é bastante heterogênea (varia de caso a caso), mas o IED é fortemente influenciado pelo grau de abertura do país.

²² Borensztein *et al*. “How does foreign direct investment affect economic growth?”. NBER Working Paper No. 5057, Cambridge, Mass., 1995, p. 03.

Tabela 1 – Grade comparativa entre os principais autores estudados

Autor	Método	Principais conclusões
Agosin e Mayer (2000)	<i>Panel data</i> envolvendo os continentes asiático, africano e latino-americano para os períodos de 1970-1996, 1976-1985 e 1986-1996.	Os efeitos positivos da entrada de IED sobre o crescimento dependem do nível da infra-estrutura produtiva instalada no país, da política adotada, da qualidade de IED e da força das empresas locais.
Kumar e Pradhan (2002)	<i>Panel data</i> com 107 PED para o período de 1980-1999.	O efeito positivo do IED nas economias receptoras depende: 1) do efeito sobre o investimento doméstico; 2) da capacidade de absorção de novas tecnologias pelas das empresas locais e 3) da qualidade do IED.
Castro (1997)	Revisão bibliográfica. Trabalho não empírico	Os efeitos positivos do concurso de IED dependem do grau de abertura ao mercado externo da economia receptora e da complementaridade entre IED e investimento doméstico. Num ambiente doméstico favorável, o IED é importante fator de transferência de tecnologia aos países receptores.
Correa e Kumar (2003)	Revisão bibliográfica. Trabalho não empírico	Externalidades positivas da entrada de IED dependem da qualidade do IED que ingressa. A direção da causalidade entre IED e crescimento não pode ser, por vezes, pronunciada.
Fry (1992)	<i>Panel data</i> com 16 PED para o período de 1968-1988.	A entrada de IED nas economias em desenvolvimento não exerceu efeitos diferentes do que é exercido pelas firmas domésticas no crescimento. Há possibilidade de efeito adverso sobre o investimento doméstico.
Nonnemberg e Mendonça (2004)	<i>Panel data</i> para 33 países no período 1975-2000.	IED afeta positivamente o crescimento das economias receptoras, muito embora a direção de causalidade não possa ser, por vezes, determinada.
Borensztein <i>et al</i> (1995)	<i>Panel data</i> envolvendo 69 PED para o período 1973-1995.	O IED é o principal veículo de tecnologia aos PED. Para que o IED alcance efeitos positivos, a economia receptora deve deter estoque suficiente de capital humano que permita a absorção desta tecnologia. O IED possui efeitos positivos, por meio da disseminação tecnológica, sobre o investimento doméstico.
Blomström <i>et al</i> (1994)	<i>Panel data</i> com 78 países desenvolvidos e 23 PED.	O impacto positivo da entrada de IED depende da capacidade de absorção de IED pelas economias receptoras
Nair-Reichert e Weinhold (2001)	<i>Panel data</i> para 24 PED no período de 1971-1985.	A relação entre investimentos – doméstico ou estrangeiro – e o crescimento econômico do país receptor varia de caso a caso.

A literatura empírica parece ser, portanto, bastante diversificada e ampla. À exceção de Fry (1992) e algumas observações nas obras de Agosin e

Mayer (2000) e Correa e Kumar (2003), grande maioria dos autores aqui estudados advogam que o ingresso de IED, por meio das EMNs, trazem efetivamente efeitos benéficos às economias anfitriãs.²³ A revisão dessa bibliografia mais empírica da área (apresentada na Tabela 1) conduz para a necessidade de se observar a importância do fenômeno dos fluxos transnacionais de IED para as economias em desenvolvimento. Uma análise aprofundada desses autores nos capacita para delas retirar algumas conclusões, cotejá-las entre si devidamente, e elaborar algumas recomendações de políticas relevantes aos PED.

1.2 - POSSÍVEIS FATORES DETERMINANTES DE IED

Após a discussão do papel do ingresso de IED para a promoção do desenvolvimento econômico interno, mister se faz investigar quais os possíveis fatores de atração e captação de investimentos estrangeiros. Uma das perguntas postas aqui refere-se à questão de saber se a participação de um país em instrumentos internacionais sobre regras de investimento constitui, de fato, um importante elemento catalisador do fluxo de IED para esse país.

Estudos recentes têm demonstrado que, além dos fatores considerados clássicos de atração de investimento – mão-de-obra barata, proximidade geográfica, transposição de tarifas altas por meio do estabelecimento da produção local, etc – já não mais se aplicam a muitos setores produtivos devido ao desenvolvimento de novos paradigmas tecnológicos. Segundo a UNCTC²⁴, existem novos fatores de atração de investimento que têm se tornado determinantes nas decisões das grandes corporações transnacionais em investir: a) estabilidade macroeconômica; b) existência de capacidade instalada de pesquisa e desenvolvimento (P&D); c) existência de capacidade

²³ As conclusões sobre essa revisão da literatura empírica serão desenvolvidas na seção “Considerações finais”.

²⁴ United Nations, UNCTC. *The Determinants of Foreign Direct Investment*. New York, 1992.

de publicação; d) existência de gerências organizacionais corporativas eficientes; e) incentivos e riscos políticos; f) programas de privatização de setores básicos, etc.

Barreto Filho (1999) explora alguns novos fatores determinantes de investimento, além dos tradicionais, acima elencados pela UNTC. Para o autor, a conversão da dívida externa respondeu por importantes parcelas dos fluxos de IED trazidos à América Latina, sobretudo à Venezuela, ao Chile, ao México e ao Brasil no período de 1985 a 1990. As privatizações, por seu turno, foram responsáveis, entre 1988 e 1992, por cerca de US\$ 200 bilhões, com cerca de um quarto desse valor sendo direcionado aos países latino-americanos. Por fim, os acordos regionais de livre comércio ou de integração se constituem em importante fator de atração das EMNs ou de reorganização espacial das instalações das mesmas.

A legislação interna parece fornecer, para este autor, relevante fonte de atração de IED, por espelharem, em grande medida, tendências de políticas domésticas que discriminam ou não empresas estrangeiras que possam operar em seu território. Segundo Shihata (1991), as legislações locais sobre regras de investimento constituem fatores essenciais na decisão de se investir ou não em determinado país e situam-se na mesma faixa de importância dos fatores macroeconômicos. Em suma, pode-se dizer que a legislação, ainda que se admita que a mesma não tenha peso tão elevado quanto os fatores econômicos, exerce alguma influência sobre as decisões de investidores.

John Dunning (1992) desenvolve importante pesquisa sobre os possíveis determinantes de IED, baseada em seu modelo OLI (*ownership, location, internalization*). Segundo este autor, as EMNs possuem diferenciais competitivos em relação às firmas locais em virtude da propriedade privilegiada (*ownership*) de ativos tangíveis e intangíveis, podendo utilizá-los caso considere mais vantajoso internalizá-los do que vendê-los. Assim, a EMN irá produzir no país de destino se existirem vantagens locais que justifiquem a sua produção no mesmo.

Há, de acordo com Dunning, quatro razões pelas quais uma EMN dirige seus recursos ao exterior: a) busca de recursos (*resource-seeking*), b) busca de mercados (*market-seeking*), c) busca de eficiência (*efficiency-seeking*), e d) busca de ativos estratégicos. Em geral, as EMNs tentam deslocar-se para os PED em busca de recursos ou de mercados (alternativas “a” e “b” acima). Já a procura de eficiência e de ativos estratégicos (alternativas “c” e “d” acima) se dá em países desenvolvidos (em geral, sob a forma de fusões e aquisições).

Na presente dissertação a análise concentrar-se-á somente nos possíveis fatores de atração de IED aos PED. Nunnenkamp e Spatz (2002), em trabalho envolvendo amostra de 28 PED para o período 1987-2000, concluíram que o IED é, em geral, orientado para os PED devido: a) a aumentos do PIB per capita, b) a diminuição dos fatores de risco, c) ao aumento no grau de escolaridade, d) a diminuição de restrições ao comércio exterior, e e) a reduções nas dificuldades geradas por gargalos administrativos. Os autores defendem a tese de que, apesar das mudanças provocadas pelo processo de globalização a partir da década de 80, pequenas foram as transformações em relação aos critérios de atração de IED por parte dos PED. Segundo os autores, malgrado estudos normativos da área, os fatores tradicionais determinantes dos fluxos de IED mostraram-se empiricamente mais importantes do que os não-tradicionais.²⁵ Assim, revelaram-se pouco significativas as correlações entre IED e população, crescimento do PIB, restrições à entrada de firmas, restrições após a entrada e regulação relacionada à tecnologia.

Campos e Kinoshita (2003), em *panel data* com 25 PED para o período 1990 a 1998, examinaram alguns possíveis determinantes de IED em relação a

²⁵ Para Nunnenkamp e Spatz (2002), os determinantes tradicionais de IED são: a) população; b) PIB *per capita*; c) crescimento do PIB; d) gargalos administrativos; e) restrições de entrada; e f) fatores de risco. Já os não-tradicionais são: a) fatores complementares de produção; b) nível educacional médio dos trabalhadores; c) fatores de custo, como carga tributária, condições de emprego, regulações do mercado de trabalho e poder dos sindicatos; d) restrições ao comércio exterior; e e) mudanças nas participações de comércio.

esse conjunto de países. Os autores constataram que o IED é influenciado pela existência de economias de cadeias produtivas (*clusters*), tamanho de mercado, baixo custo de mão-de-obra, recursos naturais abundantes, solidez das instituições, grau de abertura comercial e redução das restrições ao concurso de IED. Tamanho de mercado foi, também, importante constatação de atração de IED encontrada por Wheeler e Mody (1992). Esses autores, em obra com amostra de 42 países (1982-1988), concluíram também que há forte correlação entre IED e diminuição dos encargos trabalhistas e entre IED e infra-estrutura instalada.

Nonnemberg e Mendonça (2004), em *panel data* de 38 países para o período 1975-2000, concluíram que os determinantes de IED podem referir-se a fatores dos países de origem (*push factors*) ou a fatores locais (*pull factors*).²⁶ Para os autores, a maior parte dos estudos empíricos sobre determinantes de IED estão centralizados em torno dos fatores locais. Para se compreender por que as grandes corporações transnacionais escolhem alguns países em detrimento de outros, mister se faz avaliar os fatores de ambos os lados.

Nonnemberg e Mendonça concluíram que o tamanho da economia, medido pelo PIB, bem como o ritmo de crescimento médio dos anos anteriores afetam positivamente o ingresso de IED. O grau de escolaridade, por sua vez, é outro importante determinante de IED, pois o aumento daquele constitui um relevante indutor de investimento intensivos em conhecimento. O coeficiente de abertura da economia revelou-se, ademais, fator relevante para captação de IED.

Outro determinante encontrado pelos autores é o risco do país receptor: quanto melhores os indicadores da estabilidade macroeconômica, mais significativos são os fluxos de ingresso de IED nesses países. Por fim,

²⁶ Argumentam os autores que a maior parte da bibliografia disponível da área analisa fatores relacionados a vantagens das firmas, dando pouca atenção à importância dos fatores macroeconômicos (tanto dos países exportadores quanto nos importadores de investimentos).

uma das variáveis relacionadas com os fatores dos países de origem que revelou-se importante para o estudo é o crescimento do mercado de capitais (desempenho das bolsas de valores), que afeta fortemente os fluxos de saída de IED das economias de origem.

Garibaldi *et al* (2001), em trabalho com *panel data* com 26 PED para o período 1990 a 1999, encontraram correlação positiva entre os IED e as variáveis macroeconômicas, como o tamanho do mercado, o déficit fiscal, o regime cambial, a inflação, bem como entre os IED e a percepção do risco, as reformas econômicas, a liberalização comercial, a dotação de recursos naturais e os entraves burocráticos. Outra importante conclusão é desenvolvida por Tsai (1994), que analisou o efeito de IED sobre PED durante o período de 1970 a 1980. Segundo este autor, o tamanho do mercado é o fator de maior importância de atração de IED (em seguida, aparece o crescimento econômico do país receptor).

Por fim, é interessante verificar se a participação de um país em instrumentos internacionais afeta significativamente o grau de atração de IED. De acordo com Correa e Kumar (2003), há certa dificuldade em se mensurar em que medida a participação em tratados internacionais pode influenciar a captação de IED pelas economias em desenvolvimento. Segundo esses autores, os fluxos de FDI são, em grande medida, atraídos pelo tamanho do mercado, níveis de renda, níveis de urbanização, proximidades geográficas e culturais, além da qualidade da infra-estrutura. O fator político, como a participação em um acordo-quadro sobre investimento, possui um papel subsidiário na atração desses capitais, o que pode ser demonstrado, segundo esses autores, pelo fato de que a China, malgrado possuir leis restritivas sobre a entrada de IED, é um dos PED que mais atraiu investimentos estrangeiros na última década.

Os fatores políticos – entre eles a participação em acordos bilaterais, regionais ou multilaterais de investimento, a proteção legal, ou seja, a

possibilidade de se tratar o capital estrangeiro da mesma forma que o capital nacional (tratamento nacional), facultando àquele, ainda, a possibilidade de se transferir os lucros e repatriar o capital sem incidência de encargos – parecem exercer papel relevante, embora não determinante, para a atração de IED.

Segundo Salacuse (1990), a participação em acordos internacionais é apenas uma medida de fortalecimento de confiança (*confidence building measures*) utilizada para se promover a atração de IED ao país receptor, reduzindo, assim, os eventuais riscos que o investidor teria na ausência de tais regras. Ela é, para esse autor, um sinal claro e positivo aos investidores, significando boa receptividade ao investimento estrangeiro.

O aumento dos fluxos de IED a partir da década de 90 foi acompanhado, também, por uma crescente competição, entre os PED, para captação desses investimentos. Somente os APPIs registraram, segundo a UNCTAD (2000), crescimento exponencial, sobretudo entre economias desenvolvidas e em desenvolvimento. Ainda que a participação em acordos internacionais sobre o assunto não pareça ser fator determinante para a captação de IED, um número sem precedentes de países, sobretudo entre os PED, participam desses acordos, o que atesta a importância desse fator político para a atração de IED.

1.3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa breve exposição sobre a relação entre o concurso de IED e o crescimento econômico é importante no intuito de se mensurar em que medida a entrada de capitais estrangeiros produz, de fato, efeitos benéficos às economias receptoras e quais as possíveis recomendações de política relevantes às mesmas. Analogamente, a questão dos possíveis fatores determinantes de investimento parece-nos de suma importância. Investigar se os fatores políticos e, em especial, a participação ou não em instrumentos

internacionais sobre investimento nos ajuda a compreender a real relevância destes para a captação de investimentos, tanto do prisma do investidor quanto do lado do Estado receptor.

Uma das idéias aqui estudadas refere-se aos efeitos positivos gerados pela entrada de IED por meio de transferência de tecnologia e de conhecimento via *technological spillover*. Isso porque o IED não só contribui para aumentar o nível de capital físico da economia receptora, mas também a melhoria do capital humano, proporcionando retornos crescentes do estoque agregado de capital. Um maior desenvolvimento tecnológico estimula o crescimento econômico e o IED é, nesse sentido, um potente instrumento de transferência de tecnologia aos países importadores de capital (Castro, 1997).

Entretanto, o grau de geração de externalidades positivas por parte da admissão de IED parece depender, para vários autores, de algumas pré-condições encontradas nas economias anfitriãs. A mais relevante delas é a capacidade de absorção de novas tecnologias por estas, o que nos remete ao estudo do grau de complementaridade entre o IED e o investimento doméstico: em economias nas quais há nível de escolaridade elevada (Lipsey, 2000), nas quais a distância tecnológica entre exportadores e importadores de capital é pequena (Mello, 1999, Persson e Blomström, 1983, Blomström *et al*, 1992) ou onde o estoque de capital humano é suficiente (Borensztein *et al*, 1995), o concurso de IED tende a ter efeitos benéficos. Outras pré-condições encontradas variam entre o grau de abertura externa (Castro, 1997, Balasubramanyam *et al*, 1996, Nair-Reichert e Weinhold, 2001), a infraestrutura instalada (Agosin e Mayer, 2000), a qualidade do IED (Agosin e Mayer, 2000, Correa e Kumar, 2003), entre outros.

Pode haver casos, contudo, que a entrada de IED acarrete o fenômeno do *crowding out*, prejudicando sensivelmente o investimento doméstico e as firmas locais. Tal fenômeno parece ocorrer em alguns casos específicos, sobretudo quando o IED é distribuído de maneira semelhante ao

investimento doméstico (Agosin e Mayer, 2000). Em outras palavras, quando o IED parece não ter a qualidade necessária (Correa e Kumar, 2003), seja em relação aos baixos insumos tecnológicos trazidos, seja devido a uma concorrência com as empresas locais, esses capitais externos podem ter efeitos benéficos reduzidos ou até mesmo negativos.

Os estudos empíricos apontam, em geral, para a conclusão de que a entrada de IED nas economias em desenvolvimento afeta as taxas de crescimento positivamente, embora esta relação possa não ser, em alguns casos, incondicional. De fato, a maioria dos autores aqui analisados aponta para os efeitos benéficos do concurso de capitais estrangeiros, sobretudo devido à contribuição das transferências de tecnologia e *know-how* organizacionais das EMNs para as firmas locais.²⁷ Mesmos os analistas que levantam a hipótese de que nem sempre as externalidades geradas pelos IED, não negam que esses investimentos podem trazer benefícios às economias locais.

Nos casos específicos em que a qualidade do IED não seja apropriada ou que exista, por razões acima mencionadas, substituição do investimento doméstico pelo IED, ocorrendo o fenômeno do *crowding out*, o Estado receptor pode valer-se de algumas medidas regulatórias, como a promoção de aprendizado local de técnicas, o desenvolvimento da capacidade de alocar insumos tecnológicos trazidos pelas EMNs, além de medidas para selecionar a qualidade do IED segundo os objetivos de desenvolvimento do país. Por outro lado, tendo em vista a concorrência entre os PED pela alocação de IED na esteira do enorme afluxo registrado na década de 90, parece não mais fazer sentido investigar se o IED é prejudicial ou não aos PED, mas sim verificar as

²⁷ A análise empírica dos estudos sobre a relação entre o IED e o crescimento econômico aponta para o fato revela, em geral, que resulta ultrapassada a agenda teórica globalista e dependentista, muito em voga nas décadas de 70 e 80, com os trabalhos da CEPAL e de análises sistêmicas, como Immanuel Wallerstein, Samir Amin, além de Emir Sader, no Brasil. Devido à sua capacidade de geração de externalidades positivas, a necessidade de captação de IED tem sido, assim, uma necessidade, tanto para os países desenvolvidos quanto para os PED.

possibilidades de maximização de ganhos e minimização de eventuais riscos oriundos dos fluxos de investimento.

Com relação aos possíveis determinantes de investimento, algumas conclusões relevantes podem ser aqui traçadas. Em primeiro lugar, malgrado terem adquirido importância cada vez mais presente nos dias atuais, os fatores não-tradicionais de atração de investimento, como os fatores complementares de produção, o nível educacional, os fatores de custo, entre outros (Nunnenkamp e Spatz, 2002), não parecem ser mais importantes que os fatores tradicionais, a exemplo do tamanho da economia, do crescimento do PIB, da população, da dotação de recursos naturais, dos fatores de risco, etc. Pode-se dizer que, no máximo, os primeiros se equivalem aos últimos na atração de IED para os PED. O fator tamanho de mercado, quesito tradicional de atração de investimento, mostrou-se um dos mais significativos condutores de IED (Wheeler e Mody, 1992, Campos e Kinoshita, 2003, Nonnemberg e Mendonça, 2004, Garibaldi *et al*, 2001, Tsai, 1994). O baixo custo da mão-de-obra, a presença de recursos naturais, além da proximidade geográfica revelaram-se, também, importantes fatores tradicionais da atração de investimentos (Campos e Kinoshita, 2003, Garibaldi *et al*, 2001).

No que tange aos fatores não-tradicionais de atração de investimentos, o quesito que mostrou maior destaque nos trabalhos analisados (UNTC, 1992, Nunnenkamp e Spatz, 2002) é a existência de capacidade instalada de P&D e o grau de disseminação de escolaridade e *know-how* como importantes atrativos de investimento intensivos em tecnologia. A estabilidade macroeconômica, entendida aqui como um conjunto de pré-requisitos indispensáveis para o bom funcionamento da economia anfitriã (baixos índices de inflação, dívida e déficit públicos sob controle, etc.), aparece como outro fator importante para a captação de IED pelos PED, reduzindo os riscos e as incertezas para a tomada de decisão do investidor (Nonnemberg e Mendonça, 2004, Campos e Kinoshita, 2003, Garibaldi *et al*, 2001).

Entre os fatores não-tradicionais aqui analisados, o grau de participação em instrumentos internacionais de investimento e a existência ou não de barreiras legais ou técnicas à admissão de IED mostraram-se bastante significativos, embora não determinantes (Correa e Kumar, 2003). Ao criar um ambiente jurídico mais favorável ao concurso de capital estrangeiro, os países emergentes receptores desses influxos sinalizam com uma importante medida de fortalecimento da confiança (*confidence building measures*). Na esteira da liberalização econômica e da concorrência internacional pela atração de IED com qualidade por parte dos PED, a simples participação em instrumentos internacionais de investimento, que defina garantias de proteção legal e de tratamento equânime entre o IED e o investimento doméstico, constitui, em si, relevante atrativo para capitais estrangeiros.²⁸

Talvez uma importante distinção deva ser feita entre os conceitos de ambiente de investimento (*investment climate*) e oportunidade de investimento (*investment opportunities*). A mera existência de oportunidades de investimento em um país “x” pode não ser fator suficiente se o investidor tiver de enfrentar um ambiente desfavorável ao seu capital. Analogamente, um ambiente favorável ao investimento, como um regime liberalizante à entrada de IED, pode ser insuficiente se não houver, na economia receptora, oportunidades concretas de ganhos para os investimentos.

Assim, a participação de um país em um tratado internacional de investimento, bilateral, regional ou multilateral, é valiosa medida de construção de um ambiente favorável ao investimento estrangeiro, embora insuficiente na ausência de políticas efetivas que criem oportunidades de ganhos efetivos para investidores. Esse é o mesmo ensinamento da UNCTAD:

“(...) in all probability, an FDI, which would otherwise not have taken place in a host country, would still not take place even if the country signs up to an multilateral framework

²⁸ Vide, para isso, o florescimento dos APPIs na década de 90, alcançando, em 2003, o número de 2.300 APPIs (UNCTAD, 2004).

in investment (MFI); nor would an FDI which would otherwise have taken place, be lost to a host country because it is not a signatory to an MFI. An MFI would not by itself make up for those conditions that at present deter investment in developing and least developed countries. National legislation and transparent procedures which facilitate and provide security for foreign investment, and the development of basic infrastructure for the installation and operation of production units are issues to be resolved through a reorientation of domestic policy measures. These conditions can be provided within the framework of a stable macroeconomic policy regime, and by a stable political leadership that is committed to development, and not by an MFI.”²⁹

²⁹ UNCTAD. *Foreign Direct Investment and the LDC: Is a Multilateral Framework in Investment the Answer?* Internal draft. Geneva: UNCTAD, 1998.

Os instrumentos que regulam os investimentos internacionais

Após uma revisão da bibliografia que relata as principais orientações da pesquisa empírica na área, com conclusões, em geral, positivas acerca da entrada de IED nas economias em desenvolvimento, mister se faz conhecer, neste capítulo, os principais instrumentos internacionais que disciplinam regras para investimentos, nos níveis bilateral, regional e multilateral. Apesar do foco desta dissertação estar voltado para as perspectivas de formação de um regime mais definido no plano multilateral, que será discutido em detalhe no capítulo 3 deste trabalho, é importante conhecer também os marcos normativos bilaterais e regionais, extraíndo deles os seus princípios e regras norteadoras, bem como suas conseqüências para os PED.³⁰

Para melhor compreender o quadro acima, é necessário, antes, fazer um breve histórico sobre o sistema internacional de investimento, destacando a sua evolução geral, os principais atores envolvidos (países, empresas e organismos internacionais), o desenvolvimento dos conceitos e princípios e as principais características do multilateralismo no sistema internacional de investimento atual. O presente capítulo está estruturado em 4 subseções: a) breve histórico; b) apresentação dos principais instrumentos regulatórios internacionais sobre investimentos; c) apresentação dos principais instrumentos promocionais internacionais sobre investimentos; d) conclusões preliminares.

³⁰ Como se verá a seguir, nesta dissertação o conceito de regime internacional constitui um referencial analítico básico e, nessa concepção, um regime internacional é fruto de todos os arranjos relevantes que orientam ou afetam mais diretamente o padrão das relações internacionais numa "issue area", sejam esses arranjos bilaterais, regionais ou multilaterais.

2.1 – BREVE HISTÓRICO

Apesar de constante, o sistema internacional de investimento tem evoluído em direção ao multilateralismo de maneira bem mais vagarosa quando comparada, por exemplo, com os sistemas de comércio ou monetário.³¹ Estes últimos tiveram um desenvolvimento relativamente rápido a partir da criação do FMI, em 1944, e do GATT, em 1947.³² Uma possível razão para essa diferença reside no fato de que o comércio (em especial o de bens) enceta maior reciprocidade entre os Estados participantes, razão pela qual há menos resistência por parte destes em aceitar restrições às suas capacidades de regular os fluxos de entrada e saída de bens de seus territórios. Já a área de investimento não possui a mesma relação de reciprocidade, pois o número de exportadores de capital, diferentemente do de bens, é bem mais reduzido, muito embora a quantidade de países em desenvolvimento exportadores de capital venham crescendo acentuadamente, sobretudo na Ásia e América Latina. Além disso, as demandas de investidores internacionais parecem ser, aos olhos dos países receptores, mais intrusivas que as relacionadas ao intercâmbio de bens, posto que podem, dependendo do caso, ferir alguns princípios de soberania.

Embora mais difícil, sempre houve muito debate nos mais diferentes fóruns internacionais sobre a criação de um marco normativo multilateral de investimento. A partir da primeira metade do século XX, gradativamente, foram se consolidando, alguns princípios jurídicos relativos aos investimentos internacionais, ora por meio da jurisprudência criada pela Corte Permanente

³¹ O termo "sistema" é aqui empregado no seu sentido mais vago e genérico, isto é, como designativo de um conjunto de instituições formais e informais que orientam as ações dos indivíduos, organizações e autoridades num determinado campo.

³² Obviamente, há outros marcos igualmente relevantes para a conformação dos sistemas internacionais de comércio e dos padrões monetários. Mas a criação dessas duas instituições constitui, indubitavelmente, os fatos mais marcantes para o avanço do multilateralismo nessas áreas – avanço esse, como se verá, ainda muito precário na área dos IED.

de Justiça Internacional (CPJI), ora por meio da doutrina e da criação de instâncias de negociação internacional. Entre os princípios originados nesse período, destacam-se: a) a inviolabilidade da propriedade privada; b) a exigência de indenização parcial ou completa nos casos de nacionalização; e, c) arbitragem internacional como meio de solução de controvérsias entre o investidor estrangeiro e o Estado anfitrião.

A Doutrina Calvo, que leva o nome do jurista e chanceler argentino Carlos Calvo (1824-1906), passou a ser freqüentemente invocada pelos países latino-americanos a partir do final do século XIX e início do século XX. Bastante importante como fonte de princípios, a Doutrina Calvo baseava-se em dois fundamentos principais: a) os Estados, por serem soberanos, deveriam ter direito à liberdade absoluta em relação à interferência de outros Estados em sua competência legislativa doméstica, seja por meio da força, seja por meio da diplomacia; e, b) estrangeiros não podem possuir direitos ou privilégios diferentes dos aplicados aos nacionais, devendo aqueles, pois, recorrer, sempre que necessário, aos tribunais nacionais em casos de controvérsia.

A Doutrina Calvo, por defender a renúncia à proteção diplomática,³³ foi objeto de controvérsias, mormente por parte dos EUA, que nunca a aceitaram sob o argumento de que o direito de renúncia à proteção diplomática pertence ao Estado, e não ao particular. Seja como for, os países latino-americanos, ao albergarem os princípios da Doutrina Calvo, sempre foram reticentes à adoção de convenções internacionais sobre arbitragem na área de investimentos.

³³ Ou seja, todas as possíveis controvérsias deveria ser resolvidas por meio de tribunais nacionais. “A Doutrina Calvo constava (...) de uma cláusula inserta em contratos celebrados entre um Estado e concessionários estrangeiros, pela qual estes se comprometiam a não recorrer à proteção diplomática dos respectivos países, nas questões que surgirem da execução ou inexecução dos aludidos contratos”. In MELLO, R. B. de . *Dicionário de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Iguassu, 1962, p. 161.

Fruto de um desdobramento da Doutrina Calvo, a Doutrina Drago, que leva o nome do jurista argentino Luis Maria Drago (1859-1921), estabelece que o dever de se amortizar uma dívida pública por um Estado latino-americano, não comporta, no caso de não-pagamento, intervenção armada ou ocupação territorial forçada por parte de qualquer potência européia credora. Tal princípio foi posteriormente modificada na 2ª Conferência de Paz de Haia, em 1907, que aprovou a interpretação do Chefe da Delegação dos EUA, General Horace Porter, passando a ser conhecida por “Convenção Drago-Porter”. Em linhas gerais, a “Convenção Drago-Porter”, embora condenasse também o emprego de meios coercitivos para a cobrança de dívidas, não proibia o uso da força armada nos casos de recusa ao arbitramento, impossibilidade de celebração de compromissos ou inexecução de sentença arbitral.

O princípio que se tornou mais importante para lançar as bases de um futuro sistema multilateral de investimento foi elaborado, em 1938, pelo Secretário de Estado dos EUA, Cordell Hull, em decorrência das nacionalizações de empresas petrolíferas ocorridas no México naquele mesmo ano. O principal conceito estabelecido pela então chamada “*Fórmula Hull*” é o de que as indenizações devem ser prontas, adequadas e efetivas (*prompt, adequate and effective compensation*)³⁴.

A “*Fórmula Hull*” provocou reações em uma gama variada de países, particularmente entre os países importadores de capital, a maioria seria classificada hoje como PED, que passaram a considerar arbitrário o princípio da indenização imediata e adequada. A partir da década de 60, uma série de PED, aproveitando-se da efervescência dos temas de desenvolvimento em

³⁴ Outro importante evento que influenciou à evolução do sistema multilateral de investimento foi o acordo Roosevelt-Litvinoff (EUA-URSS), em 1933, em decorrência das nacionalizações de empresas privadas estrangeiras pela URSS. Por meio desse acordo, parte dos fundos soviéticos aplicados em bancos na Europa e nos EUA foi utilizada para o pagamento das indenizações devidas a pessoas físicas e jurídicas, possibilitando à URSS manter boas relações comerciais com os países ocidentais.

voga na agenda internacional da época,³⁵ aglutinaram-se em torno do sistema ONU para reivindicar seus interesses na área. Um primeiro resultado dessa movimentação foi a adoção, pela ONU, da Resolução 1803 (14/12/1962), intitulada de “*Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais*”. Essa resolução estabelecia o direito de soberania permanente das nações sobre suas riquezas e recursos naturais, tornando possível o direito de nacionalizar, expropriar ou requisitar bens e empresas estrangeiras em operação em seus territórios. Tais ações deveriam vir acompanhadas, contudo, de indenização apropriada ao proprietário, princípio que feria o conceito de indenização “pronta, adequada e efetiva”, consagrada pela “*Fórmula Hull*” de 1938, uma vez que deixava vaga as condições em que a indenização deveria ser estipulada e paga tornando, portanto, possível ao Estado anfitrião indenizar apenas parcialmente quaisquer bens ou empresas estrangeiras que fossem nacionalizadas, expropriadas ou requisitadas com base na Resolução 1803.

A criação do Programa de Ação para a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), pela Resolução 3202, de 1974, aumentou o grau de desentendimento entre países importadores e exportadores de capital ao dispor que seria devida indenização aos PED cujos territórios tivessem sido objeto de dominação estrangeira. Em 1975, ainda no âmbito da NOEI, foi aprovada a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (Resolução 3281), que estabeleceu que “nenhum Estado deve ser forçado a conceder

³⁵ Exemplo dessa nova percepção da realidade internacional fora a criação, em 1955, do Movimento dos Não-Alinhados, da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), em 1964, o Grupo dos 77 (G-77), também em 1964, e, no âmbito da ONU, da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), em 1974 (Resolução 3201/ONU). Cabe destacar que o lançamento da NOEI deu-se no âmbito da crise energética da década de 1970 que trouxe forte endividamento de países industrializados tradicionais e grande abundância de dólares nos mercados financeiros privados (petrodólares). Nesse ambiente muitos países em desenvolvimento julgavam que os países da OPEP poderiam prover os recursos financeiros que eram fornecidos tradicionalmente pelos países industrializados. O movimento em torno da NOEI encerrou-se melancolicamente com a crise da dívida externa dos PED no início da década de 1980. Ver, por exemplo, G. Corea, *Need for Change. Towards the New International Economic Order* (Oxford Univ. Press, 1980), que era Secretário Geral da UNCTAD.

tratamento preferencial a investidores estrangeiros”.³⁶ Tais resoluções contribuíram para se amadurecer o debate com vistas à criação do Código de Conduta para Empresas Transnacionais, que seria formulado pela Comissão das Sociedades Transnacionais, igualmente constituída pela Resolução 3281. O Código de Conduta da ONU, que entrou em vigor em 1983, seria, como se verá no item 2.2 desta dissertação, um dos principais instrumentos regulatórios multilaterais de investimento.

O Código de Conduta possuía dois objetivos: a) estabelecer padrões de conduta para as EMNs com vistas a proteger os interesses dos países receptores de IED; e, b) estabelecer padrões de regulação para o tratamento das EMNs pelos países anfitriões, de sorte que aos investidores pudesse ser garantido ambiente mais seguro e mais transparente para a realização de investimentos.

Um outro foro bastante utilizado pelos PED em questões de investimento e que teve significativo impacto na evolução do sistema multilateral de investimento é a UNCTAD. A partir de sua criação, em 1964, a UNCTAD passou a ter papel cada vez mais presente na discussão do tema. Dois instrumentos regulatórios importantes sobre a questão, que serão melhor explorados no sub-item 2.2 desta dissertação, podem ser citados: a) o Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologias, de 1979; e, b) os Princípios e Regras para Controle de Práticas Restritivas de Negócio (RBPs) das EMNs, em vigor desde 1980. Ambos, porém, não possuem força vinculatória, razão pela qual os seus raios de influência são limitados.

A criação da Convenção Internacional para Solução de Controvérsias de Investimento (ICSID), em 1965, em decorrência da Convenção de Washington, no âmbito do Banco Mundial, trouxe novo alento ao movimento em direção à multilateralização das disciplinas de investimento na agenda internacional. A iniciativa da criação da ICSID, instituição que possui hoje

³⁶ Tradução livre do autor.

grande importância, teve como objetivo o estabelecimento de regras que possibilitassem: “a) a um particular sem personalidade jurídica internacional, o investidor estrangeiro, poder constituir demanda na esfera do direito internacional contra um Estado soberano e com ele manter uma controvérsia diretamente; b) instituir obrigatoriedade de submissão à arbitragem internacional por parte do Estado, quando o demandante é um particular; e, c) impor obrigatoriedade em implementar a execução das sentenças arbitrais proferidas no âmbito da ICSID como se sentenças nacionais fossem”³⁷.

A ICSID conta, em 2006, com 155 países signatários,³⁸ o que o torna instância reguladora extremamente importante ao avanço de um sistema multilateral de investimento. A partir da década de 80, com o crescimento do número de APPIs celebrados sobretudo entre os países exportadores e importadores de capitais, registra-se, com intensidade cada vez maior, a ocorrência de iniciativas para dar mais clareza às regras do sistema internacional de investimento e, com elas, uma necessidade de se fazer zelar pela interpretação e execução das disciplinas existentes em cada APPI. A ICSID tornou-se, assim, o primeiro foro internacional a tratar exclusivamente de questões relacionadas a investimentos internacionais. A proliferação de APPIs entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e a adesão à jurisdição da ICSID revelaram que, na essência, os princípios emanados da Doutrina Calvo tornavam-se ultrapassados e que a “*Fórmula Hull*” – da indenização pronta, adequada e efetiva – passou a ser internacionalmente aceita.

Em 1976, a OCDE dava sua contribuição ao sistema internacional de investimento por meio da celebração das Diretrizes para EMNs. Essas Diretrizes tinham como objetivo a confecção, em bases multilaterais, de regras tanto para coibir os excessos que pudessem ser praticados pelas EMNs

³⁷ PUCCI, A. N. *Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos Estrangeiros*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo. S. Paulo, 2003, p. 230.

³⁸ Fonte: www.worldbank.org/icsid. Acesso em 09/01/2006.

quanto para regular o tratamento dispensado a essas corporações pelos países receptores. Apesar de muito genérico, as Diretrizes da OCDE têm influenciado decisões de EMNs e de alguns países receptores de IED em casos específicos.³⁹

Outra contribuição foi dada pelo Banco Mundial ao sistema internacional de investimento em direção ao multilateralismo com a criação, em 1988, da *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA), instituição responsável por estabelecer um sistema de seguro ao investidor estrangeiro, buscando cobrir riscos comerciais e políticos por meio de indenização. Importante instituição de natureza regulatória, a MIGA criava um sistema multilateral de garantias ao investidor contra riscos políticos, pondo em cheque o princípio consagrado pela Resolução 1803 da ONU sobre a eventual desapropriação de empresas estrangeiras em operação sem o pagamento de indenizações correspondentes, ou pelo pagamento apenas parcial das mesmas.

A década de 1990 marcaria, por seu turno, forte tendência no sistema internacional de investimento em direção à proteção dos investidores, com tentativas de se criar regras mais liberalizantes, transparentes e estáveis para os fluxos transnacionais de IED. Em 1994, nascia o *North American Free Trade Area* (NAFTA), bloco comercial que compreende os EUA, o Canadá e o México. O acordo que constituiu o bloco estabeleceu também importantes regras sobre investimento – o Capítulo XI – que, dada a importância dos EUA nos fluxos internacionais de capital, têm influenciado a evolução do sistema multilateral de investimento, sobretudo na celebração de APPIs no âmbito das negociações da OMC. Com efeito, o Capítulo XI do NAFTA é considerado por muitos pesquisadores da área como a parcela mais ativa – e também a mais polêmica – do regime de investimento, albergando princípios

³⁹ Algumas dessas influências podem ser constatadas pela redução geral dos óbices regulatórios ao ingresso de capital por parte dos países receptores, sobretudo por países como a França, Espanha, Portugal, ora simplificando os trâmites burocráticos e/ou legais, ora eliminando ou reduzindo restrições setoriais ao acesso de investimentos estrangeiros. Para maiores informações, vide DUNNING, J. *Multinational Enterprises and the Global Economy*. Suffolk, Great Britain: Addison-Wesley Publishers, 1992, pp. 571-572.

como o do Tratamento Nacional, o da Nação Mais Favorecida, o do Pré-Estabelecimento, o do Padrão Mínimo de Tratamento e ainda a proibição de adoção de medidas de investimento relacionadas ao comércio⁴⁰.

De forma geral, as disciplinas sobre investimento estabelecidas pelo NAFTA são consideradas as mais abrangentes de todas ao instituir regramento inovador seja em relação às diretrizes da MIGA, seja em relação às regras da então nascente OMC, mormente o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e o *Trade-Related Investment Measures* (TRIMs). No que tange ao primeiro acordo, as disciplinas do Capítulo XI do NAFTA introduziu o compromisso do pré-estabelecimento, ou seja, a obrigação do Estado receptor de outorgar tratamento nacional e regra da nação mais favorecida antes da realização do investimento pelo investidor estrangeiro. No GATS, contudo, só existe compromisso de pós-estabelecimento, isto é, os princípios de tratamento nacional e da nação mais favorecida somente se aplicam depois de realizados os investimentos. Vale mencionar, ainda, que o NAFTA, diferentemente do GATS, não prevê a possibilidade de adoção de medidas regulatórias pelos países anfitriões como meio de alcançar alguns objetivos de desenvolvimento.

As normativas do NAFTA serviram de modelo também para a celebração de diversos APPIs e de acordos de livre comércio com os EUA. O direito ao pré-estabelecimento – ou livre admissão de IED – foi consolidado como uma nova modalidade de acordo sobre investimento, entrando em choque com o padrão de APPI até então internacionalmente aceito, consagrado pelo modelo OCDE-1959, que era mais flexível e não admitia a aplicação do princípio do pré-estabelecimento.⁴¹ O regramento estabelecido

⁴⁰ As disciplinas sobre investimento do NAFTA serão melhor exploradas na subseção 2.3.4 desta dissertação.

⁴¹ O modelo OCDE-1959 ficou assim conhecido por ter sido inspirado no Projeto de Convenção sobre Proteção da Propriedade Estrangeira, elaborado inicialmente pela então OECE, em 1959, e reapresentado, já no âmbito da OCDE, para aprovação em 1967, aberto à assinatura de países membros e não-membros do bloco. O projeto, que tinha por objetivo tornar-se instrumento multilateral mandatário, não chegou, contudo, a ser

pelo NAFTA serviu, portanto, como um divisor de águas na evolução do sistema internacional de investimento, influenciando de forma significativa, as negociações multilaterais sobre a matéria na OMC e na OCDE.

As negociações para a celebração do *Trade-Related Investment Measures* (TRIMs) na esfera da OMC, em 1995, foi amplamente influenciada pela normativa do NAFTA, mas também pelas regras e princípios emanados de outras fontes importantes, como as resoluções da ONU, as convenções do Banco Mundial, as tratativas da OCDE, entre outros. Presente nos chamados “temas de Singapura”⁴², a proteção a investimentos estrangeiros foi objeto de infundável negociação no âmbito da OMC, dividindo países como EUA, Japão e o bloco europeu, que pugnavam por regras mais rígidas com vistas à proteção de investimentos, e os PED, notadamente Brasil e Índia, que argumentavam que um acordo sobre investimento na esfera da OMC além das normas sobre serviço, cobertas pelo GATS, seria desnecessário. Estes últimos reclamavam, ainda, que a OMC não seria o foro apropriado para discussão do tema, uma vez que seu foco principal eram temas comerciais.

Seja como for, o tema deu um passo significativo com a celebração do TRIMs, apesar de, como se verá adiante, este acordo ser considerado fraco e pouco operativo como marco multilateral de investimento. A questão da proteção ao investimento rendeu, em 1996, o estabelecimento do Grupo de Trabalho sobre Comércio e Investimento (GTCI), com papel analítico e exploratório.⁴³ A Declaração Ministerial de Doha, em 2001, assevera, por seu turno, que o início das negociações sobre o tema se dará somente após a V

aprovado em razão da oposição de vários PED. Seus princípios e disciplinas, no entanto, passaram a ser amplamente aplicados nos inúmeros APPIs celebrados nas décadas de 60, 70 e 80.

⁴² Os “temas de Singapura”, assim chamados em razão de terem sido incluídos na agenda de negociação da OMC na I Conferência Ministerial de Singapura, em 1996, incluem as questões de proteção ao investimento, direito de concorrência, compras governamentais e acesso ao mercado.

⁴³ As atividades do GTCI concentram-se nas áreas: a) escopo e definição; b) transparência; c) não-discriminação; d) modalidade GATS (lista positiva); e) dispositivos sobre desenvolvimento; f) exceções e salvaguardas; e, g) solução de controvérsias.

Conferência Ministerial da OMC, caso haja consenso explícito. Com o fracasso da Conferência Ministerial de Cancún, em 2003, o tema deixou de ser contemplado no Programa de Trabalho de Doha, ou “pacote de julho”, em 2004, persistindo, portanto, a situação de impasse.

A normativa do Capítulo XI do NAFTA influenciou também as negociações para a celebração, no âmbito da OCDE, daquele que seria o marco multilateral mais abrangente, ambicioso e promocional de investimento. Negociado em 1995, o *Multilateral Agreement on Investment* (MAI) pretendia ser um tratado sobre investimento de caráter universal (posto que estaria aberto a adesões por países não-signatários do bloco) e obrigatório (possuía caráter vinculatório). Por motivo de profunda divergência entre países desenvolvidos e PED, e entre os próprios países desenvolvidos, notadamente a oposição da França, as negociações do MAI foram abandonadas em 1998. Uma das razões para esse malogro foi a pretensão de se adotar, entre outras medidas, os dispositivos do Capítulo XI do NAFTA, sobretudo o direito ao pré-estabelecimento.

Com o abandono do MAI, o tema da proteção de investimento voltou à agenda da OMC, marcada, por um lado, pela débil operacionalidade do TRIMs e, por outro, pela especificidade do GATS, que só contempla regras de investimento para serviços, e não para bens. Uma tentativa de se criar um marco multilateral sobre investimento – conhecido também por *Possible Multilateral Framework on Investment* (PMFI) – mais ambicioso que os existentes ganhou força nas negociações da Rodada Doha, iniciada em 2001. Contudo, o tema de investimento provocou desentendimentos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e acabou sendo retirado da pauta para permitir a conclusão, em 2004, do “pacote de julho”, que proporcionou a desobstrução e a retomada das negociações comerciais, prejudicadas desde o fracasso da Conferência Ministerial de Cancun, em 2003.

Em suma, o período que se estendeu de 1930 até o início do século XXI na área de internacional de investimento foi marcado por uma evolução

lenta, porém constante, dos princípios e normas do sistema internacional de investimento. Três características podem ser retiradas desse período.

A primeira diz respeito ao sentido da evolução do sistema internacional de investimento. A criação de um organismo multilateral especializado no julgamento e na solução de controvérsias exclusivas da área de investimento, o ICSID, e o número significativo de adesões à sua jurisdição, sobretudo por meio de APPIs, representaram a coroação da “*Fórmula Hull*” sobre as recomendações regulatórias da ONU, sobretudo a Resolução 1803, fazendo o sistema evoluir em direção a uma maior proteção ao investidor. Com efeito, aos países signatários do ICSID, recaía o dever de remeter controvérsias relativas a questões de investimento à esfera neutra do referido órgão, não mais podendo extinguí-las em foros domésticos. Aos investidores, haveria, então, a possibilidade de demandar diretamente um Estado soberano em questões de investimento, não carecendo, para tanto, da representação formal do seu Estado de origem (mecanismo Estado-investidor estrangeiro de solução de controvérsia).

A instituição de um sistema internacional de garantias contra riscos políticos e econômicos, com a criação da MIGA, representou, igualmente, uma relativização dos princípios da soberania permanente das nações sobre suas riquezas e recursos naturais, consagrados pela Resolução 1803 da ONU e pelos demais instrumentos emanados desta instituição. O direito de nacionalizar, expropriar ou requisitar bens e empresas estrangeiras em operação em seus territórios sem o devido pagamento de indenizações adequadas foram, aos poucos, caindo em desuso a partir das décadas de 80 e 90. Apesar de constantes desentendimentos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a moldura jurídica dos acordos que foram celebrados a partir dessa época sinalizava para a necessidade de se estabelecer um regramento internacional mais transparente e previsível, em condições de, por um lado, atrair fluxos de investimentos estrangeiros e, por outro, oferecer maior proteção jurídica ao investidor.

A segunda característica importante da evolução do sistema internacional de investimento foi o crescimento substantivo do número de APPIs celebrados a partir da década de 70. Inicialmente acordados somente entre países desenvolvidos, os APPIs evoluíram e passaram a ser celebrados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, ora sob a moldura do modelo OCDE-1959, como já explicado, ora sob as regras mais rígidas preconizadas pelo modelo norte-americano. O crescimento do número de APPIs tinha como objetivo principal dar maior clareza e objetividade às regras internacionais sobre investimento. Os APPIs deram ensejo, ademais, à necessidade de criação de um foro exclusivamente voltado à resolução de controvérsias entre os atores envolvidos, que se materializou, já na década de 60, com a instituição do ICSID.

Apesar de ter vivenciado uma constante evolução, o sistema internacional de investimento não foi capaz de estabelecer um marco multilateral de investimento abrangente e ambicioso. A terceira característica que vale aqui ser mencionada é, pois, o caráter fragmentado e heterogêneo do regramento multilateral sobre investimento, regulado, por um lado, por arranjos multilaterais setoriais e muito específicos (como é o caso da MIGA, das Diretrizes da OCDE ou do ICSID), e, por outro, por acordos fracos e pouco operativos, a exemplo do TRIMs, na OMC.

2.2 – OS INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS

Instrumentos regulatórios, como já explicado anteriormente, são acordos internacionais que visam a estabelecer mecanismos de seleção e regulação dos fluxos de IED que ingressam nos países anfitriões. Esses acordos, muito influenciados, como se verá, pela irrupção de temas que afetavam o fluxo de recursos para os programas desenvolvimentistas em voga

na agenda da ONU na década de 70,⁴⁴ tinham como objetivo principal implementar um conjunto de limitações de natureza jurídica à entrada de IED às economias receptoras com vistas a fazer com que os investidores estrangeiros se conformassem com as políticas de desenvolvimento perseguidas pelos países receptores.

A grande maioria de medidas políticas de regulação foi elaborada por demanda dos PED,⁴⁵ muitas vezes impossibilitados de regular as operações das EMNs em seu nível doméstico. Entre as medidas mais utilizadas pelos países receptores de capital, destacam-se: a) instrumentos de política comercial; b) políticas seletivas de IED; c) exigências de desempenho; d) incentivos a investimentos; e, e) medidas de concorrência.

Entre as medidas de política comercial, encontram-se as não-tarifárias de comércio, destinadas a regular o fluxo de IED tais como as restrições voluntárias de exportação (VERs), as quotas, os *screwdriver regulations*, e as medidas antidumping. As regras de origem são, também, bastante utilizadas com vistas a aumentar o conteúdo doméstico das vendas dos produtos provenientes de EMNs. A UE e os países do NAFTA têm se utilizado bastante das regras de origem para aumentar o conteúdo doméstico de seus produtos, beneficiando-se das exceções existentes na seção XXIV do GATT sobre blocos comerciais regionais. Regras de origem podem ser, pois, interpretadas como um tipo de exigência de desempenho (exigência de conteúdo local).⁴⁶

⁴⁴ Em especial a abundância dos petrodólares nos mercados financeiros internacionais.

⁴⁵ Mas há também numerosos casos em que se registra o apoio de países desenvolvidos a esses instrumentos como forma de protegerem seus interesses domésticos. Há, igualmente, significativo número de casos de pelo menos o registro de formal oposição, por parte de algum país industrializado, à celebração de compromissos internacionais promocionais na área de investimento. Exemplo mais conhecido que pode ser citado é a oposição da França em relação ao estabelecimento do MAI, em 1995, sob o argumento de que tal acordo iria ferir direitos soberanos daquele país sobre o seu setor cultural.

⁴⁶ Vide UNCTAD. *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*. NY, 2003.

O segundo grupo de medidas políticas regulatórias são as políticas seletivas de IED, por meio das quais alguns governos estabelecem regras para a entrada do IED. O meio mais comum para o estabelecimento dessas regras são as listas positivas (nas quais discriminam-se setores domésticos que carecem de IED) e negativas (nas quais discriminam-se setores para os quais a entrada de IED é restringida).

As exigências de desempenho, por seu turno, têm sido o rol de medidas regulatórias mais utilizadas pelos países receptores de IED. Exigências de desempenho são regras impostas aos investidores com o objetivo de fazer com que estes pautem as suas operações nos países anfitriões segundo alguns critérios específicos estipulados pelos governos locais. Tanto países desenvolvidos quanto os PED têm-se utilizado de exigências de desempenho ao longo da história.⁴⁷ Há bastante divergência quanto à justificativa do uso desse instrumento. Em geral, prevalece o objetivo de atrelar o ingresso de IED à geração de algum tipo de externalidade positiva, com destaque para o *technological spillover*. A UNCTAD (2003) elenca nove grandes razões da incidência de exigências de desempenho ao longo da história: a) proteção à indústria doméstica; b) geração de empregos; c) geração e desempenho de exportações; d) equilíbrio na balança comercial; e) promoção de desenvolvimento regional; f) transferência de tecnologia; g) combate a práticas restritivas de negócio; h) geração e distribuição de renda; e, i) outros objetivos não econômicos, como redução da dependência política.⁴⁸

⁴⁷ A utilização de exigências de desempenho por países desenvolvidos e em desenvolvimento tem decaído, segundo a UNCTAD (2003), pelas seguintes razões: a) necessidade de se conformar aos requisitos internacionais; b) participação, cada vez mais crescente, em acordos regionais ou bilaterais, que possuem cláusulas que obrigam a redução ou eliminação de medidas restritivas aos investimentos; c) aumento da competição entre os países por investimentos estrangeiros; d) redução “normal” das restrições ao investimento à medida que os países se desenvolvem e alguns objetivos de desenvolvimento são atingidos; e) ineficiência de algumas medidas restritivas; f) mudança de estratégias por parte dos países receptores, que passam a preferir utilizar outras medidas restritivas que não as exigências de desempenho. Cf. UNCTAD. *op. cit.*, pp. 18-20.

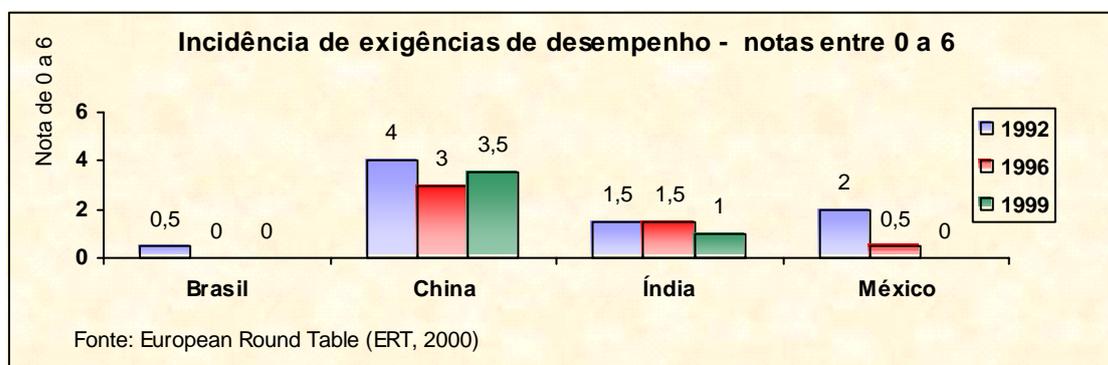
⁴⁸ *Idem, op. cit.*, p. 07.

Entre as exigências de desempenho mais utilizadas, podem ser citadas: a) exigência de conteúdo local; b) exigência de equilíbrio da balança comercial; c) controle de exportação; d) exigência de desempenho nas exportações; e) exigência para o estabelecimento de *joint-venture* com participação doméstica; f) exigência de nível mínimo de participação doméstica; g) exigência de emprego de mão-de-obra local; h) exigência de transferência de tecnologia; i) exigência de desenvolvimento de pesquisas; e, j) exigência de localização da planta em determinadas regiões do país.

Apesar de sua incidência ter decaído significativamente nas últimas duas décadas, os países desenvolvidos têm lançado mão das exigências com vistas a proteger algum setor mais sensível de seu parque industrial, a exemplo dos setores automobilístico (EUA) e cultural (França). Vale mencionar, também, que, embora haja decréscimo da utilização de exigências de desempenho por parte dos países desenvolvidos, um número considerável de instrumentos de política comercial tem sido utilizado pelos mesmos para alcançar objetivos similares. Um exemplo bastante elucidativo é a aplicação, pelos EUA, de restrições voluntárias de exportação (VERs) contra as exportações japonesas de automóveis àquele país em 1981, ou, alternativamente, a utilização, pela UE, de regras de origem, em vários setores, para restringir e/ou limitar o acesso a produtos de membros externos ao bloco.

Nos PED, no entanto, as medidas de exigência de desempenho têm sido utilizadas com maior frequência, apesar de haver um decréscimo nas últimas décadas. Entre as exigências de desempenho mais utilizadas pelos PED são as exigências de compras nacionais, de exportação, de transferência de tecnologias e, em alguns casos, de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Contudo, tendo em vista os efeitos geralmente benéficos do concurso de IED (*technological spillover*, transferência de tecnologia, *know-how* organizacionais, etc.) e a crescente concorrência entre os PED (e, em menor escala, entre os países desenvolvidos) para atração de IED, a utilização das exigências de desempenho, a exemplo dos países desenvolvidos, tem decaído a partir da

década de 90, conforme ilustra o gráfico produzido pela European Round Table que mostra o caso de quatro países: Brasil, China, Índia e México.⁴⁹



Não obstante a relativa queda na incidência de exigências de desempenho pelos PED, como meio de forçar o investidor a se conformar com algumas regras domésticas para geração de uma (desejável) externalidade positiva, estes países parecem ter transferido os seus esforços no sentido de bloquear, ou pelo menos esvaziar, a criação de um possível marco multilateral de investimento abrangente e universal, cujo exemplo mais flagrante é a debilidade do TRIMs, no âmbito da OMC, e o fracasso da criação do MAI, sob os auspícios da OCDE.

O terceiro grupo de medidas políticas regulatórias são os incentivos a investimentos. Com o declínio da prática de imposição cláusulas de exigências de desempenho, alguns países têm recorrido ao uso de incentivos de investimento, que são instrumentos com efeito relativamente menos direto que as exigências de desempenho, pois aqueles consistem na concessão de benefícios fiscais e creditícios com o objetivo de atração de certos tipos de

⁴⁹ Quanto maior a nota, maior a incidência de exigências de desempenho. As exigências de desempenho analisadas pela ERT (2000) referem-se às relacionadas à exportação, ao conteúdo local, equilíbrio da balança comercial, etc.

IED e geração de emprego.⁵⁰ A questão dos incentivos fiscais é tema polêmico, uma vez que o uso dessas medidas tendem a discriminar países ou regiões com menores recursos financeiros para estender a EMNs incentivos fiscais ou creditícios, como muitos PED. Isso tem colocado os países industrializados, nessa questão, em visível vantagem sobre os PED, muito embora o quesito incentivo possa não ser determinante para atração de IED, preferindo o investidor estrangeiro, na maioria das vezes, procurar pela existência de fatores tradicionais (tamanho de mercado, baixo custo de mão-de-obra, etc.) ou não-tradicionais (existência de capacidade de P&D, nível educacional, etc.) que efetivamente possam significar retorno para seus investimentos.

Por fim, o último grupo de medidas políticas são as medidas de concorrência, que podem ser aplicadas por um país anfitrião com vistas a compensar o uso dos diferenciais competitivos que possuem muitas EMNs em favor de empresas domésticas, tanto por medidas fiscais quanto por assistência, por meio de políticas públicas, para geração de marcas e tecnologias próprias.

A razão mais importante da morosidade da evolução do sistema multilateral de investimento é o profícuo desentendimento entre países industrializados e os em desenvolvimento. Por serem os primeiros, em sua grande maioria, exportadores de capital, eles têm pugnado, historicamente, por um conjunto de regras multilaterais que regule os fluxos de IED mais liberalizante, buscando construir um sistema mais transparente e previsível. Os PED, por seu turno, são majoritariamente importadores de capital e, por esse motivo, têm lutado por regras multilaterais mais flexíveis ou mesmo a

⁵⁰ Como é o caso da política de atração da Ford a Portugal em 1991 (criando 1900 empregos diretos e indiretos), da Mercedes-Benz aos EUA (Alabama), em 1996 (criando aproximadamente 1500 postos de trabalho), ou mesmo da Ford ao estado da Bahia, em 2002 (com 8100 empregos diretos gerados). Sobre este último caso, para maiores informações, vide LUKACS, Luciano C. *Evolução do sistema de produção: Ford Amazon na Bahia*. Dissertação de Mestrado apresentado na Faculdade de Administração da UFBA. Salvador, UFBA, 2005.

ausência das mesmas. Os foros comumente utilizados por esses últimos para a reivindicação dos seus interesses têm sido a ONU (sobretudo a partir da década de 70), a UNCTAD e, mais recentemente, a OMC, ao obstar a implementação do TRIMs e a coroação do modelo do GATS como o ideal (por ser mais flexível, como se verá adiante). Há, igualmente, ações importantes também no âmbito da OCDE (com a criação das Diretrizes para EMNs), embora essa esfera não venha sendo muito invocada pelos PED na defesa de seus interesses.

A partir das considerações feitas, é possível agora analisar os principais instrumentos internacionais regulatórios que afetam o sistema internacional de investimento para, posteriormente, deles retirar possíveis conclusões e indicações acerca de tendências visíveis sobre a matéria.

2.2.1 – O Código de Conduta das Empresas Transnacionais da ONU

Como já mencionado, a criação do Código de Conduta das Empresas Transnacionais pela ONU, em 1983, foi fruto de ampla discussão capitaneada pelos PED no contexto de divulgação dos temas da agenda desenvolvimentista das décadas de 60 e 70. As Resoluções 3201 e 3202 da ONU, que criaram, em 1974, a NOEI, lançaram novos questionamentos ao já confuso sistema internacional de investimento. Ensejaram, resumidamente, o princípio da nacionalização e regulamentação do IED nos territórios dos países receptores, sendo que a nacionalização ou expropriação – conforme já havia sido concertado pela Resolução 1803 da ONU, de 1962 – deveriam obedecer ao interesse público, não discriminando entre estrangeiro e nacionais e ser apropriada, o que contrariava os princípios enunciados pela *Fórmula Hull* (indenização pronta, adequada e efetiva). Uma vez que a noção de interesse público é muito vaga e geralmente passível de politização, o ambiente

internacional tornava-se menos seguro e, conseqüentemente menos atraente para os investimentos.

A criação da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada pela Resolução 3281, em 1975, deu à ONU mais um instrumento de controle e regulação dos fluxos de IED, sobretudo pelo dispositivo que estabelecia que “*no state shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment*”.⁵¹ Tais instrumentos constituíram-se em grande fonte de desentendimento entre os países desenvolvidos, exportadores de capital, e os PED, majoritariamente importadores de capital.⁵² O clima de falta de entendimento iria moldar as negociações para a celebração da Minuta do Código de Conduta das Empresas Transnacionais. Nas palavras de Barreto Filho, “(...) a insatisfação dos países desenvolvidos no âmbito da Nova Ordem Econômica Internacional iria marcar o debate sobre o projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais, uma típica discussão Norte-Sul”.⁵³

A Minuta do Código de Conduta das Empresas Transnacionais foi criada em 1983 após longo debate do Grupo de Trabalho instituído em 1977 sob os auspícios da Comissão de Trabalho de Empresas Transnacionais da ONU. Apesar de ter sido elaborado sob demanda dos PED, ao acordo foram também acrescentados, sob demanda dos países desenvolvidos, algumas disciplinas que regulam o tratamento a EMNs pelos países anfitriões. Seja como for, o Código de Conduta tinha como meta tornar-se o instrumento multilateral de investimento mais importante, mas foi-se consolidando, ao longo do processo de negociação, no mais importante instrumento regulatório, pouco contribuindo, pois, para a formação de um ambiente internacional mais claro e estável em investimentos.

⁵¹ UN. *Declaration of the Establishment of a New Economic Order*, G.A. Res. 3201 (S-VI), 6U.N. GAOR Supp. (No. 1), U.N. Doc. A/9559 (1974).

⁵² Seis países se opuseram à criação da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados: EUA, Luxemburgo, Bélgica, Dinamarca, República Federativa Alemã (RFA) e Reino Unido.

⁵³ BARRETO FILHO (1999), p. 62.

Dois eram os objetivos principais do Código de Conduta. O primeiro era o estabelecimento de padrões de conduta e de regulação às EMNs em suas operações no exterior levando em consideração os interesses dos países anfitriões e conformando suas atividades aos objetivos nacionais de desenvolvimento local. O segundo objetivo consistia na tentativa, em menor escala, de se criar regras para proteger os interesses dos investidores, sobretudo nos quesitos tratamento nacional e transparência. Contudo, em que pese a tentativa de se criar, também, um ambiente mais previsível e estável aos fluxos de IED, tal intento não se concretizou com o Código de Conduta, que permaneceu, até o seu fracasso em 1992, excessivamente vinculado aos interesses dos PED, sobretudo nas disciplinas do tratamento nacional e transferência de tecnologia.

Com relação à disciplina do tratamento nacional, pouco se contribuiu para se criar uma esfera mais propícia aos fluxos de IED. Tal normativa tornou-se fonte de profundos desentendimentos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, acelerando o seu malogro. Abaixo, seguem algumas provisões sobre o tema inclusas na Minuta do Código de Conduta. O número de colchetes é indicativo da ausência de concordância:

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 to which the Government 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 agreements 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.]⁵⁴

2.2.2 – Princípios e Regras para Controle de Práticas Restritivas de Negócio (RBPs) das EMNs

Um outro foro bastante utilizado pelos PED, a partir de 1984, para reivindicação de seus interesses foi a UNCTAD. A UNCTAD tem se tornado, nas últimas décadas, importante fonte de princípios, regras, disciplinas e estudos com o objetivo de auxiliar alguns PED a alcançar algumas metas de desenvolvimento. Com relação à área de investimento, dois foram os principais instrumentos que se tornaram bastante importantes: a) os Princípios e Regras para Controle de Práticas Restritivas de Negócio (RBPs) das EMNs; e, b) o Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologia. Enquanto este malogrou durante a fase de negociação, aquele se tornou importante instrumento de regulação e redução de incidência das práticas restritivas de negócio (RBPs).

As RBPs são conhecidas como o diferencial que possuem certas EMNs ao entrarem em determinado mercado receptor novo. Tais vantagens comparativas incluem a propriedade de ativos intangíveis, como o peso internacional das marcas; acesso mais fácil a tecnologias; mão-de-obra qualificada e *know-how* organizacional. Correa e Kumar (2003) afirmam, também, que as RBPs tendem a levar a modalidades de concorrência não precificadas, como campanhas internas de *marketing* e propaganda com vistas a chamar a atenção para as qualidades únicas dos seus produtos, fato que, asseveram os autores, a maioria das empresas locais não têm capacidade de

⁵⁴ UN. *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*. Apud CORREA e KUMAR (2003), pp. 55-6.

competir, podendo levar, em alguns casos, à formação de monopólios ou oligopólios por parte das corporações transnacionais.

Puri e Brusick (1989) dividiram a incidência de RBPs em duas categorias: as horizontais e as verticais. Tal divisão remete à questão da organização das cadeias produtivas e distribuidores do país (fornecedores, indústrias, consumidor final). Quando há tendência à monopolização no mercado em questão, pode haver uso, por parte da empresa dominante, de RBPs verticais, como o controle de preços na compra de insumos, contratos de exclusividade, etc. Alternativamente, quando há tendência à formação de cartéis, há possibilidade de utilização de RBPs horizontais, como a fixação de preço, distribuição de mercados, etc.

Tendo em vista a utilização de RBPs por parte de algumas EMNs, sobretudo quando estas já são internacionalmente consolidadas no mercado, alguns países receptores de IED, especialmente os PED, têm lançado mão de algumas medidas regulatórias para compensar os efeitos por vezes negativos às economias anfitriãs. As medidas utilizadas têm sido as exigências de desempenho, elaboradas, muitas vezes, para corrigir algumas distorções provocadas pela utilização das RBPs, como ilustra a tabela produzida por Puri & Brusick.

RBPs	Conseqüência possível	Exigência de desempenho associada
<i>RBPs horizontais</i>		
Alocação de mercado	Proibição de exportação	Equilíbrio da balança comercial; exigência de exportação.
Boicote	Recusa de fornecimento	Exigência de fabricação local de bens.
<i>RBPs verticais</i>		
Fixação de preços diferenciados	Fixação de preços excessivos para importação	Exigências de conteúdo local
Fixação predatória de preços	Fixação predatória de preços para importação	Exigência de produção (do bem em questão)

Fonte: PURI e BRUSICK (1989)

A preocupação com o recurso às RBPs foi tamanha que os PED demandaram a celebração de um acordo internacional com o objetivo de se coibir tais operações por parte de grandes EMNs, escolhendo, para tanto, o âmbito da UNCTAD. Em 1968, a UNCTAD iniciou trabalho analítico, de caráter intergovernamental, que culminou, após décadas de estudo, na adoção do Princípios e Regras para Conduta de RBPs pelas EMNs em 1980.

O acordo tem como objetivo o estabelecimento de normas voluntárias tanto para as EMNs quanto para os Estados anfitriões no que tange ao controle de RBPs adotadas por aquelas. Apesar de ser uma primeira iniciativa importante no âmbito multilateral sobre o tema, o acordo é tão-somente recomendatório (e não vinculante), não constituindo, portanto, instrumento regulatório com força operacional significativa em escala multilateral.

2.2.3 – O Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologia

O tema da transferência de tecnologia das EMNs para os países anfitriões foi sempre objeto de grande polêmica e discussão no meio internacional. Em relação a esse problema, a UNCTAD tem promovido uma série de estudos com vistas a apontar meios para se desenvolver tecnologia nacional nos países receptores, utilizando, para tanto, disciplinas jurídicas para regular a entrada de IED nas economias anfitriãs segundo seus interesses de política tecnológica.

Após trabalho preparatório, a AGNU decidiu criar, em 1977, o Código de Conduta sobre Transferência de Tecnologia, cujas negociações ficaram sob os auspícios da UNCTAD. O objetivo precípua do Código era reforçar a posição dos PED frente aos interesses dos investidores internacionais, facilitando os mecanismos de transferência de tecnologia entre os dois atores. O Código reconhecia, também, que os Estados anfitriões poderiam empregar meios apropriados para facilitar a transferência de tecnologia, respeitados os princípios da soberania, independência política e igualdade entre os Estados.

Apesar das negociações se estenderem até 1985, não houve consenso entre os países participantes, opondo-se os países industrializados e os PED, estes últimos desejosos que o Código se tornasse universalmente vinculatório. Face às dificuldades de obtenção de consenso sobre os assuntos fundamentais, o Código fracassou por completo em 1985.

2.2.4 – As Diretrizes para Empresas Multinacionais

Após amplos debates internos, o tema do investimento foi, finalmente, contemplado pela OCDE que, em 1975, criou o Comitê de Investimentos Internacionais e Empresas Multinacionais, incumbido de apresentar propostas na área. No ano seguinte, a organização adotaria a Declaração sobre Investimento Internacionais e Empresas Multinacionais, cujo documento mais importante seria o seu Anexo I – as Diretrizes para EMNs.

As Diretrizes incorporavam tanto algumas reivindicações dos PED quanto alguns interesses dos países desenvolvidos, sobretudo a regra do tratamento nacional.⁵⁵ A relevância das Diretrizes está justamente no fato de funcionar como importante repositório de conhecimento, influenciando tanto decisões dos países receptores quanto de EMNs. Importante exemplo desse papel exercido pelas Diretrizes foram as revisões que o acordo sofreu em 1991 e em 2000, passando a cobrir normas sobre boas práticas para as EMNs no que tange à publicidade de informações, emprego e relações industriais, meio ambiente, combate à corrupção, interesses dos consumidores, ciência e tecnologia, concorrência e políticas tributárias.

Apesar de ter relativo peso no cenário internacional, as Diretrizes da OCDE são meramente recomendatórias e geograficamente limitadas aos países signatários do bloco, o que reduz a sua abrangência. Outra fonte de

⁵⁵ O tratamento nacional admitia duas exceções: considerações de ordem pública e de segurança nacional.

relativa debilidade do acordo é o excessivo número de reservas existentes na sua Lista de Medidas de Tratamento Nacional Registrada como Exceções.

2.3 – OS INSTRUMENTOS PROMOCIONAIS

Instrumentos promocionais são acordos internacionais que buscam estabelecer regras mais liberalizantes à entrada dos fluxos de IED aos países receptores com vistas a se criar um ambiente mais estável, previsível e transparente. As iniciativas promocionais tomaram corpo a partir da década de 60, com a criação, na esfera do Banco Mundial, do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimento (ICSID), em 1965, e dos inúmeros APPIs celebrados nessa época. Rivalizam, em certa medida, com os avanços regulatórios emanados da esfera da ONU.

Nas últimas três décadas do século XX, os instrumentos promocionais se multiplicaram rapidamente. No âmbito regional, nasceu o mais estruturado acordo sobre investimento, o NAFTA, cujas disposições têm influenciado vários APPIs e alguns instrumentos multilaterais. É nesta última esfera, por seu turno, que foram acordados alguns arranjos importantes como a MIGA, o TRIMs, o GATS, além da tentativa de estabelecimento do MAI, mas que são tidos como fracos. A seguir serão analisados alguns dos marcos promocionais mais relevantes a esse estudo.

2.3.1 – Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimento (ICSID)

Durante as décadas de 60 e 70, o sistema internacional de investimento passou por fase marcada pela efervescência dos debates sobre os princípios emanados da Resolução 1803 da ONU, que permitia aos Estados, sem uma compensação definida, promover nacionalizações e/ou expropriações de empresas estrangeiras em seus territórios. Nesse contexto, o Banco Mundial

tomou a iniciativa para criar, em seu âmbito, instância jurídica destinada exclusivamente à resolução de controvérsias relativas a investimento.⁵⁶

Em 1964, após extensas negociações, o Banco Mundial estabeleceu a Convenção sobre Resolução de Controvérsias Relativas a Investimento entre Estados Nacionais e Nacionais de Outros Estados, que ficou conhecida como Convenção de Washington. A convenção tinha por objetivo oferecer, como já foi dito anteriormente, a possibilidade de um investidor estrangeiro demandar diretamente contra um Estado (mecanismo investidor – Estado estrangeiro), obrigando este último a submeter-se à arbitragem internacional. A Convenção de Washington criaria, em 1965, o ICSID, que passaria a integrar a estrutura geral do Banco Mundial. O objetivo central do ICSID é “proporcionar alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre empresas privadas e Estado”.⁵⁷ Vale mencionar que o ICSID não é órgão que procede à solução de controvérsia entre os litigantes, mas tão-somente administra os procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na Convenção de Washington.

Do ponto de vista de sua competência *ratione voluntatis*, o ICSID é baseado no consentimento das partes litigantes: os Estados participantes possuem total liberdade para optar pela utilização ou não do mecanismo arbitral do Centro. Contudo, uma vez expresso o consentimento por ambas as partes envolvidas, nenhum outro foro pode ser acionado.⁵⁸ Na competência *ratione materiae*, o ICSID é o único órgão internacional universalmente criado para dirimir conflitos exclusivamente relacionados a investimentos, o que

⁵⁶ Malgrado existirem cláusulas de arbitragem na maioria dos APPPIs, não havia um sistema de garantia de que os Estados receptores de investimento aceitariam o laudo arbitral decorrente.

⁵⁷ PEREIRA, Celso de Tarso. “O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimento CIRCI-ICSID”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. Outubro – Dezembro 1998, Ano 35, N. 140, p. 87.

⁵⁸ A teor do artigo 26 da Convenção de Washington.

significa que quaisquer litígios de outra natureza (comercial ou econômica, por exemplo) que a ele forem trazidos ficam automaticamente excluídos.⁵⁹

A grande inovação do Centro refere-se à sua competência *ratione personae*. Segundo o artigo 25 da Convenção de Washington, é competência do ICSID quando são partes da controvérsia: a) os Estados signatários; e, b) os nacionais dos Estados signatários, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas com nacionalidade nos Estados signatários. O ICSID somente julga, portanto, controvérsias relativas a investimento entre um investidor estrangeiro e um Estado (não há possibilidade de exame de matérias somente entre Estados ou somente entre particulares).⁶⁰

O ICSID possui três procedimentos de solução de controvérsias: a) a conciliação; b) a arbitragem; e, c) o Mecanismo Complementar. Este último pode ser utilizado quando uma das partes não é Estado contratante da Convenção de Washington ou particular de nacionalidade de um Estado contratante não membro da mesma. Pode, ainda, ser acionado se o tema em discussão não for de investimento ou mesmo somente para fins de averiguação, esclarecimento ou comprovação dos fatos. O laudo arbitral proferido pelo tribunal arbitral do ICSID é definitivo e obrigatório, não cabendo recurso de apelação. Caso não haja cumprimento do laudo pelo Estado contratante, o artigo 27 da Convenção dispõe sobre o uso da proteção diplomática por parte do Estado de origem do investidor ou, segundo o artigo 64, o recurso à Corte Internacional de Justiça (CIJ).

O ICSID possui papel de extrema relevância para a evolução do sistema multilateral de investimento. É por meio dele que se criou uma

⁵⁹ Há controvérsias pelo fato de que a Convenção de Washington não ter definido o que seria as controvérsias relativas a investimento. Em vista disso, a Convenção de Washington estabelece que o Centro só poderá acolher uma determinada controvérsia se houver uma formalização pelas partes, no instrumento de consentimento, de que a mesma constitui questão de investimento.

⁶⁰ O primeiro caso julgado pelo ICSID deu-se em 1972, envolvendo o governo de Marrocos e a rede de hotéis norte-americana *Holiday Inns* sobre o cumprimento de contrato de *joint venture* celebrado entre as duas partes. O litígio foi solucionado em 1978 com acordo entre as partes, após longas discussões no âmbito do ICSID.

instância que veio dar aos investidores mais segurança e estabilidade, muito contribuindo para o abandono do princípio da indenização “apropriada”, consagrada pela Resolução 1803 da ONU, em voga durante as décadas de 60 e 70 do século passado, e atualizando o princípio da *Fórmula Hull*.

Com a crescente aceitação do ICSID como foro legítimo de resolução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados por parte dos APPIs que, a partir da década de 1960, contavam cada vez mais com cláusulas arbitrais inseridas em seus conteúdos, o ICSID passou a exercer papel de importante fonte de jurisprudência internacional na área, o que significou o ocaso dos princípios da Doutrina Calvo, ainda muito utilizada pelos países latino-americanos.⁶¹ O excessivo número de cláusulas arbitrais nos APPIs representa enormes desafios ao ICSID, obrigando-o a tratar, cada vez mais, de questões complexas que envolvem ramificações com outras áreas, como meio ambiente, direitos trabalhistas, etc., ou que lidam com decisões tomadas em níveis sub-estatais (estados, municípios, etc.).

Um último tipo de problema enfrentado pelo ICSID diz respeito à ausência no Centro de dispositivos que estabeleçam conexão entre causas, o que pode causar problemas se o ICSID “por exemplo, (...) receber diversos pedidos de instituição de arbitragens contra o mesmo Estado contratante, oriundos de uma mesma medida ou uma série de medidas por este tomadas”.⁶² Tal parece ser o caso da Argentina, que responde, no ICSID, por vários tribunais arbitrais em decorrência das medidas tomadas durante a sua crise econômico-financeira de 2001.

⁶¹ O Brasil, seguindo a sua tradição de apego à Doutrina Calvo, não assinou a Convenção de Washington por alegar que a mesma feria princípios constitucionais, pois entendia que não caberia uma controvérsia entre investidores estrangeiros e o Estado brasileiro ser dirimida por um mecanismo de arbitragem. Segundo o entendimento brasileiro, somente o Poder Judiciário nacional seria capaz de fazê-lo.

⁶² MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. “Centro de Solução de Controvérsias sobre Investimento (ICSID)”. In BARRAL, W. (org.). *Tribunal Internacional: Mecanismo Contemporâneo de Solução de Controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 131.

2.3.2 – A agência MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency)

A agência MIGA foi criada em 1988 sob os auspícios do Banco Mundial após vários anos de discussão no âmbito das várias instâncias dessa mesma instituição. Seu objetivo é buscar indenizar investimentos estrangeiros na hipótese de perdas derivadas de medidas tomadas por países anfitriões notadamente expropriações, nacionalizações, bloqueio de transferência de lucros, quebra de contrato, comoção social, revolução, insurreição e guerra.

A partir de 1991, foi desenvolvido, pela MIGA, um conjunto de diretrizes (*guidelines*) que pudesse influenciar o desenvolvimento do direito internacional na área de investimento. As Diretrizes da MIGA, prontas em 1992, constituíram-se conjunto de princípios recomendatórios de natureza promocional, muito contribuindo para a evolução do sistema multilateral de investimento.

A Diretriz III, que estabelece o tratamento nacional, recomendava que todo Estado receptor de IED deveria conceder tratamento justo e equitativo aos investimentos estrangeiros estabelecidos em seu território:

With respect to the protection and security of their person, property rights 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 favourable 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").⁶³

Pelo teor do parágrafo 6 da Diretriz III, o Estado receptor deveria, igualmente, permitir livres remessas periódicas provenientes de IED, especificamente no tocante a: a) “parte razoável dos salários e outras remunerações de pessoal estrangeiro; b) liquidação desses investimentos ou

⁶³ MIGA. Site: www.miga.org. Acesso em 02/02/2006

término antecipado do emprego; c) rendimentos líquidos percebidos pelo investidor; e, d) 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; e) 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 relativo a desapropriações e liquidações decididas em processo de solução pacífica de litígios”.⁶⁴

As Diretrizes da MIGA proibiam, ainda, o uso de incentivos fiscais a investimentos e facultava ao Estado receptor a adoção de medidas para coibir a ação de RBPs. Parte considerável dos trabalhos da MIGA foi executado no formato de consultorias a países receptores de IED desejosos de procederem a uma revisão de sua legislação interna com vistas a torná-la mais atrativa e transparente aos investidores, auxiliando-os, inclusive, na celebração de APPIs que contivessem cláusulas de arbitragem (para o ICSID).

Em suma, o papel da MIGA é bastante relevante para o desenvolvimento do sistema multilateral de investimento, tendo as suas Diretrizes, segundo Barreto Filho (1999), evoluído conceitualmente em relação aos demais instrumentos promocionais (sobretudo devido ao aparecimento da regulamentação de remessas por parte de investidores estrangeiros). Contudo, a MIGA, por ser muito específica, ou seja, legislar sobre um aspecto técnico e pontual (mas não menos importante) do sistema multilateral de investimento – o seguro ao investidor – não pode ser considerada um marco multilateral abrangente.

⁶⁴ BARRETO FILHO, F. P. de M., *op. cit.*, p. 73.

2.3.3 – A normativa da OMC: o Trade-Related Investment Measures (TRIMs) e o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS)

2.3.3.1) O TRIMs

Na esfera do GATT, o tema investimento nasceu já na Rodada Tóquio, entre 1973 e 1979, sob a demanda de alguns países desenvolvidos, sobretudo os EUA, que pressionavam para que algumas medidas de exigência de desempenho fossem proibidas. Em 1982, foi instalado um painel no GATT sobre medidas tomadas pelo governo do Canadá restringindo a livre entrada de capitais norte-americanos no país. O *Foreign Investment Review Act (FIRA) Panel*, como ficou conhecido, apesar de ter recebido críticas que defendiam que o GATT não tinha competência para tal, considerou irregulares as aplicações canadenses que estivessem em desacordo com os artigos III:4 (tratamento nacional) e XV:1 (subsídios) do GATT. O FIRA Panel deu motivos para os governos dos EUA, CEE e Japão procedessem a uma maior regulamentação do tema na esfera do GATT.

Durante a Rodada Uruguai, o tema foi posto na agenda de negociações, o que gerou uma polarização de interesses: por um lado, os países desenvolvidos pugnavam pelo estabelecimento de regras que coibissem as barreiras aos fluxos de investimento no âmbito do GATT, por outro, alguns PED defendiam que as regras do GATT já abordavam o tema, não carecendo, portanto, de um novo acordo específico para tal.⁶⁵ Ademais, alegavam estes que deveria haver comprovação empírica donexo causal entre a utilização de medidas de investimento e a distorção causada ao fluxo de comércio e que, uma vez demonstrada, dever-se-ia estudar o assunto de modo particular e específico, propondo soluções para corrigir seus efeitos nocivos. Os EUA, em

⁶⁵ Entre os PED, incluem as requisições da Malásia (MTN.GNG/NG12/W/13), Singapura (MTN.GNG/NG12/W/17), Índia (MTN.GNG/NG12/W/18), México (MTN.GNG/NG12/W/19) e requisição conjunta da Argentina, Brasil, Camarões, Índia, Colômbia, Cuba, Egito, China, Tanzânia, ex-Iugoslávia (MTN.GNG/NG12/W/25).

geral, defenderam que o novo diploma sobre comércio e investimento deveria cobrir pelo menos oito itens, proibindo as medidas que incluíssem as seguintes exigências de desempenho: “(a) componente nacional; b) desempenho das exportações; c) produção local; d) equilíbrio da balança comercial; e) destinação de produção; f) restrições a remessas de divisas; g) transferência de tecnologia obrigatória; e, h) limites na participação do capital e nas remessas”.⁶⁶

O acordo final saiu por meio da mediação do Diretor-Geral do GATT à época, Arthur Dunkel, que estabeleceu o acordo TRIMs, em 1995, já no âmbito da OMC. O TRIMs proíbe, por meio de sua Lista Ilustrativa constante em seu Anexo, exigências de desempenho que violem os artigos III:4 (tratamento nacional) e XI:1 (eliminação das restrições quantitativas) do GATT 1994. Com relação ao artigo III:4, o TRIMs proíbe cláusulas de desempenho que exijam: a) compra ou uso de produtos nacionais (exigência de componente nacional); e, b) limitem o uso de produtos importados à quantidade de produtos exportados medidos em volume ou valor (equilíbrio da balança comercial). As exigências inconsistentes com o artigo XI:1 são aquelas que restrinjam: a) a importação de produtos a uma quantidade correspondente à quantidade de produtos exportados (equilíbrio da balança comercial); b) a importação de produtos por meio da limitação do acesso da empresa a divisas até o montante de divisas ingressas (restrição quantitativa); e, c) a exportação de produtos nacionais especificados em termos de volume ou valor (exigências de vendas domésticas).

Como se vê, o TRIMs nasceu antes de solução de compromisso adotado pelo Diretor-Geral do GATT na Rodada Uruguai a partir de um desejo claro de produzir um documento abrangente e universal. Nesse sentido, pode-se afirmar que o TRIMs é um acordo fraco e pouco operativo. Quatro são os motivos para compreendê-lo como tal: a) ele não estabelece o que é, efetivamente, uma medida de investimento relacionada ao comércio,

⁶⁶ BARRETO FILHO, F. P. de M., *op. cit.*, p. 103.

mas somente ilustra, por meio de seu Anexo, exemplos em que tais medidas estariam em desacordo com o Acordo Geral (como visto, em desacordo com os princípios do tratamento nacional e eliminação das restrições quantitativas); b) ele não define se as medidas de investimento elencadas no seu Anexo Ilustrativo são proibidas em si ou se as mesmas serão objeto de análise posterior pelo Comitê⁶⁷ caso a caso; c) ele não impede um membro de estabelecer uma exigência de desempenho que não tenha sido mencionada no TRIMs, como, por exemplo, exigência de transferência de tecnologia, emprego de mão-de-obra local, localização de planta em determinada região do território do país receptor, pesquisa e desenvolvimento (P&D), etc.; e, d) ele contém algumas assimetrias, como o não tratamento de regras de origem e a ausência de disciplina sobre incentivos a investimentos⁶⁸. Como afirma Robert (2001):

A comprehensive agreement would also include provisions on performance requirements and may cover investment incentives. There has been intense competition among developed and developing countries in trying to attract FDI by using investment incentives. Central and sub-national states (that is, provinces and states) in developed countries make great use of these instruments. Investment incentives – be they fiscal, financial, or of other types – often play a significant role in influencing the location of some specific investments. They may also lead countries to embark on costly “grant shopping”, resulting in discrimination and distortion in the allocation of production and resources, essentially in rent-seeking behavior by investors. Countries with fewer resources may find it difficult to compete on a level playing field with other states using such instruments. Countries with federal structures have traditionally been very hesitant to tackle this issue in international negotiations. They often feel they cannot or should not bind their sub-national states. Provisions on investment incentives could address issues related to their scope, codification, the prohibition of some types of incentives, and the principles of transparency and non-discrimination (national treatment and MFN treatment).⁶⁹

⁶⁷ O Comitê do TRIMs foi criado para propiciar aos membros consulta relacionada à operação e à implementação do acordo.

⁶⁸ Segundo Correa e Kumar (2003), “the empirical evidence has shown that these incentives tend to distort the investment patterns much in the same way as export subsidies do patterns of trade. Industrialized countries have largely indulged in the incentive wars to attract foreign investments to particular locations and have been offering substantial subsidies to MNEs to attract investments. Because developing countries lack the capacity to provide matching subsidies, investment incentives do tend to distort the normal pattern of location of investments in favour of industrialized countries.” In CORREA e KUMAR, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁹ ROBERT (2001:15).

Tendo em vista a débil operacionalidade do TRIMs, alguns países, mormente os EUA e o Japão, tentaram estabelecer, no âmbito da OMC, um marco multilateral sobre investimento mais abrangente do que o TRIMs. A iniciativa inspirou-se no *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), gestado sob os auspícios da OCDE em 1995, tentativa malograda de se criar um marco multilateral mais claro e abrangente no âmbito da OMC sobre regras de investimento transnacionais.⁷⁰ À conta da resistência de alguns PED de significativa importância (como o Brasil e a Índia), no entanto, tal iniciativa não logrou obter mandato negociador sobre o tema, mas rendeu, em 1996, o estabelecimento de um Grupo de Trabalho sobre o Relacionamento entre Comércio e Investimento (GTCI), com papel analítico e exploratório⁷¹. A Declaração Ministerial de Doha, em 2001, assevera, por seu turno, que o início das negociações sobre o tema se dará somente após a V Conferência Ministerial da OMC, caso haja consenso explícito. Com o fracasso da Conferência Ministerial de Cancún, em 2003, o tema deixou de ser contemplado no Programa de Trabalho de Doha, em julho de 2004, persistindo, portanto, a situação de impasse.

2.3.3.2) O GATS

O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), por seu turno, também pode ser considerado instrumento que trata do tema de investimento, embora o faça sobre o prisma do comércio de serviços. Formalmente criado em 1995, no âmbito da nascente OMC, o GATS regula a presença de

⁷⁰ O MAI falhou devido à oposição francesa em salvaguardar o seu setor cultural. A iniciativa do MAI contou com a oposição, também, de um número significativo de PED, que, apesar de não terem participado formalmente da discussão da Minuta do MAI (por não serem signatários da OCDE, à exceção do México e da Turquia) consideraram-no, como modelo multilateral de tratado sobre investimento (aberto a todos os países), excessivamente liberalizante, pois albergava os princípios do tratamento nacional e da cláusula da nação mais favorecida a investidores estrangeiros.

⁷¹ As atividades do GTCI concentram-se nas áreas: a) escopo e definição; b) transparência; c) não-discriminação; d) modalidade GATS (lista positiva); e) dispositivos sobre desenvolvimento; g) exceções e salvaguardas; h) solução de controvérsias.

investidores (prestação de serviços) estrangeiros instalados em território de outros países (membros da OMC) por meio do Modo 3, ou Presença Comercial.⁷²

Em seu artigo XVI, o Acordo estabelece as medidas que os membros não podem adotar. Entre estas, encontram-se as seguintes: a) limitações ao número de prestadores; b) limitações ao valor total dos serviços; c) limitações ao número de operações ou quantidade de serviços; d) limitações ao número de pessoas físicas empregadas nos serviços; e) restrições a tipos específicos de pessoas jurídicas (ou *joint-ventures*); e f) limitações quanto à participação de capital estrangeiro em termos de limite percentual máximo ou ao valor de investimento estrangeiro.

O GATS possui, ainda, regulamentações sobre os princípios da nação mais favorecida (artigo II), transparência (artigo III) e tratamento nacional (artigo XVII). Por essas especificidades, alguns autores, como Barreto Filho (1999), concluem que o GATS parece ter compensado a fraqueza conceitual do TRIMs, pelo menos no que se refere a serviços, pois aquele “liberaliza setor altamente protegido, no qual são maiores as vantagens comparativas dos países desenvolvidos”⁷³.

Apesar de ter alcançado melhores resultados que o TRIMs, o GATS não pode ser classificado como um acordo liberal e abrangente, pois, além de regular investimento apenas no que tange ao setor de serviços, o GATS possui uma série de disciplinas que flexibilizam, se não esvaziam, o objetivo geral do Acordo, vale dizer, a promoção de um ambiente mais estável e previsível aos investidores. Entre as prerrogativas regulatórias do GATS, podem-se citar o artigo VI (Regulação Doméstica), que faculta aos países receptores de investimento adotar medidas variadas que se enquadrariam como regulamentação doméstica, conferindo a estes, portanto, grande margem de

⁷² O artigo I do GATS estabelece 4 modos pelos quais a prestação de serviço é executada: a) o comércio transfronteiriço ou Modo 1; b) o consumo no exterior, ou Modo 2; c) a presença comercial ou Modo 3; e, d) o movimento temporário de pessoas físicas, ou Modo 4.

⁷³ BARRETO FILHO, *op. cit.*, p. 109.

autonomia regulatória. Vale mencionar, por fim, que o GATS proíbe o princípio do “pré-estabelecimento” (pela redação das disciplinas do tratamento nacional e da cláusula da nação mais favorecida), ou seja, todo investidor só poderá gozar dessas prerrogativas após a realização do investimento no país receptor.

Em suma, podemos dizer que o GATS contribuiu bastante para a formação de um sistema multilateral de investimento, ultrapassando, como visto, o escopo normativo do TRIMs, considerado fraco e pouco operativo. No entanto, o GATS, por ser muito específico e pouco abrangente, não pode ser entendido como um marco multilateral robusto na área. Uma alternativa forte, porém regional, iria imprimir, à época do TRIMs e do GATS, mais dinamismo à percepção dos atores envolvidos. Trata-se do NAFTA e é o que se apresenta a seguir.

2.3.4 – As regras do NAFTA

A entrada em vigor do *North Atlantic Free Trade Área* (NAFTA) em 1994, apesar de ser um arranjo regional, muito influenciou a evolução de um sistema multilateral de investimento. A normativa do NAFTA avançou conceitualmente em relação aos demais instrumentos internacionais sobre investimento, sobretudo os multilaterais, ao apresentar disciplinas mais abrangentes sobre investimento.

O capítulo XI do NAFTA, que trata de investimento, é o que mais apresentou avanços e inovações em relação aos demais acordos sobre investimento, tornado-se, também, o mais polêmico. Dividido nas seções A (Investimentos), B (Soluções de Controvérsias entre uma Parte e um Investidor de outra Parte) e C (Definições), o capítulo XI regula, com mais abrangência, regras e obrigações que cada parte contratante deve observar em relação a investimento, bem como disciplinar procedimentos que cada Parte

deverá seguir em caso de controvérsia. Há, também, definições mais precisas e objetivas acerca dos termos utilizados no capítulo em tela (seção C).

A seção A do NAFTA, composta de treze artigos, estabelece os princípios referentes ao tratamento nacional, ao tratamento da nação mais favorecida, ao padrão de tratamento e ao padrão mínimo de tratamento. Com relação à regra do tratamento nacional, diz o artigo 1102 do capítulo XI que “cada Parte concederá a investidores de outra Parte tratamento não menos favorável que é concedido, nas mesmas circunstâncias, a seus investidores nacionais no que respeita o estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação e venda ou qualquer outra disposição de investimento.”⁷⁴.

Percebe-se que a disciplina do tratamento nacional foi mais além do que as contidas no TRIMs, que nada estabelece e relação às regras do tratamento nacional específicas de investimento (somente elenca exemplos de exigências de desempenho que estaria em desacordo com o artigo III:4 do GATT 1994) e nas Diretrizes da MIGA. Vale recordar que a Diretriz III da MIGA, que regula o tratamento nacional, legisla sobre o tema no que toca o “estabelecimento, operação, administração, controle e exercício de direitos” em investimento. O capítulo XI do NAFTA inclui, também, as disciplinas de “expansão, aquisição, condução e venda”, alargando o escopo do tema.

Outra importante inovação que a normativa do NAFTA trouxe diz respeito à regra do Padrão Mínimo de Tratamento (artigo 1105), estabelecendo que “cada Estado contratante deverá outorgar aos investimentos dos investidores de outra Parte contratante tratamento de acordo com o direito internacional, incluindo tratamento justo e igualitário, bem como a proteção e segurança integrais”.⁷⁵ O que se pretendeu aqui é contemplar o princípio do *minimum international standard*, que exorta os Estados

⁷⁴ North America Free Trade Area Treaty. Site oficial: www.nafta-sec-alena.org. Acesso em 02/02/2006. Tradução livre do autor.

⁷⁵ Idem, *op. cit.*. Tradução livre do autor.

a adequarem as suas legislações domésticas aos padrões internacionais mínimos aplicáveis aos investimentos internacionais.

O NAFTA, em seu artigo 1103, dispõe sobre o tratamento da nação mais favorecida, que obriga as partes contratantes do acordo a outorgar os mesmos benefícios a terceiros (ou a outros Estados contratantes do NAFTA) que foram concedidos a quaisquer outros países (Partes ou não do bloco) no que se refere “ao estabelecimento, expansão, aquisição, administração, condução, operação, venda ou outra modalidade de investimento”.⁷⁶ O artigo 1104, que regula o Padrão de Tratamento, inova mais uma vez, ao disciplinar que as regras do tratamento nacional e da nação mais favorecida (artigos 1102 e 1103) devem ser aplicados com “o melhor dos tratamentos requeridos”,⁷⁷ ou seja, o Estado anfitrião é obrigado a se conformar com as regras dos dois artigos supracitados segundo o melhor do tratamento aplicado por sua legislação doméstica.

Com relação às restrições às exigências de desempenho, o artigo 1106 do NAFTA estabelece que as Partes ficam proibidas de impor aos investidores (ou investimentos) de outras Partes as seguintes exigências: a) desempenho de exportações; b) aquisição de componente nacional; c) compra, uso ou concessão de preferências para bens produzidos (ou serviços fornecidos) no seu território; d) relacionamento do volume ou valor das importações ao volume ou valor das exportações; e) restrição de vendas de bens ou serviços resultantes do investimento ao seu território nacional; f) transferência de tecnologia; e, g) atuação como fornecedor exclusivo de bens ou de serviços. É interessante notar que o NAFTA, em relação a proibições de exigência de desempenho, é muito mais abrangente que o TRIMs e tem servido, em negociações tanto bilaterais quanto multilaterais, de importante modelo de contrato a ser seguido.

⁷⁶ Idem, *op. cit.*, Tradução livre do autor.

⁷⁷ Idem, *op. cit.*, Tradução livre do autor.

Um ponto que tem rendido muita polêmica em relação ao NAFTA é a leitura que pode ser feita dos compromissos do tratamento nacional e da nação mais favorecida com a definição do investidor (Definições, na seção C). Por meio deles, pode-se perceber que o investidor é também “uma Parte ou empresa da mesma (...) que pretenda realizar, realiza ou realizou um investimento”⁷⁸. O trecho “que pretenda realizar” significa, para muitos especialistas, que o NAFTA, diferentemente da normativa da OMC, contempla o direito ao “pré-estabelecimento”, disciplina que inova mais uma vez em relação ao rol dos tratados internacionais sobre investimento.

Por fim, o regime do NAFTA contém, ainda, regra sobre expropriação e indenização. O artigo 1110 proíbe a nacionalização, bem como a expropriação direta ou indireta de um investimento oriundo de investidor de membro do bloco. A inovação do NAFTA mais uma vez veio com a inclusão do conceito de expropriação indireta, que, apesar de não implicar a expropriação física (direta) do investimento, pode resultar em perda de controle por parte do investidor por medidas indiretas tomadas pelo Estado receptor.⁷⁹ Essa interdependência do NAFTA acabou por fortalecer a *Fórmula Hull*, de 1938.

2.3.5 O MAI (Multilateral Agreement on Investment)

Tendo em vista as limitações existentes no TRIMs, alguns países iniciaram, em 1995, movimento para criação de um marco multilateral de investimento mais abrangente e universal fora do âmbito da OMC. Tal marco,

⁷⁸ Idem, *op. cit.*, Seção “C”. Tradução livre do autor.

⁷⁹ O Caso Metalclad Corporation, empresa norte-americana que recorreu à arbitragem no âmbito do NAFTA, é significativo. Em 1993, após ganhar concessão para construir aterro para lixo tóxico no Estado de San Luís de Potosí, México, o governo deste Estado expediu decreto ecológico que impediu, em definitivo, a construção de tal aterro. Ainda que não tenha havido expropriação direta, as medidas tomadas pelas autoridades mexicanas se assemelham a tal, levando a Metalclad ao tribunal arbitral do NAFTA. Este decidiu que a Metalclad deveria ser indenizada por tal medida (total de US\$ 16,7 milhões), muito embora reconheceu que a autoridade mexicana tinha direito de legislar da maneira que o fez.

uma vez em vigor, iria servir como modelo aos demais instrumentos bilaterais e multilaterais, podendo, inclusive, substituir o TRIMs na OMC. A Minuta do *Multilateral Agreement on Investment* (MAI) começou a ser discutida naquele ano sob os auspícios da OCDE. Contudo, devido a inúmeros desentendimentos entre países desenvolvidos e PED e mesmo entre os próprios países desse último grupo, as discussões para a criação do MAI foram definitivamente abandonadas em 1998. Talvez o caso mais expressivo dessa dificuldade na obtenção de consenso sobre o MAI foi a oposição da França, que alegava incompatibilidade do texto da Minuta com alguns setores domésticos, mormente o cultural. Considerando que se trata da iniciativa promocional mais abrangente da área, na esfera multilateral, é importante analisar as suas principais disciplinas que, para muitos autores, deverá servir como referência em futuras negociações de marcos multilaterais.

A Minuta do MAI estabelece um acordo cujo objetivo principal seria criar uma esfera mais transparente, estável e previsível para investidores internacionais. Uma primeira inovação do MAI interessante de ser mencionada é que sua definição de investimento, que é mais ampla que a existente nos demais instrumentos (com exceção do NAFTA), pois abrange não só IED, mas também propriedades móveis e imóveis das empresas, direitos contratuais, direitos de propriedade intelectual, concessões, licenças e investimento em portfólio. O texto do MAI inclui, ainda, todos os setores da economia, como agricultura, recursos naturais, setor industrial e serviços.

A Minuta do MAI avança ainda mais em relação ao NAFTA, no que tange à aplicação dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida. Enquanto o NAFTA apenas tacitamente possibilitava o uso do direito do “pré-estabelecimento”, o texto do MAI exterioriza formalmente esse direito, tolhendo a ação dos Estados receptores de aplicar medidas

regulatórias ou condicionantes à entrada de investimento de uma maneira menos favorável que as aplicadas aos investidores nacionais.⁸⁰

Uma outra característica do MAI é a presença de “lista negativa”, em contraste com a existência de “lista positiva” do GATS. Ao contrário dessa última, a “lista negativa” estabelece que somente os setores da economia que se encontrem explicitamente mencionados na “lista” podem ser isentos das disciplinas das obrigações do Tratado, como o tratamento nacional. Segundo Correa e Kumar (2003), isso retiraria a flexibilidade dos países participantes em ofertar os setores que os mesmos desejem liberalizar e atrair investimentos.

A Minuta do MAI proíbe a adoção de exigências de desempenho relacionadas ao estabelecimento, aquisição, expansão ou disposição de um investimento que estabeleçam condições: a) de exportação de percentual de bens ou serviços; b) de componente doméstico; c) de compras de produtos manufaturados localmente; d) que relacionem o volume ou valor das importações ao volume ou valor das exportações; e) de transferência de tecnologia; f) de localização de planta no território do país receptor; g) de pesquisa e desenvolvimento (P&D); h) de emprego de mão-de-obra local; e, i) de estabelecimento de níveis mínimos ou máximos de participação local.

Apesar de estabelecer lista relativamente abrangente de proibições de exigência de desempenho, a Minuta do MAI prevê importantes exceções (que poderiam ser utilizadas pelos PED) em caso de existência de políticas de promoção de: a) exportações; b) programas de assistências internacionais; c) produção, processamento e comercialização de bens agrícolas; e, d) vantagens relativas ao comércio de serviços. Ademais, o MAI não substitui as obrigações e prerrogativas assumidas pelos países no âmbito da OMC, o que dá

⁸⁰ Algumas dessas medidas incluem: a) restrições com relação ao tipo de investimento a ser realizado (como, por exemplo, bens imóveis); b) exigência de participação mínima de investidores locais na composição societária da empresa estrangeira que queira entrar no país receptor; c) exigência específica com relação às operações futuras da empresa estrangeira, como, por exemplo, exigência de emprego de pessoal local, utilização de matéria prima local, proteção ambiental, etc.

significativa margem de manobra aos PED para utilização de políticas regulatórias, se estas estiverem em conformidade com as regras da OMC. Por fim, vale ressaltar que a lista de proibições de exigência de desempenho da Minuta do MAI seria fechada (*numerus clausus*), o que equivale dizer que a aplicação de quaisquer outras exigências de desempenho não contempladas no texto do MAI, caso não forem discriminatórias, não é proibida.

Uma outra disciplina importante regulada pelo texto do MAI é a proteção ao investimento, que engloba regras sobre expropriação, obrigação de indenização, proteção contra greves, livre transferência de divisas, e sub-rogação. Em relação à questão da expropriação e indenização, o MAI consagra o princípio da indenização “pronta, adequada e efetiva” da *Fórmula Hull*, sobre quaisquer investimentos protegidos. Eventuais controvérsias que poderiam daí emergir deveriam ser solucionadas de duas maneiras: a) se o litígio for entre Estados, o mesmo pode ser resolvido ou por consultas ou por tribunal arbitral administrado pelo ICSID; b) se a controvérsia se der entre investidor estrangeiro e um Estado, o mesmo deve ser submetido a um órgão competente da Parte contratante ou seguiria seu rito segundo as disciplinas do MAI, caso o lesado tenha sido o investidor; ou seria encaminhado para tribunal arbitral do ICSID, da UNCITRAL ou à Corte de Arbitragem da Câmara Internacional do Comércio, caso o lesado tenha sido um Estado.

Os meios de proteção ao investimento parecem ser instrumentos importantes sobretudo a PED que possuam instituições mais fracas ou instabilidade política e econômica na medida em que os mesmos propiciam a “importação”, por esses países, de condições capazes de aumentar o nível de segurança, credibilidade, transparência e estabilidade com relação à atração de IED.⁸¹ A existência de um ambiente nacional marcado por incerteza e ruídos (muito comuns em países de menores rendas) pode resultar, também, em

⁸¹ Segundo FITZGERALD et al. (1998), a adesão aos mecanismos de proteção ao investimento pode fornecer a países com dificuldades de atrair IED importante instrumental de “boas práticas”, aumentando suas capacidades domésticas institucionais e disciplinas. Cf. FITZGERALD, E. V. K. et alii. *The Development Implications of the MAI*. OCDE. Finance and Trade Policy Research Centre, 1998.

efeito de deslocamento (*crowding-out*) do investimento doméstico pela entrada de IED, uma vez que aquele não possui mecanismos de proteção.

Em suma, o MAI, se tivesse entrado em vigor, representaria o marco multilateral de investimento mais abrangente da área. As suas disciplinas, contudo, servem hoje como importante subsídio para futuras negociações em esferas multilaterais, que permanece regida tanto por acordos setoriais e específicos (como o ICSID, as Diretrizes da OCDE, as Diretrizes da MIGA, o GATS, etc.) quanto pela fraqueza institucional do TRIMs.

2.4 – CONCLUSÕES PRELIMINARES

Após uma revisão dos principais arranjos internacionais que orientam os fluxos de investimento, é necessário deles retirar algumas conclusões preliminares. A primeira conclusão importante diz respeito ao papel exercido pelo Banco Mundial. O Banco Mundial tem sido, na instância multilateral, o agente que trabalhou mais significativamente para a construção de um verdadeiro sistema multilateral de investimento transparente e seguro. A transparência tem sido garantida pela normativa emanada das Diretrizes da MIGA, como o princípio do tratamento nacional, e que muito evoluiu juntamente com textos existentes em diversos APPIs e a partir de disciplinas emanadas da ONU e da OCDE.

A segurança ao investidor vem sendo exercida tanto pela MIGA quanto pelo ICSID. A MIGA, desde a sua criação, tem obtido relativo êxito na instituição do sistema de garantias a investidores contra eventuais perdas. O ICSID, por seu turno, transformou-se em importante instância jurisdicional para solução de controvérsia sobre investimento entre investidor estrangeiro e um Estado nacional, dando mais segurança ao primeiro, que não seria obrigado a recorrer a legislações domésticas, por vezes obscuras. Em suma, a contribuição do Banco Mundial pôs em cheque as antigas jurisprudências da

Doutrina Calvo e as recomendações oriundas da esfera da ONU (como a Resolução 1803), estabelecendo regras mais claras sobre proteção a investimentos, as quais têm servido de modelo para a celebração de centenas de APPIs.

O sistema regional do NAFTA foi o que mais evoluiu conceitualmente em relação ao estabelecimento de regras de investimento. As regras do NAFTA abrangem as disciplinas dos demais arranjos internacionais, como as Diretrizes da OCDE e da MIGA, as regras do TRIMs e do GATS, indo além, no entanto, em diversas outras matérias, como o direito do pré-estabelecimento, procedimento não contemplado em nenhum outro marco anterior, e a abrangência na disposição de medidas de investimento proibidas de serem utilizadas pelos países anfitriões.

A normativa do NAFTA inovou em relação às próprias disciplinas da OMC, sobretudo em relação ao GATS e ao TRIMs. Listas negativas, compromisso de pré-estabelecimento, padrões de tratamento e ampla lista de exigências de desempenho banidas são algumas regras *GATS-plus* e *TRIMs-plus* importantes para o estabelecimento de maior mecanismo de proteção a investimento. Embora regional, as disciplinas do NAFTA serviram de modelo para a celebração de um marco regulatório multilateral de investimento mais abrangente que os existentes, no qual o MAI representou a tentativa mais ambiciosa de construção, abortada pelo seu fracasso em 1998.

Resta, portanto, uma esfera multilateral bastante ampla e carente de regulamentação se comparada a sistemas regionais e bilaterais. As contribuições recebidas pelo sistema internacional de investimento, apesar de valiosas, são ora muito setoriais (como as disciplinas da OCDE), ora destinadas a cobrir áreas específicas (como as contribuições do Banco Mundial), ou ainda muito fracas e pouco objetivas (como o TRIMs).

O multilateralismo no sistema internacional de investimento

3.1 – INTRODUÇÃO

Nos capítulos anteriores, foi discutida a importância da entrada de fluxos de IED para a geração de externalidades positivas nas economias anfitriãs e um breve estudo acerca dos possíveis fatores determinantes de IED, que incluiu a discussão das idéias correntes sobre a relevância da participação dos Estados receptores de investimento em tratados internacionais que visam a disciplinar a atração dos fluxos de IED (Capítulo I). Posteriormente, foi feita uma análise do contexto internacional sobre a área temática de investimentos, dividindo, para fins didáticos, os tratados internacionais que tratam da área de investimento entre os *regulatórios*, que visam a salvaguardar os interesses dos países receptores de IED, dando-lhes mais flexibilidade, e os *promocionais*, que se referem a regras para coibir o uso de instrumentos domésticos que distorçam a livre circulação dos fluxos de investimento entre os países – sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento. Dentro dessa abordagem, foram analisados (Capítulo II) os principais instrumentos regulatórios de investimento (os subsistemas da ONU, da UNCTAD, e da OCDE) e os promocionais (os subsistemas do Banco Mundial, da OMC, do NAFTA e também da OCDE).

Neste capítulo cabe analisar, especificamente, o sistema internacional de investimento entendido como processo em curso do conceito de multilateralismo. O sistema multilateral de investimento – assim chamado doravante – define-se como a esfera em que estão presentes três ou mais

partes contratantes atuando coletivamente em determinada área sob uma determinada infra-estrutura institucional.⁸² Nesta dissertação, serão adotados os conceitos de multilateralismo desenvolvido por alguns autores de orientação basicamente construtivista,⁸³ com destaque para Ruggie (1993) para quem o multilateralismo não se define apenas como uma agregação formal e quantitativa de atores em torno de certas regras e procedimentos, como argumentam alguns estudiosos identificados com as correntes conhecidas como neo-realistas e neoliberais institucionalistas.⁸⁴ Multilateralismo é, para Ruggie, um arranjo institucional com capacidade de conter e implementar, progressivamente, normas e princípios gerais de conduta que afetam, significativamente e de forma qualitativa, o comportamento dos atores envolvidos.

Um pressuposto importante nesta análise é que duas são as características fundamentais que distinguem o arranjo multilateral do arranjo bilateral. A primeira característica é que os princípios institucionalizados da arena multilateral produzem uma indivisibilidade de direitos entre os membros, em contraposição ao arranjo bilateral, que se funda em relações essencialmente discriminatórias. Um exemplo disso é o princípio da nação mais favorecida, central para o GATT desde sua fundação, pela qual qualquer concessão de benefícios por parte de um Estado-parte em relação a outro deve ser necessariamente estendida aos demais Estados participantes do GATT. O mesmo não acontece nos arranjos de natureza bilateral. O que há,

⁸² Por infra-estrutura institucional entende-se o arranjo dotado de normas, valores e princípios capazes de moldar as expectativas dos atores envolvidos.

⁸³ Diferente, pois, dos teóricos racionalistas – os neo-realistas e os liberais institucionalistas. Essas agendas teóricas em relações internacionais serão exploradas com mais vagar adiante.

⁸⁴ Ruggie chama tanto os neo-realistas quanto os neoliberais institucionalistas de neo-utilitários, pois, apesar de olharem de maneira diferenciada para o tema das instituições (sobretudo o neoliberalismo institucional, que reconhece a importância das instituições na formação dos comportamentos dos atores), ambas as agendas investigativas fundamentam suas análises no instrumental racionalista utilizado pelos realistas e neo-realistas, pouco contribuindo, portanto, para o entendimento da forma que as instituições tomam no plano internacional e seu impacto sobre as expectativas dos atores.

nesses casos, é a concessão de benefícios de maneira discriminatória e pontual (caso a caso), não havendo, pois, a extensão dos benefícios concedidos por um membro a todos os demais. Essa modalidade de arranjo pode envolver, em certos casos, mais de dois atores.

A segunda característica do multilateralismo é a reciprocidade difusa, ou seja, a expectativa de que o arranjo institucional multilateral conceda benefícios idênticos a todos os membros a todo tempo. O bilateralismo, por sua vez, funda-se num arranjo institucional calcado na reciprocidade específica, de uma parte em relação à outra. Ruggie conclui, assim, que o multilateralismo, diferentemente de outras formas de arranjos institucionais, requer níveis de comprometimento significativamente elevados. Possivelmente uma terceira característica poderia ser adicionada: o caráter aberto e universal do multilateralismo, isto é, os arranjos multilaterais, como regra, são arranjos abertos a todos os que reúnam certas exigências mínimas e aceitem cumprir as normas estabelecidas pelo arranjo.

Na presente análise, a dimensão qualitativa do multilateralismo é essencial. Para se avaliar o potencial de ganhos de um eventual avanço no sistema multilateral de investimentos serão os aspectos qualitativos que poderão fornecer os elementos para o entendimento do por que as instituições assumem certas características e definem o papel que suas normas, valores e princípios assumem no plano das relações internacionais influenciando (e até mesmo moldando) as expectativas dos atores envolvidos.

Como já visto, o multilateralismo na área dos investimentos internacionais ainda é pouco desenvolvido tendo em vista a existência de poucos acordos multilaterais que regulem especificamente sobre regras de investimento deixando indefinidos, assim, muitos aspectos importantes dos fluxos de IED. O único acordo tipicamente multilateral existente sobre o assunto é o TRIMs,⁸⁵ dentro da normativa da OMC. Contudo, o TRIMs,

⁸⁵ Desconsideramos, aqui, o GATS, pois, malgrado tenha tido maior êxito na regulamentação de assuntos relacionados a investimento, é voltado exclusivamente ao tema de serviços, pouco contribuindo para o tema relativo a bens.

devido às razões explicadas na subseção 2.3.3.1 desta dissertação, é um instrumento débil e de pouca operacionalidade. A dificuldade no estabelecimento de um marco multilateral mais abrangente sobre investimento foi especialmente visível no malogro das negociações do MAI, em 1998.

Nesse quadro, afigura-se particularmente útil uma discussão das principais contribuições que podem ser extraídas da teoria dos regimes internacionais para a compreensão do fenômeno do multilateralismo na área dos investimentos. O conceito de regime internacional, analisado por autores tanto da orientação chamada de racionalista quanto da construtivista, afigura-se particularmente significativo para esta pesquisa. A abordagem dos regimes internacionais é variada e permite aprofundar a noção de multilateralismo de Ruggie sugerindo que é possível extrair algumas conclusões importantes. Talvez a mais significativa delas seja a de que, embora se possa falar em sistema multilateral de investimento (com todas as suas deficiências já vistas), o mesmo não se pode afirmar sobre o regime multilateral de investimento.⁸⁶ A partir da conceituação da noção de regime internacional, pode-se discutir em que medida seria possível caracterizar o âmbito multilateral de investimento como uma situação que tipicamente Keohane e Nye chamaram de não-regime.⁸⁷

O exercício de utilização da agenda teórica de relações internacionais denominada regimes internacionais e sua aplicação ao campo específico dos investimentos põe em evidência a importância da questão da proteção internacional para os investimentos e sua consequência para a construção das agendas de negociação dos PED. Tendo em vista que a tendência de evolução do sistema multilateral de investimento é, como visto no capítulo II, a de proteção ao investidor e que os países, sobretudo os PED, têm barganhado, cada vez mais, pela captação dos fluxos de IED (como discutido no capítulo

⁸⁶ Não custa aqui enfatizar a diferença de conceitos utilizados. Por sistema multilateral de investimento, entende-se o conjunto de regras e acordos internacionais sobre investimento em bens. Já regime multilateral comporta definição específica, explicitada na seção que se segue.

⁸⁷ Cf. KEOHANE e NYE (2001: 17-18).

D), serão analisados, nesta seção, utilizando-se os conceitos analíticos oferecidos pela abordagem dos regimes internacionais quais os desafios e oportunidades que se apresentam aos PED. A pergunta inicial, e básica, é qual seria o impacto da celebração de um marco multilateral de investimento para esses últimos.

3.2 – A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DOS REGIMES INTERNACIONAIS

De acordo com Rocha,⁸⁸ pode-se entender regime internacional como as regras do jogo do cenário internacional, por meio das quais há convergência de expectativas dos atores internacionais que participam do mesmo. É importante entender como funcionam essas regras do jogo com vistas a melhor compreender o sistema multilateral de investimento. Com auxílio do conceito de regime internacional, pode-se analisar quais são as “regras” existentes no âmbito multilateral de investimento (sejam elas formalmente instituídas ou não), quais os interesses dos principais atores do sistema internacional e quais as conseqüências que tais regras podem exercer sobre o comportamento dos PED, principal foco desta dissertação.

Segundo a definição mais difundida de regime internacional, cunhada por Krasner,⁸⁹ regimes internacionais são “conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos decisórios, explícitos ou implícitos, em torno dos quais as expectativas dos agentes convergem a respeito de tema específico no plano internacional.” De acordo com o mesmo autor, princípios são crenças de fato ou a respeito de relações de causalidade. Normas são definidas como padrões de comportamento; as regras são prescrições específicas para a ação e procedimentos decisórios são práticas existentes para a elaboração e implementação de escolhas coletivas. Princípios e normas, segundo Krasner, definem a característica principal de um regime referente a um tema específico

⁸⁸ Cf. ROCHA (2002: 277).

⁸⁹ Cf. KRASNER (1983:1). Tradução livre do autor.

no plano internacional, a qual pode comportar várias instituições e arranjos multilaterais ou não. A teoria dos regimes considera que enquanto mudanças nos princípios e normas são consideradas mudanças do próprio regime, modificações nas regras e nos procedimentos decisórios constituem mudanças dentro do regime.⁹⁰ Nesse quadro, particularmente as mudanças de regime se afiguram tão importantes ou interessantes para a compreensão do meio internacional quanto o surgimento de regimes. Pode-se inferir da teoria que quando ocorre o surgimento de um regime ou quando ocorre uma transformação de um regime vigente, significa que o meio internacional está passando por mudanças estruturais. Por exemplo, o surgimento do regime monetário que ficou conhecido como regime de Bretton Woods reflete o quadro da economia política vigente no final da Segunda Guerra Mundial da mesma forma que o anúncio da convertibilidade do dólar no início da década de 1970 significava que aspectos essenciais da economia política internacional haviam mudado tornando o regime monetário do pós-guerra incompatível com as demandas das forças em ação na economia internacional.

Ainda segundo Krasner, existem três visões sobre a importância dos regimes internacionais para a compreensão do contexto internacional. A primeira visão, a abordagem estrutural convencional, defende que os regimes internacionais são conceitos sem grande utilidade (exceto em alguns casos específicos). Strange (1983), uma das representantes desta visão, advoga que regimes internacionais são conceitos que podem ser: a) um mero modismo; b) um conceito eivado de imprecisões e freqüentemente parcial; c) um juízo de valor que dá excessiva ênfase no contexto internacional como uma realidade estática e pouco mutável; e, d) demasiadamente centrados no paradigma do Estado com o principal ator das relações internacionais (pouco considerando, portanto, o papel dos atores não-estatais, como corporações transnacionais,

⁹⁰ Essa distinção aparece em Oran Young (*Regime Dynamics: the Rise and Fall of International Regimes*, in S. D. Krasner, *International Regimes*. Cornell Univ. Press, 1983, pp. 93-113) mas em geral essa distinção entre mudança do regime e mudança dentro do regime é aceita pelos demais autores que estudam os regimes internacionais.

organizações internacionais, ONGs, indivíduos, etc., na construção do sistema internacional).

A segunda abordagem, a estruturalista modificada, revela que os regimes internacionais possuem um papel significativo nas situações que envolvem coordenação e cooperação entre os atores envolvidos (estatais e não-estatais) racionais desejosos de maximizar seus interesses. Esta abordagem parece ser a mais adequada para esta pesquisa, razão por que a utilizaremos, posto que o sistema multilateral de investimento envolve interesses complexos que perpassa por outras áreas de negociação, muitas vezes interdependentes, da agenda internacional. Diferentemente de um jogo de soma zero, a área de investimento é caracterizada por intensas negociações com vistas ao alcance de interesses benéficos à maioria dos atores envolvidos. A cooperação e a colaboração entre esses atores faz-se necessária nas negociações para celebração de tratados havendo espaço, como se verá adiante, para a criação de regime internacional na área.

Segundo Keohane⁹¹, para a abordagem estruturalista modificada, regimes internacionais são importantes facilitadores de entendimento em determinadas áreas temáticas (*issue areas*) entre os atores, diminuindo os custos transacionais criadores de barreiras efetivas à negociação que possam existir na ausência de um regime internacional. Contudo, em situações que envolvem jogo de soma zero (como motivações relacionadas ao poder), os regimes internacionais não são relevantes, pois não há espaço para cooperação. Como afirmam Keohane e Nye:

*International regimes are intermediate factors between the power structure of an international system and the political and economic bargaining that takes place within it. The structure of the system (the distribution of power resources among states) profoundly affects the nature of the regime (the more or less loose set of formal and informal norms, rules, and procedures relevant to the system). The regime, in turn, affects and to some extent governs the political bargaining and daily decision-making that occurs within the system.*⁹²

⁹¹ KEOHANE (1983)

⁹² Cf. KEOHANE e NYE (2001: 18).

Por fim, a terceira perspectiva, que mantém grande afinidade com a agenda construtivista, defende que os regimes internacionais são instituições correntes e em constante evolução nas relações internacionais. Segundo Hopkins e Puchala, “regimes exist in all areas of international relations, even those, such as major power rivalry, that are traditionally looked upon as clear-cut examples of anarchy. Statesmen nearly always perceive themselves as constrained by principles, norms, and rules that prescribe and proscribe varieties of behavior”.⁹³ Onde há, segundo Young⁹⁴, comportamentos padronizados dos atores internacionais, há convergência de expectativas em torno de determinada área. Essa perspectiva construtivista de regimes internacionais questiona as premissas racionalistas (sobretudo as realistas e as neo-realistas) de que os Estados são unidades centrais, racionais e unitárias e que os temas de *high politics* (poder, segurança, etc.) são mais importantes aos atores da arena internacional. Em todas as áreas da agenda internacional, os atores (sejam Estados ou unidades transnacionais) se acharão regidos por regimes internacionais, que, por sua vez, influenciam seus comportamentos.

Young, em especial, conceitua regimes internacionais como instituições sociais que constroem e moldam a ação dos atores em áreas específicas. São padrões de comportamento ou prática na qual as expectativas dos atores convergem, podendo ser mais ou menos formais (dependendo do grau de adensamento do tema em tela). Onde se observa, segundo Young, regularidades nos comportamentos dos atores, há convergência de expectativas. Conforme veremos adiante, Young divide com Keohane a idéia de que a função mais importante dos regimes internacionais é permitir aos atores de uma determinada área do contexto internacional alcançar maior eficiência e equidade nos resultados, o que provavelmente não seria possível na ausência de um regime internacional, devido a problemas de coordenação entre eles.

⁹³ Cf. PUCHALA e HOPKINS (1983:86).

⁹⁴ O. YOUNG (1983)

Regimes internacionais parecem ser, afinal de contas, as regras do jogo da arena internacional. Segundo Rocha⁹⁵, os regimes internacionais cumprem uma importante função de possibilitar que cada ator atribua valor ao comportamento dos demais, inclusive de agentes não-estatais. Possivelmente a característica mais importante e útil associada aos regimes internacionais é que os mesmos resultam, segundo o mesmo autor, das relações de poder e as próprias regras de um dado contexto da realidade internacional podem ser transformadas ao longo do processo à medida que há realocação de recursos de poder no interior desse contexto. Completa Rocha:

*A própria definição dessas regras, a extensão em que permitem ou proíbem determinados comportamentos, os prêmios a serem concedidos ou as punições a serem outorgadas aos que transgredirem, tudo isso resulta de negociações políticas e reflete a correlação de forças vigente no momento em que as regras são estabelecidas. Mudá-las implica sempre um custo mais elevado. Daí a importância atribuída aos analistas de relações internacionais à compreensão do modo como os regimes são negociados e estabelecidos no contexto internacional, o qual, neste caso, pode ser mais bem compreendido com base na noção de sociedade internacional (em que determinados valores fazem sentir sua influência e os agentes intervenientes não somente estão em grande número como suas relações caracterizam-se por enorme complexidade) do que na de sistema, com natureza definida e menor número de agentes de um só tipo.*⁹⁶

Discute-se se um possível regime multilateral de investimento seria resultante tão-somente, da vontade de um ator hegemônico, ou se o mesmo poderia dar-se espontaneamente ou de maneira negociada.⁹⁷ Nesta dissertação tentar-se-á esboçar uma resposta a essa questão na subseção 3.2.1 adiante. Por ora, vale a pena entender algumas características desses três tipos de regimes

⁹⁵ ROCHA (2002)

⁹⁶ Cf. ROCHA (2002: 277-78).

⁹⁷ Utilizaremos, aqui, a divisão criada por Young (1983). Para este autor, ordem espontânea é aquela que nasce sem a coordenação consciente entre os participantes, como, por exemplo, os mercados naturais. Os regimes negociados envolvem, por sua vez, esforços conscientes dos atores para criarem regras explícitas. Em geral, ordens negociadas são mais comuns no contexto internacional, a exemplo das convenções abrangentes sobre áreas específicas: direito do mar, direito aeroespacial, regimes ambientais, regimes de não-proliferação de armas nucleares, etc. Por fim, as ordens impostas são aquelas cunhadas deliberadamente por um ator hegemônico (ou atores hegemônicos) em uma determinada realidade internacional. Nesse tipo de regime, os demais participantes tendem a aderir à ordem por coerção, cooptação ou incentivos.

internacionais. Segundo Young, as ordens nascidas espontaneamente geralmente tendem a ser bastante eficientes, pois os custos de transação são nulos ou quase nulos. Os regimes negociados, por seu turno, ao envolverem procedimentos e regras formais, tendem a ser acompanhados por custos transacionais relativamente mais altos, com imposição de restrições maiores às liberdades individuais dos atores. As ordens impostas, por fim, ao serem criadas com vistas a atender aos interesses do(s) agente(s) hegemônico(s), podem facilmente produzir resultados pouco eficientes e muitas vezes custosos.

É interessante notar que a relação desses diferentes tipos de regimes com a questão da complexidade dos sistemas sociais. Ainda segundo Young, sistemas de relacionamentos sociais (como o contexto internacional) com crescentes níveis de complexidade (que aumenta conforme aumentam o número de atores envolvidos, o número de temas a serem negociados na agenda, o grau de polêmica de determinado tema entre os participantes, etc.) são dificilmente regidos por ordens negociadas ou impostas, pela própria dificuldade de se criá-la, sendo melhores negociados dentro de um contexto de um regime espontâneo. Young afirma que:

*In very large systems, it is hard for the participants to play a meaningful role in the negotiation of the regimes, and eventually even the idea of explicit consent will begin to lose significance. Of course, it is possible to offset these problems to some extent through the development of some form of representation. But the success of any system of representation is critically dependent not only on the presence of well-informed constituents but also on the maintenance of high standards of accountability in relationships between individual representatives and their constituents*⁹⁸.

É importante levar em consideração essa questão da complexidade e o tipo de ordem que dela emerge para a discussão sobre o caso específico do sistema multilateral de investimento. Nesse sentido, é lícito perguntar se a razão da inexistência de um regime multilateral de investimento seja devido fundamentalmente à complexidade do tema no sentido de que envolve uma

⁹⁸ Cf. YOUNG (1983: 13-104)

grande multiplicidade de atores, interesses e perspectivas. Em outras palavras, o grande nível de complexidade do multilateralismo nos investimentos torna difícil de alcançar margens de consenso em um contexto caracterizado pela negociação (e não espontaneidade ou imposição) que tem sido marcada esta área, seja sob o âmbito da OMC, do Banco Mundial ou da OCDE.

Segundo Keohane, a principal função de um regime internacional seria a de facilitar a celebração de tratados internacionais entre Estados, flexibilizando a condição de ausência de hierarquia de autoridade que caracteriza o sistema internacional. Dado um contexto marcado pelo *self-help system* e por jogos de soma zero, a busca por faixas de cooperação entre os atores pode ser a todos benéfica. Mas seria preciso existir um regime internacional para aumentar a cooperação entre os atores? Tal pergunta, esboçada por Keohane, torna-se importante para se entender a razão da demanda por regimes internacionais em condições de explicar, também, o papel que exerceria um regime multilateral na área de investimento em bens. O argumento utilizado por Keohane, bastante útil para esta dissertação, é que os regimes internacionais ajudam na diminuição dos custos de transação (incluindo os custos de informação) existentes no sistema internacional. Na ausência de um regime internacional, pode existir um número considerável de barreiras e deficiências institucionais que limitam a cooperação e o alcance de resultados eficientes. Como afirma Keohane:

International regimes may be interpreted as helping to correct similar institutional defects in world politics. Insofar as regimes are established through voluntary agreements among a number of states, we can interpret them, at least in part, as devices to overcome the barriers to more efficient coordination identified by theories of market failure⁹⁹.

Regimes internacionais são importantes, portanto, porque fornecem o arcabouço de regras, normas, princípios e procedimentos decisórios formando um quadro dentro do qual a negociação e a celebração de tratado internacional aconteçam. Além disso, um aspecto essencial para esta

⁹⁹ Cf. KEOHANE (1983: 151)

dissertação é que a existência desse quadro tende a facilitar a ocorrência de negociações e de construção de arranjos entre atores. Assim, o que a teoria dos regimes sugere é que para que o surgimento de um regime internacional represente um ganho significativo, pelo menos uma das seguintes condições deve existir: a) ausência de um quadro regulatório que discipline responsabilidades para os atores; b) informações imperfeitas e custosas; e, c) existência de consideráveis custos transacionais. Segundo Keohane, quanto maior for o potencial de que os regimes internacionais corrijam os defeitos institucionais de uma das três condições acima, maiores tendem a ser seu potencial de servir como ferramentas eficientes para auxiliar os Estados na celebração e operação de seus compromissos internacionais.

Outra condição importante para o surgimento de regimes internacionais eficientes é o que Keohane chama de “espaços políticos densos”, ou seja, o contexto em que há alta interdependência entre vários temas e no qual um tratado sobre determinada área tende a produzir muitos reflexos em outros tratados que disciplinem outros assuntos conexos. Nessas situações, os custos transacionais para conciliar interesses complexos e distintos costuma ser relativamente alto, o que aumenta a demanda por um regime internacional. Completa Keohane que “since greater issue density is likely to be a feature of situations of high interdependence, this forges a link between interdependence and international regimes: increases in the former can be expected to lead to increases in demand for the latter”.¹⁰⁰

Diante dessa condição, é inevitável perguntar se o sistema multilateral de investimento perfaz a característica de ser um “espaço político denso”. Com efeito, tendo em vista a sua alta capilaridade, isto é, a capacidade de envolver várias áreas, o sistema multilateral de investimento pode ser, de fato, entendido como um “espaço político denso”. Exemplo disso é a alta interdependência entre as negociações de investimento em bens e as

¹⁰⁰ Cf. KEOHANE (1983: 157).

negociações de comércio, ou entre investimento e serviços. Mais: como já foi explicado anteriormente, o tema investimento se reflete, também, em questões de soberania nacional e desenvolvimento, o que pode torná-lo demasiadamente complexo para alguns atores envolvidos, como das negociações no âmbito da OMC têm demonstrado ao longo dos últimos dez anos.

Sendo um “espaço político denso”, com alta interdependência entre os vários temas da agenda internacional, parece haver espaço para a criação de um regime multilateral de investimento, útil, nesse sentido, para corrigir as falhas institucionais (altos custos transacionais, inclusive de informação) e criando um ambiente mais favorável à formação de práticas e procedimentos na área dos investimentos internacionais que reduzam de forma significativa os custos transacionais. Na formação desse regime seria básico a celebração de tratados mais abrangentes do que os existentes na atualidade.

3.2.1 – Sistema internacional de investimento: a demanda por um regime

Na seção anterior, foram vistas algumas das contribuições mais importantes da teoria de regimes internacionais para o estudo do sistema internacional de investimento. Analisou-se, com isso, quais os fatores que, tipicamente, caracterizam um ambiente de demanda por um regime internacional e qual a sua principal função, qual seja, facilitar a existência de transações internacionais consolidadas sobre determinada área, logrando diminuir os custos transacionais existentes. Nesta subseção, serão discutidas as características mais significativas do sistema multilateral de investimento em operação e as razões da demanda por um regime internacional para a área, com foco nos interesses dos PED.

O atual quadro de padrões e práticas existentes na área dos investimentos internacionais sugere que, embora seja costume falar-se de um sistema internacional de investimentos (alguns falam até de um sistema multilateral de investimentos), o conjunto de acordos e tratados em vigor são ainda demasiadamente difusos – em certos casos, pontuais ou de abrangência apenas regional – que é possível caracterizar a área como tipicamente de não-regime. Antes, contudo, de se discutir a ausência de um regime multilateral de investimento no recorte em tela, é preciso retomar o que se entende, aqui, por regime internacional. Seguindo a definição da seção anterior, regimes internacionais são regras e padrões que definem o jogo dentro de uma determinada área das relações internacionais. Tais regras podem ser explícitas, com tratados formalmente escritos, ou implícitas nas quais muitas vezes inexistem quaisquer regras formais escritas.¹⁰¹ Uma característica fundamental para a existência de regimes internacionais é a convergência de expectativas dos atores a partir das regras do jogo (explícitas ou implícitas), o que significa dizer que há aceitação das regras (de maneira negociada, imposta ou espontânea) por parte dos atores.¹⁰²

Quando se configura uma situação de ausência de princípios, normas, regras e procedimentos decisórios que permitam a existência de expectativas relativamente seguras por parte dos atores, ocorre uma situação que Keohane e Nye caracterizaram como de não-regime. Nas palavras desses autores "when there are no agreed norms and procedures or when the exceptions to the rule are more important than the instances of adherence, there is a nonregime situation".¹⁰³

¹⁰¹ Mais comuns, segundo YOUNG (1983), em ordens negociadas, como o regime de comércio da OMC, o regime meteorológico, o regime aeronáutico, o regime de pesca internacional, entre outros.

¹⁰² Utilizar-se-á, aqui, a abordagem de Keohane e Nye que Krasner (1983) intitulou de estruturalista modificada. Segundo ela, regimes internacionais podem ou não existir, conforme estejam presentes ou não os pré-requisitos de demanda por um regime internacional, que não custa reproduzir: a) ausência de quadro regulatório; b) informações imperfeitas; e, c) existência de custos transacionais.

¹⁰³ Cf. KEOHANE e NYE (2001: 17-18).

Com efeito, no caso do sistema internacional de investimento, prevalece uma situação onde a assertiva de Keohane e Nye se aplica, ou seja, não há elementos que permitam caracterizar a existência de um regime multilateral de investimento em vigor. Duas são as razões para isso. A primeira é a ausência de acordos formais (totais ou parciais) entre importantes atores envolvidos no processo de negociação, sobretudo entre países desenvolvidos e PED. Essa ausência de interesses convergentes, que pode ser mais acentuada dependendo do tipo de tema em questão, tem sido uma constante nas esferas de negociação da grande maioria dos tratados sobre investimento, sejam eles de natureza regulatória (acordos que estabeleçam maior tolerância em relação a medidas de controle e disciplina do IED que penetra no país anfitrião), defendido, majoritariamente, pelos PED, sejam de natureza promocional (acordos que propõem uma base regulatória mínima para o capital estrangeiro que ingressa em um país, coibindo, em contrapartida, medidas de investimento que distorçam o fluxo de investimento e de comércio).

Como já foi afirmado anteriormente, o único marco regulatório multilateral que se propôs a criar um conjunto mais definido de regras para a área de investimento em bens foi o TRIMs, que, como visto, não pode ser considerado um acordo de investimento abrangente. Pelo contrário, o fato do TRIMs não definir o que significa uma medida de investimento relacionada ao comércio (somente a ilustra, por meio de seu Anexo) equivale dizer que não existe propriamente um tratado multilateral na área de investimento.

Não é objeto desta dissertação discutir se faz sentido falar-se em regimes para sub-áreas específicas do tema investimento na agenda internacional¹⁰⁴, como o sistema de garantias da MIGA, o sistema de solução de controvérsias entre Estado e investidor estrangeiro do ICSID, as regras regionais do NAFTA ou as disciplinas setoriais da OCDE. Regras e acordos

¹⁰⁴ Visto que o objetivo aqui é o de analisar o sistema multilateral de investimento em bens.

podem até existir para esses subsistemas específicos. Mas o caráter fragmentado e parcial, sem um arranjo mais abrangente no âmbito multilateral de investimento em bens, sugere que ainda inexiste suficiente convergência concreta de expectativas, prevalecendo, assim, a situação de não-regime.

Uma segunda razão para a ausência de um regime multilateral para a área de investimento em bens é a falta de entendimento informais, tácitos ou implícitos. Novamente, esse resultado é fruto, em grande medida, das diferenças que separam os interesses dos países desenvolvidos dos países em vias de desenvolvimento. As dificuldades nas negociações do tema nos âmbitos da OMC e da OCDE (com o MAI)¹⁰⁵ revelam a falta de coordenação entre os países envolvidos. Na ausência de um regime multilateral de investimentos, capaz de disciplinar as regras do jogo, prevalece um ambiente caracterizado por acordos setoriais (Diretrizes das EMNs, ICSID, MIGA, NAFTA, etc.) e pelos “*bargaining maps*”, expressão cunhada por Strange¹⁰⁶ para designar mudanças de um tema da esfera multilateral de negociação para e entendimento feito por faixas ou níveis de coordenação bilaterais. É notável como a esfera de investimento em bens é marcada, assim, pela existência dos “*bargaining maps*”. A maior parte das negociações e dos acordos registrados nessa área até a presente data é oriunda de arranjos bilaterais ou regionais.

As regras de investimento existentes no NAFTA constituem exemplo importante. Como já estudado, foi somente nessa esfera regional que houve maior desenvolvimento conceitual do tema, com disciplinas sobre tratamento nacional, padrão de tratamento e padrão mínimo de tratamento. No âmbito multilateral da OMC, contudo, a discussão e negociação de tais disciplinas fracassaram quase que completamente. Ademais, o número de APPIs registrado a partir das décadas de 70 e 80 cresceu exponencialmente, o que

¹⁰⁵ Apesar de, formalmente, o malogro das negociações do MAI ter sido atribuído principalmente às posições intransigentes da França, não se pode ignorar a polarização existente entre países desenvolvidos e PED, que muito contribuíram para a falta de consenso sobre regras básicas a serem disciplinadas pelo acordo.

¹⁰⁶ Susan STRANGE (1983:353)

atesta o caráter fragmentado e fortemente bilateral do sistema internacional de investimento.

A ocorrência de uma forte bilateralidade na área de investimento tem gerado, no entanto, demandas específicas para a criação de um regime multilateral de investimento. Basta observar as deficiências institucionais existentes no sistema, que prejudicam ou mesmo inviabilizam a cooperação entre os atores, a exemplo da falta de entendimento nos âmbitos da OMC e da OCDE. Há, no plano dos investimentos, custos transacionais significativamente altos que afetam as negociações, além de informações imperfeitas ou confusas.¹⁰⁷

Com efeito, pode-se considerar o sistema internacional de investimento como um área temática das relações internacionais em que há, tomando emprestado a expressão de Keohane (1983), um “espaço político denso”, pois há uma interdependência importante entre o tema dos investimentos e as agendas de comércio internacional e de desenvolvimento. Além disso, acordos sobre investimento se refletem inevitavelmente sobre debates acerca de temas como soberania, protecionismo, questões trabalhistas, meio ambiente e até mesmo segurança doméstica. Por essa razão, pode-se afirmar que os custos transacionais para conciliação e negociação com essa complexidade de interesses e de atores envolvidos são relativamente altos. A criação de um regime multilateral de investimento, poderia ter papel importante na correção de distorções em mercados de bens, na redução de custos transacionais e na melhoria na qualidade da informação existentes. A existência de um ambiente

¹⁰⁷ Tal tem sido a sinalização que muitos países dão em relação ao tema investimento, ora interpretando-o como prejudicial ao desenvolvimento da indústria doméstica, ora opondo-se à discussão do tema nos foros apropriados por questões de natureza ideológica ou motivações políticas. Esse parece ter sido o comportamento de alguns PED importantes, como a Índia, a China e o Brasil nas negociações do tema no âmbito da OMC em 1995, ou da França, no âmbito da OCDE quando das deliberações sobre o MAI, em 1998. Tais informações imperfeitas ou confusas têm produzido ruídos significativos ao entendimento dos atores quanto à celebração de um possível acordo multilateral abrangente sobre investimento e tem sido responsável, em grande medida, pela bilateralização das negociações na área.

regulatório menos difuso e menos incerto só poderia ser obtido por meio da celebração de tratados efetivamente multilaterais e abrangentes sobre investimento, isto é, pela formação efetiva de um regime internacional na área.

O advento de um regime multilateral de investimento seria também amplamente favorável aos PED. Além da razão óbvia de auxiliar na conformação de um ambiente multilateral com regras mais claras e previsíveis, três podem ser consideradas razões plausíveis para a existência do mesmo. A primeira razão é que, com a formação de um regime internacional, cada ator participante do jogo em questão poderá ter instrumentos para avaliar o modo como se comporta os demais agentes no plano internacional em relação ao padrão de comportamento considerado ideal para as regras do jogo vigentes. Isso pode ser importante uma vez que propicia a cada ator do sistema internacional de investimento instrumental para atribuir valor ao comportamento dos demais e, partir daí, definir suas estratégias de ação de forma mais adequada em relação às forças em ação no meio internacional.¹⁰⁸

Uma questão importante é o fato de que alguns PED possuem certa resistência em negociar regras multilaterais de investimento em geral por recearem que a existência dessas regras poderia limitar a capacidade de ação de seus governos no sentido de implementar políticas econômicas mais autônomas. É evidente que todo arranjo multilateral significa, em alguma medida, redução na autonomia de ação dos governos, mas essa questão vale também para as nações exportadoras de capital. A esse respeito se afigura importante lembrar que, à medida que uma economia avança, tornando-se mais complexa e moderna, a distinção entre governo e atividade econômica

¹⁰⁸ A questão, propiciada pelos regimes internacionais, de se poder atribuir valor ao comportamento dos demais atores de um dado jogo internacional em relação a um modelo ideal pode abrir espaço para o que Nye (1990) chamou de “*soft power*”, ou seja, a capacidade de uma gente de um dado contexto internacional regido por um regime fazer com que os demais agentes apreendam como seus valores cunhados, fabricados ou que interessam a um ator em específico. Essa capacidade de definir agendas pode ser considerada um importante instrumento de poder. Cf. NYE, J. *Bound to Lead*. New York: Basic Books, 1990.

vai se tornando mais acentuada, isto é, a lógica das forças e interesses atuantes no mercado tornam-se mais fortes e menos dependentes de ações governamentais. Em outras palavras, decisões de investimentos passam a depender mais de regras confiáveis do que de garantias de sustentação por meio do uso de recursos públicos. A existência de um regime multilateral, portanto, poderia reforçar a integração dos PED nos fluxos internacionais de IED, ainda fortemente concentrados nas economias industrializadas. Além disso, poderia até mesmo propiciar às economias em desenvolvimento maior capacidade de influenciar a agenda específica sobre o tema, enfatizando, por um lado, a importância da valorização da dimensão do desenvolvimento desses países nas negociações, e, por outro, garantindo um ajuste mais equilibrado na abordagem do tema, com direitos e deveres melhor distribuídos entre os interesses dos investidores e as demandas das economias receptoras de capital estrangeiro.

Uma segunda razão é que a sedimentação de um regime internacional significaria o fortalecimento da esfera multilateral do tema em tela. Como já visto, o multilateralismo é importante, pois, diferentemente dos arranjos de natureza bilateral ou regional, traz consigo valores diferenciados que significam a formação de visões e expectativas voltadas para a exploração mais efetiva do potencial de cooperação entre os atores envolvidos. Com efeito, conforme já analisado nesta dissertação, entre as características fundamentais que diferenciam o multilateralismo dos demais arranjos institucionais é a indivisibilidade de direitos e a reciprocidade difusa. Em outras palavras, usando-se uma expressão bastante na moda na política brasileira corrente, poder-se-ia dizer que o multilateralismo é muito mais “inclusivo” do que outras formas de arranjo na esfera internacional.

Num arranjo multilateral menos difuso do que os padrões existentes, os PED poderiam largamente se beneficiar dos princípios e regras não-discriminatórios, que facilitariam a negociação de temas considerados sensíveis para eles. Como já se discutiu anteriormente, o tema dos

investimento têm muitos pontos que despertam a sensibilidade entre outras razões por estar associado a preocupações com valores como soberania e independência. No entanto, inclusive pelo fato de haver níveis de comprometimento mais elevados nessa esfera, os PED poderiam lograr obter importantes concessões de países desenvolvidos (e de investidores dos países desenvolvidos), como a preservação e/ou criação de algumas medidas de investimento relacionadas ao comércio, a negociação de listas positivas para setores específicos da economia, a criação de mecanismos de controle a incentivos a investimentos (que, como visto, também contribuem para distorcer o fluxo de investimento e de comércio), a negociação de compromissos mais eqüitativos tanto a EMNs quanto a países receptores, etc.

Em geral, levando-se em conta que são os PED que demandam mais avidamente por melhorias nos seus padrões econômicos e sociais, o que deveria parecer mais prejudicial aos PED seria a manutenção do *status quo* dentro do qual se encontra o sistema multilateral de investimento em bens, que, não obstante os eventuais avanços nas negociações do TRIMs e de alguns acordos setoriais e específicos (OCDE, ICSID, MIGA, etc.), permanece fortemente regido pela bilateralidade, calcada ora nos APPIs, ora nos acordos regionais sobre comércio e investimento.

Tal como acontece nos acordos sobre comércio, fora da esfera multilateral, poucos têm sido as concessões feitas pelos países mais desenvolvidos com vistas à celebração de regras mais eqüitativas nas negociações sobre investimento. Um bom exemplo a ser lembrado são as regras do NAFTA, consideradas as mais liberais entre todos os demais acordos, e os inúmeros APPIs inspirados em seu capítulo XI que se sucederam após 1994.

Por fim, a terceira e última razão é que, na ausência de um regime multilateral de investimento, e, por conseguinte, ausência das próprias regras do jogo, muitos agentes (sobretudo os que detêm recursos diferenciados de

poder no sistema internacional) utilizam-se dessa situação para fazerem valer a sua capacidade política, o que, dependendo da negociação e do tema em discussão, pode prejudicar os PED, que em esferas bilaterais, obviamente têm muito mais dificuldade em fazer prevalecer os seus interesses. Tal parece ser o caso, em maior ou menor grau, de muitos APPIs celebrados entre os EUA e muitos PED.¹⁰⁹ A inexistência de regras multilaterais, em consequência, reduz a capacidade dos PED em influenciar a agenda e os fluxos internacionais de investimento.

3.3 – A PROTEÇÃO A INVESTIMENTO E OS PED

3.3.1 – Contextualização e possíveis cenários

Como foi discutido nas seções anteriores, parece haver uma gradual, mas constante, evolução do sistema internacional de investimento em direção ao estabelecimento de disciplinas mais claras e universais que visem à proteção de investimentos. Apesar da tentativa de promoção de iniciativas de natureza regulatória por parte dos PED, sobretudo durante a década de 70, por meio do sistema Nações Unidas, mais especificamente no âmbito da UNCTAD, o sistema internacional de investimento avançou pouco nessa direção ao mesmo tempo que tem logrado alcançar algumas conquistas no que se refere a regras de proteção a investidores.

O sistema Banco Mundial tem tido um papel de grande importância nesse avanço. Por meio da MIGA, e de suas Diretrizes, as EMNs passaram a contar com um importante sistema de garantias em caso de perdas

¹⁰⁹ Como, por exemplo, os APPIs com o Senegal, Zaire, Marrocos, Turquia, Camarões, Bangladesh, Egito e Granada. Esses APPIs são considerados excessivamente liberalizantes, contendo regras (como o princípio do pré-estabelecimento de tratamento) que, para muitos dos PED, apenas abrem mercado sem introduzir cláusulas voltadas para a promoção do desenvolvimento.

provenientes de medidas domésticas tomadas pelo país anfitrião que eventualmente signifiquem riscos de perdas para os investidores externos, como a nacionalização, expropriação, bloqueio de transferências, entre outras. O ICSID, por seu turno, proporcionou alternativa bastante confiável – por meio de um regramento específico que pode agir no sentido de encaminhar e solucionar controvérsias específicas sobre investimento entre um investidor e um Estado estrangeiro – para instituir maior segurança tanto às EMNs quanto aos países anfitriões que se sentirem lesados no que concerne ao movimento de IED.

Apesar desse avanço, o sistema multilateral de investimento continua marcado pela ausência de instrumentos de natureza multilateral que estabeleçam regramento mais preciso sobre investimento em bens. Em outras palavras, como se viu, as instituições e arranjos multilaterais existentes são difusos e ainda não se pode dizer que constituem um regime multilateral de investimento em condições de orientar o comportamento dos atores por meio “regras do jogo” propriamente ditas. Na ausência de um regime internacional na área, as condições para um avanço significativo do multilateralismo na questão dos investimentos parece distante. Com efeito, segundo alguns analistas:

There is no comprehensive agreement on investment at the WTO, whose investment framework is rather limited in scope since it is primarily confined to performance requirements in the Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs), which covers goods only, and to the provisions of the General Agreement on Trade in Services (GATS) through commercial presence and movement of natural persons as the third and fourth modes of supply of a service. In fact, the WTO framework suffers from a clear imbalance. It includes disciplines on trade in goods and services, and on investment in services but investment in goods has yet to be fully covered. Moreover, the traditional elements of an investment agreement, such as investment protection, are not addressed by WTO rules.¹¹⁰

O que parece existir é uma forte tendência à bilateralização das relações com referência ao tema de investimento, como mostra o número significativo

¹¹⁰ ROBERT (2001:10).

de APPIs celebrados. Apesar de importantes, os APPIs podem servir de interesse somente a um número reduzido de países signatários dos mesmos. Apesar de tudo, é possível que, no futuro, esses acordos possam vir a contribuir para a criação de regras multilaterais sobre o tema, mas, por ora, sua importância se restringe mais ao papel de servir de instrumento para atrair investimentos para determinadas economias. Fora do âmbito multilateral, no entanto, a lógica implícita no ambiente internacional indica que dificilmente os países exportadores de capital estarão propensos a fazer concessões no que concerne a regras sobre investimento. Num ambiente onde prevalecem os arranjos bilaterais ou mesmo regionais, conforme destaca Ruggie, prevalecem os interesses individuais que, freqüentemente, são nitidamente concorrentes com o de outras nações. Não custa salientar que, dado certas características das economias dos PED, como a variedade de condições e a peculiaridade de suas capacidades, a existência de um marco multilateral de investimento que contemple disciplinas mais flexíveis sobre a entrada de IED pode ser de grande importância e, de acordo com as visões teóricas sobre a cooperação internacional, apenas num âmbito institucional regido por forte multilateralidade é que se pode esperar incluir tais disciplinas.

Em primeiro lugar, um marco multilateral de investimento iria, obviamente, assegurar maior transparência, previsibilidade e segurança a investidores estrangeiros. Há uma diferença significativa, segundo Corrêa e Kumar (2003), entre oportunidades de investimento (*investment opportunities*) e clima de investimento (*investment climate*). As oportunidades de investimento, ou seja, as oportunidades reais de auferir ganhos com negócios em um determinado país, podem ser determinantes para a atração de IED. Essa condição, contudo, pode ser ainda insuficiente para que um investimento seja concretizado a menos que haja um clima de propício para o tipo de investimento que se pretende realizar. Esse clima refere-se a um conjunto de condições que um país anfitrião oferece tais como elevadas taxas de crescimento do PIB, segurança jurídica, qualidade da infra-estrutura instalada,

níveis razoáveis de impostos, burocracia pouco dispendiosa, nível de instrução da mão-de-obra, tamanho do mercado, etc.¹¹¹ Nessa perspectiva, a existência de um marco multilateral de investimento mais definido poderia funcionar como um fator importante para a formação de um clima favorável a investimentos que complementaria as oportunidades percebidas como acessíveis e lucrativas por parte dos investidores. Em suma, as oportunidades de investimento e o clima de investimento são dois instrumentos que, juntos, são capazes de atrair IED em quantidade e qualidade significativos.

Um marco multilateral de investimento pode ser, desse modo, um verdadeiro bem coletivo constituindo-se em mecanismo de “confidence-building” tanto para investidores quanto para as economias receptoras. Nas palavras de Maryse Robert:

*(...) a multilateral investment framework does not negate the ability of countries to enhance their attractiveness to FDI flows by improving their physical infrastructure (e.g. telecommunications, roads, ports, airports, power), human resources and technology. These economic determinants play a key role in encouraging foreign firms to invest in a country. In fact, a comprehensive multilateral investment framework would draw attention to these factors, and contribute to a more efficient allocation of resources, especially if it addresses, in some ways, distorting practices such as investment incentives and performance requirements.*¹¹²

Um segundo motivo para a criação de um marco multilateral de investimento seria a possibilidade de conciliação entre os problemas de *trade offs* existentes tanto para Estados receptores de IED quanto para as EMNs. Em relação aos primeiros, o *trade off* se dá na relação entre os ganhos proporcionados pelo concurso de IED em suas economias e a perda de parcela da soberania econômica. Já para as EMNs, o *trade off* acontece entre a perda de controle sobre suas operações em países anfitriões e o alcance da eficiência em suas ações nesses países. A celebração de um marco multilateral

¹¹¹ Para maiores detalhes, ver capítulo I desta dissertação.

¹¹² ROBERT (2001:14).

de investimento poderá trazer, portanto, regras mais flexíveis para a resolução ou minimização de ambos os dilemas.

Três são os possíveis cenários para a evolução do tema de investimento na agenda multilateral. No primeiro haveria a perpetuação da ausência de um marco multilateral de investimento abrangente e equilibrado. Nesse cenário, continuaria prevalecendo a bilateralização das relações entre os países e entre investidores e Estados anfitriões, com poucas possibilidades de haver concessões significativas por parte dos atores. Poderia haver, no curto prazo, ganhos individuais mas tais ganhos seriam limitados e estariam sempre ameaçados por elevados graus de incerteza. Eventualmente poderia haver a celebração de acordos regionais (NAFTA, Protocolo de Colônia, no âmbito do Mercosul, etc.), mas a situação não iria diferir muito dos acordos bilaterais.

O segundo cenário possível é a que considera a possibilidade de criação de um marco multilateral de investimento na esfera da OMC. Não custa recordar que o tratado de investimento sobre bens nessa esfera – TRIMs – é considerado fraco e pouco operativo, tendo sido celebrado mais como uma solução de compromisso do que como um acordo verdadeiramente abrangente e capaz de disciplinar os fluxos de investimentos internacionais. As negociações para a criação de um marco mais abrangente na OMC encontra-se propriamente paralisada. O lançamento das negociações havia sido agendado para a Conferência Ministerial de Cancun, em 2003, se houvesse consenso explícito. Com o malogro dessa Conferência, o tema investimento foi congelado por tempo indeterminado, não sendo contemplado no chamado Pacote de Julho, de 2004, tampouco pela Conferência de Hong Kong, realizada em dezembro de 2005, a qual deveria servir para retomar as pautas de negociação que paralisavam a conclusão da Rodada Doha, prevista para o final de 2006.

A tese de que a OMC não seria o foro mais apropriado para discussão do tema investimento, como defendido por alguns PED, parece não ter

consistência. Em primeiro lugar, cumpre notar que mais da metade das exportações mundiais são provenientes hoje das atividades de EMNs. Ademais, a questão do IED já vem sendo coberta, na esfera da OMC, por meio de outros acordos específicos, como o GATS e o TRIPS. Por fim, é sob a égide multilateral da OMC que se poderá alcançar um acordo balanceado, contendo, necessariamente, escopo e cobertura abrangente¹¹³, os padrões de tratamento a investimentos¹¹⁴, as disciplinas sobre as proibições de exigência de desempenho¹¹⁵ (que possivelmente deverão refletir uma posição mais equilibrada entre exportadores e importadores de capital, atendendo, em grande medida, às exigências de muitos PED). Deverá incluir, também, questões sobre compensação (indenização) decorrente de perdas (expropriação ou nacionalização) dos ativos do investidor estrangeiro, além de mecanismos de solução de controvérsias, que deverão estabelecer as disciplinas gerais de consulta, negociação bilateral e, caso necessário, a qual foro de arbitragem remeter a controvérsia.¹¹⁶

Finalmente, o terceiro cenário possível seria a criação de um marco multilateral de investimento fora da égide da OMC. Cumpre salientar que a criação de um tratado desse porte fora do âmbito da OMC só se justificaria caso as negociações na esfera da OMC não venham a evoluir por falta de consenso entre as partes (visto que as negociações nessa instituição se dão por comprometimento único – *single undertaking*) ou por oposição dos PED.

¹¹³ Escopo e cobertura abrangentes devem incluir disciplinas sobre: a) definição de termos-chave, como investimento e investidor; b) o escopo territorial; c) o escopo temporal, que estipulará se o acordo abrangerá também os investimentos realizados antes da vigência do mesmo.

¹¹⁴ Os padrões de tratamento a investimentos seguem o modelo convencional dos acordos sobre investimento, disciplinando especificamente sobre: a) tratamento justo e equitativo; b) tratamento nacional; c) cláusula da nação mais favorecida.

¹¹⁵ Entre elas, algumas mais comuns, como proibição de conteúdo local, de exigência de equilíbrio da balança comercial, de exigência de exportação de bens, de transferência de tecnologia, etc.

¹¹⁶ Nesse quesito, há a opção do recurso ao ICSID, seja como membro signatário, seja como participante do Mecanismo Complementar, quando uma das partes não é signatária da Convenção de Washington.

A iniciativa do MAI, entre 1995 e 1998, proposta e negociada no âmbito da OCDE, foi fruto, em grande medida, da debilidade do TRIMs, que não resolveu as principais questões sobre investimento de bens e cuja revisão, a cargo do Grupo de Trabalho sobre o Relacionamento entre Comércio e Investimento (GTICI), tornou-se morosa, se não nula. Seja como for, uma iniciativa de criação de um marco multilateral de investimento fora do âmbito da OMC, apesar de possível, parece ser menos provável, pois dificilmente os PED abririam mão das regras institucionais da OMC, das quais eles podem obter melhores concessões e benefícios por meio da barganha, para negociar em outras instâncias.

Por outro lado, a tentativa de se negociar um marco multilateral de investimento dentro do âmbito da ONU ou da UNCTAD, que tendem a dar mais visibilidade ao lado do desenvolvimento do que ao comércio, poderá encontrar grande resistência por parte da maioria dos países desenvolvidos, em razão do fato de que o tema investimento está mais relacionado a comércio que a finanças.

Examinar-se-á, a seguir, as principais oportunidades e desafios aos PED à luz da possível existência de um marco multilateral de investimento, descrito sobretudo nos dois últimos cenários acima apresentados.

3.3.2 – Algumas oportunidades aos PED

Esta subseção tem como objetivo analisar, tendo em vista os argumentos expostos no Capítulo III desta dissertação, os possíveis benefícios que poderiam advir do estabelecimento de um marco multilateral de investimento abrangente.

Cumprе salientar, em primeiro lugar, que os fluxos de IED têm sido, após a crise do endividamento dos países do terceiro mundo da década de

1980, um dos principais catalisadores do desenvolvimento dos PED, fazendo com que esses últimos passassem a concorrer entre si na captação de tais fluxos, seja por meio da celebração de APPIs, ou de acordos regionais, seja por meio de políticas domésticas, que incluíam incentivos fiscais e creditícios a investidores estrangeiros.¹¹⁷ Com efeito, o surgimento de grupos de países com estratégias definidas e agressivas no emprego desse tipo de política como os "tigres asiáticos" passou a servir como referenciais para a escolha de onde e quando investir. Os fatores e como essa estratégia tem funcionado em função da existência de algumas condições foi visto no Capítulo I desta dissertação.

A assinatura de um acordo amplo e bem definido que estabeleça a multilateralidade como padrão predominante para os fluxos internacionais de investimento, seja na esfera da OMC, seja fora dela, obviamente, não garante por si só que os IED passem a fluir em larga escala para os PED. Sem dúvida, há inúmeros outros fatores que explicam, ou às vezes até determinam, o concurso de IED, como o crescimento do PIB per capita, no caso da China, e o fenômeno das privatizações, como no caso da América Latina na década de 90. Um marco multilateral de investimento seria, contudo, importante atrativo de IED aos PED, na medida em que é um instrumento de construção da confiança (*confidence building measure*) entre o Estado anfitrião e o investidor estrangeiro, influenciando na melhoria do clima de investimento (*investment climate*), o que pode, muitas vezes, servir para compensar a ausência ou a existência limitada de oportunidades de investimento no país.

Ademais, a criação de um marco multilateral de investimento pode ainda servir, para os PED, como instrumento capaz de complementar e até mesmo de servir de substituto para instituições políticas domésticas

¹¹⁷ Desde a crise da dívida externa dos países em desenvolvimento da década de 1980, as estratégias de promoção do desenvolvimento econômico nas economias periféricas deixaram de basear-se no fluxo de recursos baseados em instituições de fomento como o Banco Mundial (multilateral), o BID (regional) ou USAID (bilateral), Ver LUNSDAINE, David Halloran. *Moral Vision in International Politics: the foreign aid regime, 1949-1989*. Princeton, Princeton University Press, 1993. Essa obra mostra a trajetória da prática do fomento ao desenvolvimento especialmente depois da criação das instituições de Bretton Woods.

consideradas fracas ou insuficientes para assegurar garantias de proteção a investidores estrangeiros. Ao importar normas, valores e “boas práticas” internacionais de um marco multilateral de investimento, podem essas instituições criar um ambiente de maior estabilidade, credibilidade e segurança ao concurso de IED, reduzindo o prêmio do risco a investidores estrangeiros. Como afirmam Fitzgerald *et al*:

*Investment protection provisions are of particular importance for developing countries characterized by weak institutions or political and economic instability, as they allow these countries to ‘import’ conditions of increased certainty, credibility, transparency and stability under a multilateral framework. They also allow developing countries to import the international regulatory ‘best practice’ and thus strengthen their own domestic institutional capabilities and disciplines.*¹¹⁸

Um marco multilateral de investimento possibilitaria, dessa forma, que os PED tivessem acesso a volumes maiores e melhores de IED. A melhoria do tipo de IED que ingressa está relacionada com sua capacidade de gerar externalidades positivas à economia tais como emprego, aumento do nível de escolaridade, transferência de tecnologia e *know-how* organizacionais, entre outras. O grau de geração de externalidades positivas dependerá, por sua vez, da existência de disciplinas equilibradas em um possível marco multilateral de investimento, dentro ou fora do âmbito da OMC. Algumas dessas disciplinas serão apontadas na subseção que se segue. Cabe aqui ressaltar, por oportuno, a necessidade de inclusão de disposições que associem os fluxos de investimento a estratégias de desenvolvimento em qualquer acordo multilateral de investimento que venha a ser firmado. No caso do âmbito da OMC, já prevê a Declaração de Doha que deverá haver ênfase na dimensão promoção do desenvolvimento, o que significa que um possível marco multilateral de investimento está sendo trabalhado no sentido de que seja visto e construído como um instrumento associado ao desenvolvimento dos PED, com regras suficientemente flexíveis para beneficiar tanto importadores

¹¹⁸ FITZGERALD *et al* (1998:38).

quanto exportadores de capital.¹¹⁹ Essa conciliação, obviamente, não é simples quer pela diversidade das economias em desenvolvimento, quer pela dificuldade de conciliar duas lógicas aparentemente contraditórias: a lógica do mercado e a lógica da autoridade, ou do Estado. Todavia também vale considerar, por outro lado, que a teoria econômica mostra que o simples aumento do fluxo de capitais para os países em desenvolvimento deve trazer como conseqüência o crescimento econômico.

Segundo Balasubramanyam e Sapsford (2001), um marco multilateral de investimento auxiliaria os PED a resolver seus problemas do dilema do *trade off* entre a opção pela manutenção da soberania e a necessidade de se atrair IED para promoção do desenvolvimento doméstico. A adoção de um acordo com regras abrangentes, mas também flexíveis, na verdade poderia servir como reforço para facilitar a solução desse dilema.

Um outro benefício que a celebração de um marco multilateral de investimento abrangente para os PED é a possibilidade de alocação mais eficiente de recursos na esfera doméstica, tornando claro regras, meios e instrumentos com que governos de PED podem valer-se para melhorar seus atrativos a investidores estrangeiros. Mesmo o desenvolvimento de fatores como infra-estrutura instalada, estoque de tecnologia e nível educacional da mão-de-obra podem beneficiar-se, ganhando mais objetividade e interesse em face de expectativas mais definidas a respeito do potencial de investimentos externos. Por outro lado, um marco multilateral de investimento deverá abranger aspectos voltados para a redução ou mesmo eliminação de formas variadas de concorrência predatória que podem, eventualmente, aparecer

¹¹⁹ Diz o artigo 22 da Declaração de Doha que “(...) *any framework should reflect in a balanced manner the interests of home and host countries, and take due account of the development policies and objectives of host governments as well as their right to regulate in the public interest. The special development, trade and financial needs of developing and least-developed countries should be taken into account as an integral part of any framework, which should enable members to undertake obligations and commitments commensurate with their individual needs and circumstances. Due regard should be paid to other relevant WTO provisions. Account should be taken, as appropriate, of existing bilateral and regional arrangements on investment.*”

como incentivos a investimentos ou exigências de desempenho por exemplo. Com efeito, práticas como essas têm sido objeto de inúmeras controvérsias entre países desenvolvidos e PED. Esses cuidados, obviamente, não significam que cláusulas disciplinadoras devam prevalecer sobre os benefícios que podem ser extraídos da boa convivência com as leis de mercado.

Uma das razões para o fluxo relativamente baixo de IED aos países em desenvolvimento é a ausência de um sistema eficaz de proteção ao investidor estrangeiro que, em larga medida, continua exposto a riscos de perdas de ativos e de ganhos na hipótese de ocorrência de nacionalização ou expropriação de instalações. A construção de um marco multilateral de investimento, dentro ou fora do âmbito da OMC poderia ser importante instrumento para reduzir as incertezas decorrentes dessa possibilidade. Por um lado, um arranjo multilateral na área ganharia muita eficácia no caso de estar associado a instâncias e práticas judiciais como a arbitragem que permite associar a defesa dos direitos e interesses no plano individual com as normas de conduta na esfera internacional. O poder de tribunais domésticos em julgar controvérsias entre um Estado e um investidor estrangeiro poderia ser um fator importante na redução da incerteza com relação à sua escolha em realizar investimento em determinado PED. Assim, tais providências estariam em consonância e seriam até mesmo necessárias para fortalecer instâncias internacionais especializadas na matéria, como o ICSID e, em menor grau, a UNCITRAL. Vale ressaltar, igualmente, a necessidade de se renovar os princípios consagrados da *Fórmula Hull* – da indenização “pronta, adequada e efetiva” – na hipótese de ocorrência de tais casos. Como afirmam Fitzgerald *et al* (1998):

*In the absence of a multilateral, regional or bilateral agreements, investor-to-state disputes are usually dealt with in the courts of host countries. This very fact deters many investors from moving into the poorer developing countries, which may not have developed legal rules and/or independent, reliable courts.*¹²⁰

¹²⁰ FITZGERALD *et al* (1998:39).

Por fim, vale mencionar que a criação de um marco multilateral de investimento abrangente funcionaria como um importante *benchmark* para acordos plurilaterais de investimento e para APPIs. Em relação a esses últimos, inclusive, as disciplinas constantes em um marco multilateral de investimento poderiam fazer face ao modelo de APPI calcado nas normativas do NAFTA, consideradas excessivamente liberais, reeditando, de algum modo, o assim chamado modelo “OCDE-1959”, mais flexível.

3.3.2 – Alguns desafios aos PED

Como se viu, a entrada de fluxos de IED parece ser benéfica às economias receptoras dos PED na grande maioria dos casos. Há alguns autores aqui estudados, como Correa e Kumar (2003) e Blomström *et al* (1992), que alertam que a geração de externalidades positivas pela entrada de IED nas economias em desenvolvimento dependerá, muitas vezes, do próprio país em questão (dificultando, assim, quaisquer generalizações a respeito do assunto) e do tipo de IED (alguns tendem a ser mais benéficos que outros). No que se refere ao investimento doméstico, a entrada de alguns tipos de IED pode causar o efeito de deslocamento negativo (investimentos de origem doméstica são deslocados e perdem espaço – *crowd-out*), sobretudo se a economia receptora não desfrutar já de um certo nível de avanço tecnológico capaz de dar sustentação ao desenvolvimento da indústria doméstica. O grau de geração do *technological spillover* parece depender, também, do nível educacional da força de trabalho (Lipsey, 2000; Persson e Blömstrom, 1983), sendo mais eficiente nos casos em que existe, na economia anfitriã, certo estoque de conhecimento e aprendizado da força de trabalho, e que não haja, por assim ser, distância muito significativa de níveis tecnológicos entre o IED e os países receptores.

Por essa razão, pode ser interessante que alguns PED se empenhem, dentro ou fora da esfera da OMC, para que num eventual arranjo multilateral de investimento as regras sejam equilibradas e flexíveis, permitindo que haja espaço para selecionar e melhor explorar oportunidades representadas pelo ingresso de IED. Um primeiro passo nessa direção seria negociar, com cautela, regras claras no que tange à definição e ao escopo de um possível acordo que sirva de referência para a prática do multilateralismo na esfera dos investimentos internacionais. Nesse sentido, pode ser pouco interessante para os PED a adoção de uma definição muito ampla de investimento, uma vez que as modalidades, as vantagens e também os riscos associados à entrada de investimentos externos são muito variados. No âmbito da OMC, a Declaração de Doha já contempla a dimensão desenvolvimento na definição de investimento¹²¹, mas cuja redação pode também contemplar outros tipos de investimento, como os de *portfolio* com grande potencial especulativo.

A questão da transparência é outro desafio que deve ser contemplado e negociado para que um possível marco multilateral de investimento seja equilibrado. Assim, seja na esfera da OMC ou fora dela, é importante que um tratado multilateral estabeleça mecanismos de transparência tanto para EMNs quanto para Estados receptores de investimento. Muitas das situações de entrada de EMN em determinado PED envolve assimetrias de informação, com o governo anfitrião tendo pouca informação a respeito da EMN e de seu histórico com relação à responsabilidade social e corporativa, e a seu envolvimento em práticas ilícitas de corrupção e suborno. Em alguns países, a prática do *lobbying* é bastante difundida e nem sempre é clara a distinção entre aquilo que é feito de forma lícita e o que é conduzido de maneira ilegal. O desenvolvimento de um banco de dados sobre as atividades das EMNs, bem

¹²¹ Segundo o artigo 20 da Declaração Ministerial de Doha, o objetivo de um marco multilateral de investimento é o de “(...) *secure transparent, stable and predictable conditions for long-term cross-border investment, particularly foreign direct investment, that will contribute to the expansion of trade, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in paragraph 21*”.

como sobre as regras e ações do governo dos PED, parece ser auspicioso nesse sentido.

No que tange ao padrão de tratamento do IED com relação ao investimento doméstico, sobretudo ao princípio do tratamento nacional, parece interessante aos PED envidar esforços no sentido de introduzir disciplinas mais flexíveis, como a adoção de listas “positivas”, a exemplo do que ocorre no GATS. Ao contrário das “negativas”, essas listas, ao facultar aos membros a possibilidade de determinar em quais setores o tratamento nacional deve ser aplicado (setores constantes na lista “positiva”), salvaguardam outros setores mais sensíveis da concorrência internacional. Vale lembrar, porém, que o estabelecimento de listas “positivas” deve estabelecer critérios claros, sob pena de tornar o marco multilateral de investimento fraco e de difícil aplicação.

Um possível marco multilateral de investimento abrangente e flexível deveria contemplar a questão temporal da aplicação do princípio do tratamento nacional, ou seja, se o mesmo se dá na fase pré ou pós-estabelecimento. Um dos desafios dos PED nesse quesito seria o de resguardar a sua capacidade de determinar que tipo de IED poderá ingressar em suas economias: somente após a entrada é que se aplicam as regras do tratamento nacional, isto é, na fase pós-estabelecimento. Nesse sentido, disciplinas que disponham sobre os padrões de tratamento de IED antes que o mesmo tenha ingressado na economia anfitriã – o pré-estabelecimento – podem reduzir a capacidade dos PED em estabelecer controles sobre o tipo de IED, perdendo, em princípio, sua capacidade de conceder tratamento menos favorável que o aplicado a investidores nacionais ou a investidores nacionais de países beneficiados pelo princípio da nação mais favorecida.¹²²

¹²² Somente nas normativas do NAFTA e no projeto de minuta do MAI é que o princípio do pré-estabelecimento foi contemplado. Bilateralmente, a grande maioria de APPIs não dispõe sobre o pré-estabelecimento, à exceção daqueles celebrados com os Estados Unidos ou inspirados no NAFTA.

Outro desafio importante para os PED no que concerne aos benefícios de um possível marco multilateral de investimento é a necessidade de que o mesmo contemple dispositivos que realcem a importância da noção de que os fluxos de investimentos devem estar associados com a promoção do desenvolvimento. Um dos pontos desse tópico está relacionado com a percepção de que o estabelecimento de cláusulas de desempenho para os investimentos geralmente gera problemas. Com efeito, essa questão tem sido objeto de grandes discussões e desentendimentos entre os países desenvolvidos e a maioria dos PED. Um marco multilateral de investimento abrangente muito provavelmente deveria incluir uma ampla gama de proibições da utilização de exigências de desempenho, responsáveis, em muitos casos, por distorções nos fluxos de IED entre os países. Algumas dessas proibições poderiam, contudo, ser flexibilizadas segundo necessidades objetivas de desenvolvimento doméstico dos PED ou poderiam, ainda, ser reduzidas com vistas a favorecer países menos desenvolvidos, cuja proteção a alguns setores mais sensíveis se faça necessária.

Correa e Kumar (2003) advogam que a proibição de exigências de conteúdo local devam ser reduzidas ou eliminadas, pois são importantes instrumentos de geração de valor agregado doméstico, emprego e transferência de tecnologia a produtores locais. Em outras palavras, o argumento é que as externalidades positivas geradas são, na maioria das vezes, muito maiores do que eventuais ganhos em matéria de emprego e capacidade tecnológica pela simples imposição de obrigações quanto o emprego de fatores locais. Segundo Balasubramanyam e Sapsford (2001), um marco multilateral de investimento deveria possibilitar os PED a fazer com que as EMNs gradualmente aumentem suas compras de bens produzidos localmente, o que induz os produtores locais a internalizar inovações tecnológicas com vistas a atender à demanda interna gerada pelas EMNs. Esse tem sido o exemplo da Índia, país no qual firmas automobilísticas japonesas se instalaram, fornecendo aos produtores locais de componentes bens

importantes como *know-how* organizacional e adquirindo desses os componentes necessários para a fabricação de automóveis.¹²³

Outra opção aos PED é a obrigação do estabelecimento de *joint-ventures*, que podem facilitar a absorção de conhecimentos trazidos por EMNs, sem a necessidade, no entanto, da adoção de exigências de desempenho específicas.

O estabelecimento de obrigações ao investidor estrangeiro pode ser, também, outra alternativa que possuem os PED na negociação de um marco multilateral de investimento abrangente e equilibrado. Isso se torna importante na medida em que muitas EMNs possuem diferenciais de ativos tangíveis e intangíveis que podem deslocar os investimentos domésticos negativamente, como é o caso das práticas restritivas ao comércio. O desafio que se impõe aos PED é, pois, elaborar uma lista de obrigações a EMNs como, por exemplo, a contribuição dessas empresas para o fortalecimento das capacidades científicas e tecnológicas da nação receptora; a transferência de técnicas organizacionais por meio de treinamento de mão-de-obra nacional; a aplicação de comportamento justo na determinação de preços domésticos; entre outros. O acordo sobre Princípios e Regras para o Controle de Práticas Restritivas de Negócio (RBPs) das EMNs, apesar de importante, não dispôs de forma vinculatória o tema, fazendo com que o mesmo careça, pois, de regulamentação no plano multilateral.

Por fim, um último desafio diz respeito ao controle de incentivos a investimentos. Essa é uma prática empregada com frequência tanto por países industrializados quanto por PED, que distorce os fluxos internacionais de IED. Aplicado por um país em desenvolvimento, geralmente os incentivos a investimento tendem a transferir renda, por meio de concessões fiscais e creditícias, dos contribuintes locais para as EMNs. Na verdade, essa prática tende a estimular a concorrência predatória entre PEDs. Se implementados pelos países desenvolvidos, tais incentivos tendem a distorcer os fluxos de

¹²³ Cf. BALASUBRAMANYAN e SAPSFORD (2001:15).

investimento, deixando muitos PED incapazes de competir com as políticas adotadas pelos países desenvolvidos que dispõem de muito mais recursos e meios. Por esse motivo, um marco multilateral de investimento deve conter, também, disciplinas que reduzam a utilização desses mecanismos.

CONCLUSÃO

O multilateralismo nos investimentos internacionais e suas perspectivas

A partir da década de 90, os fluxos internacionais de IED mais que quadruplicaram em relação à década de 80 e foram quase que 18 vezes superior ao nível alcançado durante a década de 70. Somente em 2000, os fluxos de IED lograram totalizar, segundo a UNCTAD, US\$ 1,387 trilhão, o patamar mais alto em todas as décadas. Quase 70% desses fluxos destinaram-se aos países desenvolvidos, em grande medida devido ao processo de fusões e aquisições (*M&A*) ocorridas nesses países durante o período estudado. Somente 30% de todo esse montante de IED dirigiram-se aos PED, sendo a China a economia que mais captou tais recursos, com 22,5% do total de IED dirigido aos PED durante a década de 90. O Brasil somente respondeu por 8,9% desse montante na mesma década.

As décadas de 80 e 90 registraram, por seu turno, uma grande competição entre os PED pela atração e captação de IED. O número significativo de APPIs celebrados durante essas décadas constitui um excelente exemplo desse fenômeno. A entrada de IED é, como visto, importante instrumento de crescimento econômico dos países receptores. Estudos empíricos da área têm demonstrado que o grau de geração de externalidades positivas às economias receptoras de IED depende, contudo, da qualidade do IED que ingressa e, em alguns casos, de alguns pré-requisitos econômicos verificados domesticamente nos países receptores.

Em relação à qualidade do IED, é vasta a bibliografia sobre o assunto. Agosin e Mayer (2000) afirmam que o IED pode ter baixa qualidade quando ele se distribui de maneira semelhante ao investimento doméstico ou quando, segundo Correa e Kumar (2003), os capitais que ingressam em um país não trazem insumos tecnológicos suficientes à economia local. Em tais casos,

como adverte Fry (1992), pode ocorrer o fenômeno do deslocamento de firmas domésticas (*crowding out*) e sua substituição por empresas transnacionais. De modo a solucionar tal problema, algumas economias importadoras de capital, sobretudo os PED, têm adotado medidas regulatórias que visem a discriminar o IED segundo objetivos de desenvolvimento doméstico, como as exigências de desempenho, os instrumentos de política comercial, as políticas seletivas de IED, entre outras. As primeiras têm sido, de longe, as mais utilizadas pelos países receptores e têm sido objeto de grande desentendimento no meio multilateral.

No que concerne aos pré-requisitos domésticos, os mais importantes aqui encontrados parecem ser a capacidade local de absorção de novas tecnologias (*technological spillover*) via transferência de tecnologia ou de *know-how* e capacidades organizacionais. Segundo Castro (1997), a entrada de IED é importante meio de aproximação tecnológica entre países desenvolvidos e PED. Ademais, o nível de absorção tecnológica parece depender, por sua vez, do grau de complementaridade entre IED e investimento doméstico. Outra pré-condição para geração de efeitos positivos encontrada é o nível de escolaridade local (Lipsey, 2000; Persson e Blomström, 1983; Borenztein *et al*, 1995). Ademais, o grau de abertura do país (Nair-Reichert e Weinhold, 2001), a infra-estrutura instalada (Agosin e Mayer, 2000) e a capacidade de absorção do IED (Blomström *et al*, 1994) parecem ser, também, significativos para a geração de efeitos positivos ao crescimento econômico do país receptor.

A participação ou não em acordos internacionais de investimentos revelou-se fator importante para atração de IED, embora não determinante: outros fatores tradicionais (tamanho do mercado, população, dotação de recursos naturais, etc.) e não-tradicionais (capacidade de P&D, escolaridade, etc.) parecem concorrer para a atração dos fluxos de IED. A existência de acordo internacional sobre investimento, contudo, é importante instrumento de fortalecimento da confiança, sobretudo em um cenário fortemente marcado pela concorrência entre os PED para captação de IED.

Por outro lado, é patente, como visto no Capítulo II, o caráter fragmentado e heterogêneo do sistema internacional de investimento, marcado, por um lado por acordos setoriais e muito específicos, a exemplo das Diretrizes da OCDE, do GATS ou da MIGA, e, por outro, por acordos fracos, como o TRIMs. Cumpre notar que, a despeito da heterogeneidade, as iniciativas de estabelecimento de um sistema multilateral tem caminhado no sentido de se instituir maior proteção ao investidor, fenômeno impulsionado pelas contribuições das instituições do Banco Mundial (MIGA e ICSID) e pelo acordo regional do NAFTA, cujas regras marcaram uma evolução conceitual em relação aos demais tratados sobre o gênero.

Inexiste, no sistema internacional de investimento, convergência de expectativas dos atores envolvidos em torno das próprias regras do jogo, devido à ausência de entendimento entre os próprios países exportadores de capital e, mais freqüentemente, entre estes e os importadores de capital, formados, em grande parte, pelos PED. Apesar de haver demanda para tal, a inexistência de um regime multilateral de investimento ajuda-nos a explicar a heterogeneidade do sistema e a forte tendência à bilateralização, o que se afigura prejudicial aos PED, por não conter os requisitos de reciprocidade e indivisibilidade de direitos característicos, no entendimento de Ruggie, do âmbito multilateral. A definição de um regime multilateral na área de investimento parece ser bastante benéfica aos PED, pois além de reduzir os custos transacionais e as informações imperfeitas, poderia auxiliá-los para definir suas estratégias de ação por meio de uma compreensão melhor dos comportamentos de seus homólogos na cena internacional.

As várias correntes teóricas tem apontado para a hipótese de que a celebração de um marco multilateral de investimento abrangente pode ser de significativa importância aos PED. Além de um mecanismo de fortalecimento da confiança (*confidence building measure*), assegurando maior previsibilidade e segurança a investidores estrangeiros, o mesmo seria o meio mais propício para barganhar concessões por parte dos países interessados, contribuindo

para a formulação de um regramento mais flexível e que atenda a suas reivindicações específicas. Embora importante, um marco multilateral poderá gerar alguns desafios aos PED, o que poderá ser sanado caso o mesmo seja equilibrado e atente para algumas estratégias importantes, como o combate ao emprego de mecanismos de incentivo à atração de investimento, a possibilidade de utilização de algumas exigências de desempenho negociadas, além de disciplinas sobre as regras de padrão de tratamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS

BARRAL, Welber. (org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BARRETO FILHO, Fernando P. de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999.

DUNNING, John. *Multinational Enterprises and the Global Economy*. Suffolk, Great Britain: Addison-Wesley Publishers, 1992.

EICHENGREEN, Barry. J. *A globalização do capital: uma história do sistema monetário internacional*. São Paulo: Ed. 34, 2000.

EUROPEAN ROUND TABLE (ERT). *Improved Investment Conditions: Third Survey on Improvements in Conditions for Investment in the Developing World*. Montreux: Imprimerie Corbaz, 2000.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. São Paulo: Ed. UNESP, 2004.

CORREA, Carlos. e KUMAR, Nagesh. *Protecting Foreign Investment: Implications of a WTO Regime and Policy Options*. Londres: Zed Books, 2003.

FITZGERALD, E. V. K., CUBERO-BREALEY, R., and LEHMANN, A. *The Development Implications of the Multilateral Agreement on Investment*. Paris: OCDE, 1998.

KENEN, Peter. *Essays in International Economics*. Princeton: Princeton University Press, 1980.

KEOHANE, Robert O. e NYE, Joseph. *Power and Interdependence: World Politics in Transition*. 3. ed. New York: Addison Wesley Longman, 2001.

KRATOCHWIL, Friedrich *et alii* *Rules, norms and decisions: on the conditions of the practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1989.

LUNSDAINE, David Halloran. *Moral Vision in International Politics: the foreign aid regime, 1949-1989*. Princeton, Princeton University Press, 1993.

MELLO, Rubens Ferreira de. *Dicionário de Direito Internacional Público*. R. Janeiro: Iguassu, 1962.

MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behaviour*. 3. ed. Princeton: Princeton University Press, 1963

NYE, Joseph. *Bound to Lead*. New York: Basic Books, 1990.

PRADHAN, Jaya Prakash. *Foreign Direct Investment and Economic Growth: The Case of Developing Countries*. 2001. Dissertação de Mestrado - Jawaharlal Nehru University, Nova Delhi.

ROCHA, Antonio Jorge Ramalho da. *Relações Internacionais: teorias e agendas*. Brasília: IBRI, 2002

SCHOTT, Jeffrey J. *United States – Canada Free Trade: An Evaluation of the Agreement*. Washington: Institute for International Economics, 1988.

SMOUTS, Marie-Claude. *As novas relações internacionais: práticas e teorias*. Brasília: UnB, 2004.

THE ECONOMIST. *A Survey of Multinationals*. March 27th, 1993.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *World Investment Prospects: the Revival of Globalisation?*, in The Economist Intelligence Unit, 2004 edition.

UNTC. *The Determinants of Foreign Direct Investment*. New York, 1992.

UNCTAD. *Foreign Direct Investment and the LDC: Is a Multilateral Framework on Investment the Answer?* Internal draft. Geneva: UNCTAD, 1998.

_____. *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidences from Selected Countries*. New York, 2003.

WILLIAMSON, John. *Economia aberta e a economia mundial: Um texto de economia internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

_____ e KUCZYNSKI, Pedro-Pablo. *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*. Washington: Institute for International Economy, 2003.

YOUNG, Oran R. *International Governance: Protecting the Environment in a Stateless Society*. Ithaca: Cornell University Press, 1994.

TESES E DISSERTAÇÕES

CASTRO, E. A. *Os efeitos do investimento direto estrangeiro no crescimento brasileiro no período 1963-1993*. Instituto de Ciências Humanas – UnB. Brasília, 1997.

LUKACS, Luciano C. *Evolução do sistema de produção: Ford Amazon na Bahia*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Administração da UFBA. Salvador, UFBA, 2005.

PUCCI, Adriana Noemi. *Solução de Controvérsias a Investimentos Estrangeiros*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

AMORIM, Celso e THORSTENSEN, Vera. “Uma avaliação preliminar da Conferência de Doha – as ambigüidades construtivas da agenda do desenvolvimento”, in *Política Externa*, v. 10(4). São Paulo, 2002, pp.57-81.

AGOSIN, M. R. e MAYER, R. “Foreign Direct Investment in Developing Countries: Does it Crowd In Domestic Investments?”. In *UNCTAD Discussion Paper* n. 146. Geneva: UNCTAD, 2000.

BALASUBRAMANYAM, V. N. *et alii*. "Foreign Direct Investment and Growth in EP and Is Countries". *The Economic Journal*, n. 106, 1996, pp. 92-105.

_____ e Sapsford, David. *FDI and the WTO*. Working Paper n. 006. Lancaster University Management School, 2001.

BLOMSTRÖM, Magnus. *et alii*. "What Explains the Growth of Developing Countries?", in Baumol, W. J., Nelson, R. R. and Wolf, E. N. (orgs.) – *Convergence of Productivity*. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 243-256.

_____, LIPSEY, Robert E., ZEJAN, Mario. "What Explains Developing Country Growth?" *NBER Working Paper No. 4132*. Cambridge, Mass, 1992.

BORENSZTEIN, Eduardo *et alii*. "How Does Foreign Direct Investment Affect Economic Growth?". *NBER Working Paper No. 5057*. Cambridge, Mass, 1995.

CAMPOS, N. F e KINOSHITA, Y. *Why does FDI go where it goes? New evidence from the transition economies*. IMF Institute, Nov. 2003 (IMF Working Paper).

FINLAYSON, Jock A. e ZACHER, Mark W. "The GATT and the Regulation of Trade Barriers : Regime Dynamics and Functions". In KRASNER, S. D. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 273-314.

FRY, Maxwell J. "*Foreign Direct Investment in a Macroeconomic Framework: Finance, Efficiency, Incentives and Distortions*". *PRE Working Papers*. Washington: The World Bank, 1992.

GARIBALDI, Pietro *et alii*. "What moves capital to transition economies". *IMF Staff Papers*, International Monetary Fund, v. 48, Special Issue, 2001.

HEIN, Simeon "Trade Strategy and the Dependency Hypothesis: A Comparison of Policy, Foreign Investment, and Economic Growth in Latin America". *Economic Development and Cultural Change*, 40(3), 1992, pp. 495-521.

KEOHANE, Robert O. "The demand for international regimes". In KRASNER, S. D. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 141-171.

KRASNER, Stephen D. "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables". In KRASNER, S. D. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 1- 21.

KUMAR, Nagesh. "WTO's Emerging Investment Regime: Way Forward for Doha Ministerial Meeting", in *Economic and Political Weekly*, 36 (33), August 18 2001: 3151-58.

_____ e PRADHAN, Jaya P. "Foreign Direct Investment, Externalities and Economic Growth in Developing Countries: Some Empirical Explorations and Implications for WTO Negotiations on Investment". *RIS Discussion Papers*, n. 27, 2002.

_____ e SIDDHARTHAN, N. S. *Technology, Market Structure and Internationalization: Issues and Policies for Developing Countries*. London e New York: Routledge e UNU Press, 1997.

LEVY, Marc; YOUNG, Oran R.; ZÜRN, Michael "The Study of International Regimes". In *European Journal of International Relations*, set. 1995, pp. 267-330.

- LIPSEY, Robert E., “Inward FDI and Economic Growth in Developing Countries”. *Transnational Corporations*, v. 9, n.1, 2000.
- MANKIW, N. Gregory. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1995.
- MELLO, Luiz R. Jr. “Foreign direct investment-led growth: evidence from time series and panel data”. *Oxford Economic Papers*, v. 51, pp. 199-151, 1999.
- MUNHOZ, C. P. B. “Centro de Solução de Controvérsias sobre Investimento (ICSID)”. In BARRAL, W. (org.). *Tribunal Intenacional: Mecanismo Contemporâneo de Solução de Controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- NAIR-REICHERT, U., WEINHOLD, D. “Causality Tests for Cross-Country Panels: New Look at FDI and Economic Growth in Developing Countries”. *Oxford Bulletins of Economics and Statistics*, v. 63, n. 2, p. 151-171, 2001.
- NEWFARMER, Richard. “From Singapore to Cancun: investment”. *Trade Note 2: The World Bank Group*, May 2003.
- NONNENBERG, Marcelo José Braga, MENDONÇA, Mário J. Cardoso de. “Determinantes dos investimentos diretos estrangeiros em países em desenvolvimento”, in *Textos para discussão do Ipea*, n. 1016. Rio de Janeiro, 2004.
- NUNNEMKAMP, P., SPATZ, J. “Determinants of FDI in Developing Countries: Has Globalization Changed the Rules of the Game?” *Transnational Corporations*, v. 11, n. 2, 2002.
- PEREIRA, Celso de Tarso “O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimento CIRCI-ICSID”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. Outubro – Dezembro 1998. Ano 35, N. 140.
- PERSSON, H., BLÖMSTROM, M. “Foreign Investment and Spillover Efficiency in an Underdeveloped Economy: evidence from the Mexican manufacturing industry”. *World Development*, vol. 11, pp. 493-501, 1983.
- PUCHALA, Donald, HOPKINS, Raymond F. “International Regimes: lessons from inductive analysis”. In KRASNER, S. D. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 61-92.
- PURI, H. e BRUSICK, P. “Trade-related investment measures: Issues for developing countries in the Uruguay Round”, in *Uruguay Round. Papers on Selected Issues*. New York: UNCTAD, 1989.
- ROBERT, Maryse. “Multilateral and Regional Investment Rules: What Comes Next?”. *OAS Trade Union Study*, March 2001.
- RUGGIE, John G. “Multilateralism: The Anatomy of an Institution”, in RUGGIE, J. G. (ed.), *Multilateralism Matters. The Theory and Praxis of an Institutional Form*. New York: Columbia University Press, 1993, pp. 3-47.
- SAGGI, Kamal. *Trade, Foreign Direct Investment, and International Technology Transfer: A Survey*. WT/WGTI/W/88. Genebra: OMC, 2000.

SALACUSE, Jeswald W. “*Bit by Bit: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*”, in 24 *International Law*, 655, 1990.

SHIHATA, Ibrahim F. I. “*Promotion of Foreign Direct Investment – A General Account, with Particular Reference to the Role of the World Bank Group*”. 6 *ICSID Review*, FILJ 484, 1991.

SINGH, R. D. “*The ‘Multinationals’ Economic Penetration, Growth, Industrial Output, and Domestic Savings in Developing Countries: Another Look*”. *Journal of Development Studies*, 25(1), 1988, pp. 55-82.

STRANGE, Susan. “*‘Cave! hic dragones’: A critique of Regime Analysis*”. In KRASNER, S. D. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 337-354.

STEIN, Arthur A. “*Coordination and Collaboration: Regimes in an Anarchic World*”. In KRASNER, S. D. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 115-140.

TSAI, P-L. “*Determinants of Foreign Direct Investment and its Impact on Economic Growth*. *Journal of Economic Development*, v. 19, n. 1, June 1994.

WHEELER & MODY. “*International Investment Location Decisions: The Case of U.S. Firms*”. In *Journal of Economic Development*, vol. 33, 1992.

YOUNG, Oran R. “*Regime Dynamics: The Rise and Fall of International Regimes*”. In KRASNER, S. D. *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 93-113.

DOCUMENTOS

FMI. *Balance of Payments*. 5 ed, 1993.

_____. *Revision of the Balance of Payment Manual*, april 2004.

UNCTAD. *World Investment Report 1996: Investment, Trade and International policy Arrangements*. Genebra: UNCTAD, 1996.

_____. *World Investment Directory 2004*. Genebra: UNCTAD, 2004.

_____. *World Investment Report 2004 - The Shift Towards Service*. Genebra: UNCTAD, 2004.

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

WORLD BANK GROUP. *Global Development Finance 2004*. Washington DC: The World Bank, 2004.

WTO. *Doha Ministerial Declaration*. Genebra: Documento WT/MIN(01)/DEC/1, 14 de novembro de 2001.

DOCUMENTOS EM MEIOS ELETRÔNICOS

ICSID Database. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 09/01/2006.

MIGA. Disponível em www.miga.org. Acesso em 02/02/2006

NAFTA. Disponível em www.nafta-sec-alena.org. Acesso em 02/02/2006

UNCTAD Statistics Database. Disponível em www.unctad.org/fdistatistics. Acesso em 16/03/2005.

ZERBINI, Eugenia. C. G. de Jesus. *Solução de conflitos sobre investimentos no projeto da ALCA – o contencioso do NAFTA como exemplo a ser considerado nas negociações*. Disponível em www.mre.gov.br/portugues/ministerio/sitios_secretaria/cgc/itamaraty2.doc. Acesso em 15/08/2005.