

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 395, DE 2000 (MENSAGEM Nº 652/1997)

Aprova o texto do Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, em Paris, em 21 de março de 1995.

Autor: Comissão de Relações Exteriores

Relator: Deputado Marcos Rolim

I - RELATÓRIO

Submete-se ao exame desta Comissão o projeto de decreto legislativo em epígrafe, elaborado pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, objetivando a aprovação, pelo Congresso Nacional, em obediência ao disposto nos arts. 49, I e 84, VIII da Constituição Federal, do Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPI'S), celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, firmado em Paris, aos 21 dias do mês de março do ano de 1995.

O ato internacional em comento pretende, assim como os demais acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimentos, introduzir, no ordenamento jurídico interno dos países signatários, regras relativas à admissão, proteção e promoção de investimentos estrangeiros. De um modo geral, essas novas regras visam liberar ao máximo a introdução e movimentação de investimentos externos no país, inclusive no que se refere à transferência para o exterior de capitais especulativos.

Nos termos do art. 32, XI, “c” do Regimento Interno da Casa foi a mensagem enviada à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, onde o relator da matéria, Deputado Wagner Salustiano, introduziu cláusula interpretativa ao texto do PDL, com a finalidade de adequar o dispositivo do ato internacional referente à desapropriação dos investimentos aos ditames constitucionais existentes sobre o tema.

Por sua vez, o Deputado Paulo Delgado apresentou voto em separado, derrotado no âmbito da Comissão de Defesa Nacional e Relações Exteriores, no qual advertia sobre os perigos da livre circulação de capitais numa época em que os ataques especulativos empobrecem um grande número de nações. Em seu voto em separado o parlamentar, além de contemplar a cláusula interpretativa apresentada pelo relator, também incluía **reserva** relativa à livre transferência de capitais e outras cláusulas interpretativas destinadas a fazer com que a adesão do país ao acordo em discussão se desse com as necessárias cautelas e com o imprescindível respeito à soberania nacional.

Inspirado no voto em separado apresentado pelo Deputado Paulo Delgado, o Deputado João Fassarella, relator da matéria na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, apresentou voto com mesmo teor e **Emenda Substitutiva** ao PDL emanado da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Este novo PDL foi **aprovado por unanimidade** na Comissão de Economia, Indústria e Comércio.

Os sólidos argumentos desenvolvidos pelo Deputado João Fassarella motivaram a reformulação do nosso voto.

É o Relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Na forma do art. 32, III, “a”, em concomitância do art. 139, II, “c”, do Regimento Interno, compete à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação manifestar-se acerca da constitucionalidade, juridicidade e da técnica legislativa das proposições sujeitas a apreciação da Câmara dos Deputados.

Preliminarmente, antes de entrarmos na análise da proposição propriamente dita, acreditamos ser útil relembramos as decisões já

proferidas por esta Casa, e mais especificamente por esta comissão, acerca da questão das prerrogativas do Congresso Nacional quanto à apreciação de atos internacionais.

Para alguns, o Congresso Nacional só pode aprovar ou rejeitar *in totum* os acordos e tratados, não cabendo, na apreciação de atos internacionais, a elaboração de emendas, ressalvas ou cláusulas interpretativas. Obviamente, tal interpretação restrita dos poderes do Legislativo representa um entrave significativo à possibilidade do Congresso Nacional propor diretrizes, parâmetros políticos e ações concretas que digam respeito à inserção do País no cenário internacional.

Além disso, essa visão, ao nosso ver errônea, do papel do Legislativo se constitui em um claro constrangimento à própria apreciação de atos internacionais por parte do Congresso Nacional, pois ela fica limitada *a priori* à rejeição ou aprovação total. Com isto, muitas vezes aprova-se um tratado ou acordo internacional que, em linhas gerais, é importante e positivo, mas que contém cláusulas que precisariam ser aperfeiçoadas ou ressalvadas.

Para outros, entretanto, a apreciação de atos internacionais pelo Congresso Nacional não pode ser restrita à aprovação total ou rejeição total.

O insigne jurista Haroldo Valladão resumiu bem o argumento principal dos que defendem tal idéia quando, na condição de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, em 1961, foi inquirido à respeito da possibilidade do Congresso Nacional elaborar emenda ao Acordo de Comércio e Pagamentos entre o Brasil e a República da Tcheco-Eslováquia. Nas suas palavras:

Se ao Congresso compete, assim, deliberar, decidir, sobre aqueles atos internacionais, não há como limitar a sua deliberação, restringir sua decisão a pontos extremos, aprovação total ou rejeição total, pois a aprovação de emendas é, claramente, também, uma forma de resolver, decidir, deliberar.

Esse entendimento foi seguido pelo nobre Deputado José Thomaz Nonô, o qual emitiu parecer à Consulta nº 7, de 1993, que solicitava, a pedido da Presidência da Câmara, o pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação “sobre a possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê-lo parcialmente”.

O parlamentar argumentou que:

*..... se ao Congresso Nacional compete, por força do mandamento constitucional expresso no inciso I do art. 49, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, ou seja, se ao Congresso é conferido o direito-dever de aprovar ou rejeitar, **in totum** , o texto internacional pactuado pelo Executivo, torna-se perfeitamente aceitável a tese de que ele , Congresso, detém o poder de aprová-los com restrições. **Qui potest maius, potest minus.***

A conclusão da Consulta acima citada foi de que:

.....sob nossa ótica e com base nos fundamentos jurídicos e nos antecedentes legislativos mencionados, julgamos que o Congresso Nacional, no exercício de seu “poder-dever”, expresso no art. 49, inciso I, da Constituição Federal, poderá aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar”.

Deve-se salientar que o voto do Relator, Deputado José Thomás Nonô, sobre a Consulta nº 7, de 1993, foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. O Parecer da Comissão afirma que:

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, em reunião ordinária realizada hoje, opinou unanimemente pela possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê-lo parcialmente, nos termos do parecer do Relator.

Essa visão do papel do Congresso Nacional na apreciação de atos internacionais, parece-nos, sem sombra de dúvida, a mais adequada e a que melhor representa o pensamento desta Casa.

Dito isso, e também em sede preliminar, cremos ser de bom alvitre tecermos considerações sobre a origem dos acordos bilaterais de investimento e acerca das conseqüências que a adesão a tais atos internacionais teria, no que concerne à ordem jurídica interna.

Ao assim agirmos procuraremos inserir nossas reflexões relativas ao presente acordo dentro do contexto maior da apreciação da dinâmica que gere a formação de direitos econômicos no plano internacional.

Assim o faremos calcando-nos no voto apresentado pelo Deputado Paulo Delgado, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, e no voto do Deputado João Fassarrella, apresentado na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, os quais esgotam a discussão sobre o acordo internacional em pauta.

a) Breves Considerações Históricas

Os Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPI'S) têm a sua origem, em grande parte, no programa de garantia de investimentos administrado pela *Overseas Investments Corporation* (OPIC). Tal programa foi concebido pelo governo dos EEUU. para estabelecer esquemas de seguro que visavam à proteção dos investidores americanos, no contexto do Plano Marshall.

Na época, considerava-se que os investimentos americanos poderiam estar sujeitos aos riscos de expropriação e nacionalização, bem como a prejuízos causados por conflitos armados e impossibilidade de remessas de lucros ou de repatriação de capitais.

O sistema de garantias gerado pelo citado programa acabou por inspirar a criação da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), organismo vinculado ao sistema do Banco Mundial, e deu o escopo jurídico para a elaboração do primeiro acordo bilateral destinado especificamente a proteger investimentos externos, o qual foi firmado entre a Alemanha Federal e o Paquistão, em 1959.

Contudo, durante a década de 60, não ocorreu a celebração de um número significativo desse tipo de acordo.

A situação começou a mudar a partir de meados da década de 70 e, principalmente, desde o início dos anos 80, quando a celebração dos APPI'S tomou grande impulso em virtude do grande interesse dos países desenvolvidos em desenvolver uma política mais firme de proteção dos seus investimentos.

Esse interesse tinha sido despertado por alguns processos de nacionalização ocorridos em países em desenvolvimento, nas décadas de 60 e 70, e especialmente por aquilo que foi considerado, pelos grandes investidores, como a "erosão dos princípios do Direito Internacional"¹.

Essa "erosão" estaria sendo conduzida, conforme a interpretação dos investidores, por Resoluções da ONU, tais como a "Carta dos Direitos e Deveres Econômicos Sociais dos Estados" (Resolução nº 3.281).

De fato, por meio desse e outros instrumentos, assegurava-se o direito, entre outros, dos Estados de nacionalizar, expropriar e transferir a titularidade dos investimentos estrangeiros, sempre que tais medidas fossem julgadas necessárias para proteger o interesse público.

Assim, o processo de assinatura de tais acordos bilaterais nasceu fundamentalmente como uma reação dos grandes investidores e dos governos dos países desenvolvidos à possibilidade dos Estados nacionais, consagrada em instrumentos multilaterais firmados no âmbito das Nações Unidas, de disciplinar, de acordo com o interesse público, os investimentos estrangeiros.

Mais recentemente, com o que o que foi caracterizado, equivocadamente, de o "novo processo de globalização", houve uma "explosão" de celebração de acordos de promoção e proteção de investimentos em todo o mundo. Com efeito, conforme as estatísticas disponíveis, já há cerca de 900 acordos desse tipo em vigência, a maior parte dos quais assinados na presente década.

No nosso entendimento, cabe indagar, em primeira instância, quais os mecanismos que levaram à celebração de tantos acordos num período relativamente curto de tempo. Há alguns autores, especialistas na matéria, que têm essa mesma preocupação. Para Mahammoud Salem:

..... a elaboração de uma multitude de acordos bilaterais, num período histórico relativamente curto, é algo

¹ Cláudia Perrone-Moisés, "Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros", São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998, pp 28. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP, sob orientação do Professor Celso Lafer.

interessante de ser estudado. Pode-se, com efeito, se perguntar se tal celeridade corresponde à iniciativas verdadeiramente bilaterais, sem ligação entre si, ou se trata sobretudo de um movimento que procede de uma ou de algumas referências comuns².

Uma pista para responder tal indagação reside no fato de que a imensa maioria dos acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimentos são firmados entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento.

Assim sendo, parece-nos que houve e há uma certa pressão coordenada dos governos das nações industrializadas, no sentido de condicionarem a realização de investimentos em países em desenvolvimento à adesão desses países às cláusulas constantes em tais acordos.

Por outro lado, muitos governos de países em desenvolvimento consideram, atualmente, que a atração de investimentos externos deva ter prioridade sobre considerações de ordem jurídica e, inclusive, sobre a submissão do regime de investimentos estrangeiros aos ditames de sua ordem legal interna. Daí que a adesão desses países aos APPI'S freqüentemente se faça a toque-de-caixa e sem maiores discussões. Concomitantemente, observa-se que há uma certa renúncia, por parte dessas nações, ao uso das Resoluções da ONU que dão amparo a um controle maior dos investimentos estrangeiros.

Como, nos últimos anos, tem-se acirrado sobremaneira a concorrência entre os países em desenvolvimento, em relação aos investimentos externos, e como o chamado Terceiro Mundo recebe apenas uma pequena fração dos capitais investidos em todo o Planeta, compreende-se a ansiedade dos governos de tais países em aderir celeremente e sem maiores cuidados jurídicos aos APPI'S.

Entende-se, também, as prementes razões de cunho econômico que levam os países em desenvolvimento a renunciar a discutir mais profundamente, em fóruns multilaterais ou em seu âmbito interno, a necessária conciliação entre a vontade de atrair capitais externos e a necessidade de submetê-los aos interesses do Estado-Nação.

Como bem afirmou Dominique Carreau:

² Salem Mahmoud, "Le Développement de la Protection Conventionnelle des Investissements Étrangers", *Journal du Droit International* nº 4, 1986, pp 579-626.

*.....chegou o tempo em que as nações são mais sensíveis aos movimentos dos capitais do que aos incidentes de fronteira. Isto resulta em duas consequências: a primeira é uma paralisia dos mecanismos tradicionais do direito internacional; e a segunda é uma tendência geral a colocar as considerações sobre oportunidade acima das exigências da legalidade*³.

Contudo, a necessidade de se atrair investimentos externos não pode, do nosso ponto de vista, criar obstáculos a imprescindível discussão sobre as consequências jurídicas, econômicas e políticas que advirão, necessariamente, da adesão do País aos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos.

b) Os APPI'S e a Ordem Jurídica Interna

Antes que tudo, é preciso indagar acerca das implicações jurídicas que o grande e crescente número de APPI'S em vigência teria sobre o Direito Internacional, particularmente no que diz respeito às regras que regem os investimentos.

Segundo alguns autores, as cláusulas contidas nos APPI'S não poderiam ser consideradas como formadoras de costume internacional. Esta é a opinião de Oscar Schaster, para quem:

*.....como regra geral, a repetição de cláusulas comuns em Acordos Bilaterais não dão suporte à inferência de que tais cláusulas expressam lei consuetudinária.*⁴

Há, porém, estudiosos, tais como Charles de Visscher, para quem as disposições convencionais, incluindo-se as relativas a tratados de investimentos, ao se generalizarem, darão nascimento a um regime internacional e substituirão gradualmente as garantias do Direito Internacional Costumeiras.

A outra polêmica envolvendo os APPI'S, e que nos interessa mais na apreciação do acordo franco-brasileiro, é a relativa às consequências que a adesão do país aos acordos bilaterais de investimentos teria sobre a ordem jurídica interna.

No Brasil, a interpretação oficial dada aos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos é a de que a adesão do país

³ Dominique Carreau, *Droit International*, Paris: Pedone, 1994.

⁴ Oscar Shaster, , "Compensation for Expropriation", *American Journal of International Law*, Washington, 1984, p. 126.

aos APPI'S não modificaria em nada as normas jurídicas internas relativas aos investimentos estrangeiros e à atividade econômica de um modo geral. Não haveria, pois, qualquer contradição entre as cláusulas dos acordos bilaterais de investimentos e as determinações constitucionais e infra-constitucionais referentes ao assunto.

Tal interpretação estaria amparada pelos próprios textos dos APPI'S, os quais, de um modo geral, estipulam que os investimentos serão admitidos conforme a legislação interna das Partes Contratantes. No caso específico do Acordo franco-brasileiro, o seu artigo 2º determina que:

Cada uma das Partes Contratantes incentivará e admitirá, no âmbito de sua legislação e das disposições deste Acordo, os investimentos efetuados por investidores em seu território e em sua zona marítima.

Pode-se depreender, pela redação acima, que as “disposições” do Acordo se somariam harmonicamente, em tese, à legislação da Parte Contratante que recebe os investimentos. Para o a diplomacia brasileira o investimento realizado em virtude da celebração de um acordo desse tipo:

....sempre será feito nas condições determinadas pela legislação nacional de cada país signatário do acordo, portanto em perfeita consonância, no caso e na hipótese de que o Brasil decida aderir, com restrições constitucionais ou legais existentes na matéria.⁵

Obviamente, a idéia subjacente a essa interpretação oficial é de que haveria uma coincidência necessária de interesses entre os países exportadores de capital e os países que recebem investimentos.

Entretanto, há estudiosos do tema que discordam veementemente dessa interpretação oficial dos acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimentos. Conforme nos ensina Cláudia Perrone-Moisés:

*Foram os países desenvolvidos que inicialmente deram impulso a estes tratados, com o objetivo de fornecer proteção a seus investimentos nos países em desenvolvimento e tentar reduzir, ao máximo, os riscos políticos inerentes, muitas vezes, aos investimentos nesses países. Em linhas gerais, o tratado bilateral estipula regras de proteção ao investimento estrangeiro que serão aplicadas após a admissão do investimento e **que não***

⁵ Paulo Roberto de Almeida "O Acordo de Investimentos da OCDE e o Brasil", mimeo, 1998.

constam da legislação interna do país hospedeiro (grifo nosso).⁶

Do nosso ponto de vista, a tese acima mencionada é a única que faz sentido. Com efeito, se as preocupações dos países exportadores de capital, consubstanciadas nas principais cláusulas dos APPI'S, estivessem, de alguma forma, contempladas na legislação interna do país hospedeiro dos investimentos, qual seria o sentido da adesão de tais países aos acordos em discussão?

Se os investimentos são admitidos conforme a legislação do país importador de capital e se os dispositivos dos APPI'S não mudam a ordem jurídica interna de tal país, segundo o que apregoa a tese oficial sobre o tema, a celebração dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos seria inteiramente desnecessária. De fato, caso essa tese estivesse correta, a celebração dos APPI'S não traria, para as nações exportadoras de investimentos, nenhuma segurança jurídica adicional, além das que já existiriam na ordem jurídica interna dos países hospedeiros.

Na realidade, os APPI'S foram concebidos com o intuito de sobrepor-se às legislações internas dos países em desenvolvimento, de forma a fornecer segurança aos investidores estrangeiros. Portanto, subjace, nessa concepção, a tese de que as legislações dessas nações seriam ou poderiam ser, de alguma forma, "hostis" ou "prejudiciais" aos investidores estrangeiros.

Acontece que boa parte das legislações internas referentes aos investimentos estrangeiros pretendem, de um modo geral, disciplinar e regulamentar a afluência de capitais, de acordo com o interesse público. Pode haver, em consequência, um conflito entre certos dispositivos das legislações internas dos países hospedeiros de investimentos e os interesses dos investidores estrangeiros. Daí a necessidade, para os países exportadores de capital, de que os APPI'S sejam celebrados, pois eles, ao contrário das legislações internas de muito países, procuram desregulamentar ao máximo o fluxo de investimentos. Pode-se dizer que, enquanto as legislações nacionais pretendem, via de regra, disciplinar a internalização de capitais, os APPI'S procuram regulamentar, limitando-a, a capacidade dos Estados de exercerem efetivamente tal disciplinamento.

⁶ Cláudia Perrone Moisés, *idem*, p. 24.

Assim sendo, existiria uma contradição básica entre os objetivos últimos de muitas legislações internas e a finalidade precípua dos APPI'S.

Cabe-nos, agora, perguntar se, no caso específico do Brasil, observa-se discrepâncias ou disparidades entre a ordem jurídica interna e as cláusulas dos APPI'S, de um modo geral, e, mais especialmente, no acordo franco-brasileiro.

c) Análise do Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos Franco-Brasileiro

Na exposição de motivos encaminhada pelo Sr. Ministro das Relações Exteriores, afirma-se que o presente acordo foi celebrado, *in verbis*:

“...com vistas a garantir a **introdução no ordenamento jurídico nacional** (grifo nosso) de regras compatíveis com a política nacional de atração de investimentos estrangeiros diretos.”

Reconhece-se explicitamente, dessa forma, que a adesão ao diploma em pauta, ao contrário do que apregoa a mencionada interpretação oficial, deverá modificar a ordem jurídica interna relativa ao regime de investimentos.

Justifica-se tal modificação com a tese de que a celebração de tal acordo, como de resto a celebração dos APPI'S de um modo geral, deverá contribuir decisivamente para aumentar o fluxo de investimentos externos para o Brasil.

Pois bem, quais seriam as principais cláusulas do Acordo franco-brasileiro que seriam introduzidas na ordem jurídica interna do País e que resultariam, segundo a justificativa do governo, num aumento do aporte de capitais?

O primeiro dispositivo sobre o qual gostaríamos de chamar atenção dos nobres pares refere-se à definição de “investimento” contida no artigo 1º, a qual inclui, *litteratim*:

a) os bens móveis e imóveis, bem como todos os demais direitos reais, tais como hipotecas, penhores, usufrutos, cauções e direitos análogos;

b) as ações, o ágio acima do valor de subscrição e outras formas de participação, mesmo minoritárias e indireta, nas sociedades constituídas no território de uma das Partes Contratantes;

c) as obrigações, créditos e direitos sobre quaisquer compromissos que tenham valor econômico;

d) os direitos de propriedade intelectual, comercial e industrial, tais como direitos autorais, patentes, licenças, marcas registradas, modelos e módulos industriais, procedimentos técnicos, nomes registrados e fundo de comércio;

e) as concessões outorgadas por lei ou em virtude de contrato, em especial à prospecção, cultivo, extração ou aproveitamento de recursos naturais, inclusive os situados na zona marítima das Partes Contratantes;

Como se vê, trata-se de uma definição extremamente abrangente e eclética do termo "investimento".

Deve-se assinalar que a definição excessivamente abrangente do conceito de investimento adotada por este acordo (e que consta dos vários atos internacionais semelhantes já assinados pelo Executivo com outros países) impediria ou dificultaria que o Brasil selecionasse os investimentos externos de acordo com as conveniências de eventuais políticas de desenvolvimento econômico e, mais especificamente, de políticas industriais e de desenvolvimento tecnológico.

Como qualquer tipo de investimento, independentemente de sua natureza e mecanismo de implementação, fica, por este acordo, protegido nas mesmas condições que os demais, torna-se obviamente difícil o favorecimento à aqueles que seriam de maior interesse para o desenvolvimento da nação.

Seria muito complicado, no caso da adesão do Brasil ao presente acordo, implementar incentivos ao investimento direto, em detrimento do capital especulativo de curto prazo (*hot money*).

O segundo ponto do presente ato internacional que merece discussão diz respeito ao que consta no seu artigo 4, o qual reza que, *in litteris*:

“Cada uma das Partes Contratantes aplicará, em seu território e em sua zona marítima, aos investidores da outra Parte Contratante, no tocante a seus investimentos e as atividades a eles relacionadas, um tratamento não menos favorável do que aquele concedido a seus próprios investidores, ou a investidores da Nação mais favorecida, se este for mais vantajoso.”

Ou seja, através do disposto no citado artigo, cada Parte Contratante se compromete a dar aos investidores da outra Parte o tratamento nacional e o de nação mais favorecida. Dessa maneira, os investidores franceses no Brasil receberão necessariamente o mesmo tratamento dado aos investidores brasileiros ou aos investidores de uma terceira nação que porventura tenham um tratamento mais favorável.

Do nosso ponto de vista, embora a Constituição Federal não faça mais uma distinção entre empresa de capital nacional e a empresa estrangeira, este dispositivo dificultaria a eventual implementação de políticas diferenciadas de investimentos ou de desenvolvimento tecnológico em setores econômicos que, de acordo com o interesse nacional, poderiam ser considerados como estratégicos.

Com efeito, uma coisa é não fazer uma distinção constitucional entre empresa de capital nacional e empresa de capital estrangeiro, e outra, muito diferente, é o país abrir mão da possibilidade de, soberanamente, através de lei ordinária ou na elaboração de suas políticas, estabelecer prioridades de investimentos, proteger temporariamente setores estratégicos e dar tratamentos privilegiado às empresas nacionais em áreas tecnologicamente relevantes.

Ademais, é preciso colocar em relevo que tanto a cláusula de tratamento nacional quanto a cláusula de nação mais favorecida, ao serem implementadas sem exceções, tal como prevêm os APPI'S de um modo geral e o acordo franco-brasileiro, colidem com o princípio, consagrado em convenções e

resoluções da ONU e até mesmo nos tratados da OMC, do tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento.

Segundo tal princípio as nações de menor desenvolvimento econômico e tecnológico têm o direito de serem eximidas de algumas das obrigações previstas em certos tratados e de contar com períodos de transição mais longos para implementarem os compromissos acordados.

Por isto, certos autores recomendam cautela quanto à implementação das referidas cláusulas. Para Schwarzenberger, o dispositivo de tratamento nacional só seria apropriado, *in verbis*:

*“no caso de países de estrutura similar e interesses complementares”.*⁷

Já segundo Celso Lafer, *in letteris*:

*“o princípio igualitário da cláusula de nação mais favorecida só convém realmente a economias suficientemente desenvolvidas para enfrentarem e sustentarem a competição internacional”.*⁸

Contudo, o Acordo franco-brasileiro não estabelece exceções e prazos de transição referentes à implementação das cláusulas de tratamento nacional e de nação mais favorecida.

Parece-nos que os dois pontos já analisados neste voto estabeleceriam, combinados, a impossibilidade virtual do Brasil implementar políticas de regulação de investimentos estrangeiros e de desenvolvimento tecnológico autônomo, já que o primeiro define investimento estrangeiro de forma extremamente genérica, sem distinções de natureza, prazos, formas de implementação etc., e o segundo, complementando-o, tende a impedir, através de uma proibição *in totum*, qualquer tratamento diferenciado para a empresa nacional, mesmo que seja em determinados setores e por um período de tempo limitado.

O terceiro ponto para o qual gostaríamos de chamar a atenção dos nobres pares relaciona-se ao que consta no artigo 5, o qual dispõe sobre as indenizações em caso de desapropriação.

⁷ G. Schwarzenberger. *The Frontiers of International Law*, London, Stenvens, 1962, p. 220.

⁸ Celso Lafer “O GATT, a Cláusula de Nação mais Favorecida e a América Latina, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 3, X, 1971, p.55.

Assinale-se, de início, que as desapropriações são vedadas, exceto “por razões de utilidade pública”, o que é condizente com as determinações da Constituição Federal sobre o tema. Porém, o referido artigo estabelece também que, no caso de desapropriação, o pagamento da indenização deve se dar de maneira “pronta e adequada”. Determina-se, da mesma forma, que a indenização “deverá ser efetivamente realizável, paga sem demora e livremente transferível”.

Pois bem, no que tange a este assunto, concordamos inteiramente com a argumentação apresentada pelo nobre Relator da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, o Deputado Wagner Salustiano. De fato, o que consta do artigo 5 do acordo em pauta vai de encontro a várias disposições constitucionais (inciso III, parágrafo 4, do artigo 182, e artigo 184). Portanto, aplaudimos a cláusula interpretativa que o Relator daquela comissão houve por bem inserir em seu PDL.

O quarto dispositivo que nos parece importante debater relaciona-se à livre transferência prevista no artigo 6º. Com efeito esse artigo determina que, *in verbis*:

“Cada Parte Contratante, em cujo território ou em cuja zona marítima tenham sido efetuados investimentos por outro investidor da outra Parte Contratante, concederá a tais investidores a livre transferência de:

- a) juros, dividendos, lucros e outras receitas correntes;
- b) “royalties” decorrentes dos direitos imateriais mencionados nos literais d) e e) do parágrafo 1º do artigo 1º;
- c) pagamentos efetuados para o reembolso de empréstimos regularmente contratados;
- d) produto da cessão ou liquidação total ou parcial do investimento, inclusive rendas do capital investido;
- e) indenizações previstas por desapropriação ou perdas, previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º.”

Trata-se, ao nosso ver, de cláusula de extrema gravidade, que poderia ter efeitos sérios sobre a nossa capacidade de fazer frente a ataques especulativos.

As duríssimas lições aprendidas com a crise do México, do Leste da Ásia, da Rússia, e mais recentemente, com o ataque especulativo contra a nossa moeda, que culminou com a destruição parcial dos mecanismos que asseguravam a estabilidade monetária e econômica no Brasil, não podem ser olvidadas.

Se há um ensinamento a ser tirado desses tristes episódios é o de que o livre funcionamento do mercado não resolve por si mesmo a instabilidade gerada pelo movimento intenso dos capitais especulativos em nível internacional.

Por isto, cresce, no mundo todo, a discussão relativa a mecanismos internacionais para disciplinar a movimentação do capital financeiro e para coibir a repetição de ataques especulativos contra as frágeis economias emergentes. Um desses mecanismos seria a Taxa Tobin, nome dado em homenagem ao seu proponente, o prêmio Nobel de economia, James Tobin. Pela proposta, seriam taxados os capitais especulativos cada vez que eles se movimentassem de um país para outro. Com isto, se reduziria a extrema mobilidade que os fluxos financeiros internacionais hoje apresentam.

Em muitos países, o debate relativo a mecanismos desse tipo está bastante adiantado. Na Finlândia, por exemplo, o governo já incluiu a implementação da Taxa Tobin como uma de suas diretrizes de política externa.

No caso específico do Brasil, todos devem se lembrar que o Governo propôs oficialmente, em 1995, que a comunidade internacional adotasse medidas para disciplinar os capitais especulativos de curto prazo.

Assim sendo, perguntamos: como conciliar esta saudável preocupação mundial, compartilhada pelo Executivo brasileiro, relativa à limitação dos movimentos do capital financeiro, com a livre transferência prevista no Acordo franco-brasileiro e nos demais APPI'S ?

É preciso levar em consideração que tais acordos não mencionam nenhuma exceção à cláusula de livre transferência. Por conseguinte, a livre transferência deverá se dar, caso os APPI'S sejam aprovados sem modificações, mesmo na eventualidade de grave crise cambial e financeira.

Não haveria espaço para qualquer regulação dessas transferências que levasse em consideração fatores como o equilíbrio da balança de pagamentos, o tipo de investimentos e os prazos de carência. O País ficaria, portanto, impedido de disciplinar remessas de lucro, *royalties*, etc., em função de seus interesses maiores e de suas necessidades estruturais ou conjunturais.

A este respeito, assinale-se que a Lei nº 4.390, de 29/08/64, que altera a Lei nº 4.131, de 1962, determina, em seu artigo 28, que:

“Sempre que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever eminência de tal situação poderá o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito impor restrições, por prazo limitado à importação e às remessas de reinvestimentos dos capitais estrangeiros e, para este fim, outorgar ao Banco do Brasil monopólio total ou parcial das operações de câmbio.”

Observa-se, assim, uma clara contradição entre a cláusula da livre transferência que consta do acordo franco-brasileiro e esta determinação inscrita na nossa ordem jurídica interna.

Ademais, é necessário assinalar que a cláusula da livre transferência que consta deste diploma fere frontalmente o art. 172 da nossa Carta Magna, o qual reza que, *in verbis*:

A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Como vimos, este acordo, se aprovado tal como está, tenderia a impedir tanto o disciplinamento dos investimentos de capital estrangeiro (francês, no caso), quanto a regulação da remessa de lucros. A não ser que se considere, por redução ao absurdo, a ausência de qualquer restrição como um disciplinamento adequado.

Ora, tendo em vista o atual quadro do capital financeiro globalizado e a difícil conjuntura da economia nacional parece-nos temerário, para dizer o mínimo, que o País abra mão desses mecanismos de proteção, ou de outros que venham a ser concebidos para prevenir ataques especulativos.

Portanto, concordamos com a ressalva ao artigo 6º do acordo em discussão aprovada na Comissão de Economia, Indústria e Comércio.

Devemos sublinhar que o Deputado João Fassarella não está só, no que concerne a esta iniciativa. Com efeito, na legislatura passada, o Deputado Augusto Viveiros, Relator, na Comissão de Finanças e Tributação, do Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos suíço-brasileiro apresentou ressalva idêntica à aprovada na Comissão de Economia, Indústria e Comércio. O parecer do Deputado Augusto Viveiros, diga-se de passagem, foi também aprovado por unanimidade pela Comissão de Finanças e Tributação.

A preocupação com a cláusula da livre transferência também está contemplada, por incrível que pareça, no texto provisório do Acordo Multilateral de Investimentos (*Multilateral Agreement on Investment*) - AMI, que está sendo negociado no âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento (OCDE). De fato, a pressão exercida por inúmeras organizações não-governamentais e até mesmo por muitos governos (como o da França, por exemplo) fez com que a livre transferência, prevista inicialmente sem exceções, ficasse consideravelmente limitada.

O texto até aqui negociado estabelece Salvaguarda Temporária, pela qual os Estados Signatários teriam o **direito de eximir-se de cumprir a cláusula da livre transferência, sempre que houvesse desequilíbrio grave no balanço de pagamentos e crise financeira, ou mesmo na eventualidade de que tais fatos pudessem ocorrer.**

Ressalte-se que esta não é a única salvaguarda prevista no AMI (ou MAI) que não consta dos APPI'S.

No quadro comparativo abaixo, listamos algumas exceções e salvaguardas relevantes do Acordo Multilateral de Investimentos, as quais não estão incluídas nos APPI'S.

Quadro Comparativo (AMI e APPI'S)

SALVAGUARDAS E EXCEÇÕES	ACORDOS BILATERAIS	AMI	OBSERVAÇÕES
Listas de exceções, por país.	NÃO	SIM	O AMI conterá anexos com exceções que os países signatários elaborarão para excluir setores, sub-setores e atividades econômicas das cláusulas

SALVAGUARDAS E EXCEÇÕES	ACORDOS BILATERAIS	AMI	OBSERVAÇÕES
			de tratamento nacional e de nação mais favorecida, além de outras. A França, por exemplo, pretendia excluir a sua indústria cultural do AMI. Os APPI'S não prevêm exceções.
Exceções gerais	NÃO	SIM	O AMI prevê que as suas cláusulas não poderiam impedir que um país signatário possa tomar medidas que visem à proteção de sua segurança, no caso de guerra, na implementação de acordos relativos a não-proliferação de armas de destruição em massa e na produção de armas e munição. Além disso, o AMI não poderá obrigar uma Parte Contratante a fornecer informações que possam ser consideradas importantes para a sua segurança, bem como impedi-la de cumprir as suas obrigações perante as Nações Unidas, principalmente no que concerne à manutenção da paz.
Salvaguardas temporárias	NÃO	SIM	O texto do AMI estabelece que, no caso de séria crise no balanço de pagamentos, crise cambial, ou mesmo na eventualidade de que tais circunstâncias possam acontecer, os Estados signatários têm o direito de adotar medidas temporárias que contrariem a cláusula relativa à livre transferência do capital. Diferença relevante entre os APPI'S e o AMI.
Tratamento diferenciado do sistema financeiro	NÃO	SIM	O AMI trata de maneira diferenciada o sistema financeiro. Dentre outros dispositivos, o seu texto contém artigo que estabelece que as Partes Contratantes poderão tomar medidas preventivas (<i>prudential measures</i>) para assegurar a integridade e a estabilidade dos seus sistemas financeiros.
Cláusula de proteção ao meio ambiente e à legislação trabalhista (<i>not lowering standards</i>).	NÃO	SIM	O texto do AMI deverá conter cláusula que impeça as Partes Contratantes de promoverem o relaxamento das legislações que digam respeito ao meio ambiente e à proteção do trabalhador, com o intuito de atrair investimentos externos. Dessa forma, se evitaria a

SALVAGUARDAS E EXCEÇÕES	ACORDOS BILATERAIS	AMI	OBSERVAÇÕES
			diminuição dos <i>standards</i> sociais e ambientais. Trata-se de dispositivo de extrema importância que não consta dos APPI'S. Entretanto, ainda não está decidido se tal cláusula será ou não vinculante.

Tendo em vista essas exceções e salvaguardas previstas no texto provisório do Acordo Multilateral de Investimentos e que não constam do acordo franco-brasileiro, bem como nos demais APPI'S, perguntamo-nos se não seria conveniente para o País esperar o término das negociações do referido tratado multilateral para então decidir sobre a conveniência e a oportunidade de aderir aos APPI'S. É mister ter em mente que o AMI, que destina-se, como os APPI'S, a ditar regras sobre a promoção e a proteção de investimentos estrangeiros, teria, ao entrar em vigor, precedência jurídica sobre os acordos bilaterais.

De outro lado, se os países desenvolvidos que estão negociando o AMI tiveram a preocupação de cercar-se de salvaguardas, por quê o Brasil não deveria fazer o mesmo em relação aos APPI'S ?

O quinto dispositivo polêmico que temos que discutir tange à **solução de controvérsias** entre o investidor estrangeiro e o Estado que recebe os investimentos, a qual consta do artigo 8 do presente acordo.

Conforme o texto do referido artigo, uma controvérsia não solucionada amigavelmente no prazo de seis meses deverá ser submetida a pedido do investidor a uma arbitragem internacional (o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias ou, no caso do Brasil ainda não ter aderido à Convenção que criou o citado Centro, um Tribunal de Arbitragem *ad hoc*).

Em outras palavras, o artigo 8 do acordo em pauta permite que o investidor estrangeiro, passando ao largo das leis e tribunais nacionais, possa solicitar unilateralmente uma arbitragem internacional para resolver qualquer controvérsia que venha a se verificar em relação aos seus investimentos.

Assim, por este dispositivo, o investidor estrangeiro pode pairar acima do Poder Judiciário nacional, só reconhecendo autoridade em arbitragens internacionais.

Ora, em primeiro lugar, o disposto no diploma em comento contraria o princípio jurídico, pedra angular do Direito Internacional, "do esgotamento dos recursos internos" que, em linhas gerais, determina que o Estado deve ter a oportunidade de reparar suposto dano ou ato ilícito, no âmbito de seu próprio sistema jurídico interno antes que se possa questionar a sua responsabilidade no plano internacional. Através deste princípio, plenamente consolidado no Direito Internacional já no século XIX e consagrado pela Doutrina Calvo, o País pode salvaguardar a autonomia de sua jurisdição interna. Porém, ao se abrir mão dele, cria-se um precedente perigoso que poderia redundar na internacionalização do regime jurídico dos investimentos.

Em segundo, a possibilidade do investidor estrangeiro recorrer a uma arbitragem internacional contra o Estado receptor do investimento colocaria em condições de igualdade dois sujeitos absolutamente distintos: o Estado brasileiro, pessoa com personalidade jurídica internacional, e uma entidade de direito privado interno, constituída no âmbito da ordem jurídica brasileira (a sucursal brasileira da empresa estrangeira).

Em terceiro, o que consta no artigo 8 do acordo em questão lança suspeitas vexatórias e infundadas sobre o Poder Judiciário nacional, ao permitir que o investidor estrangeiro, ao seu bel-prazer, ignore a sua existência recorrendo a uma arbitragem internacional, supostamente mais neutra ou ágil. Lamentamos que o texto assinado tenha endossado estas suspeitas .

Em quarto, tal dispositivo cria um privilégio para o investidor estrangeiro, negando o mesmo para o investidor nacional, que deverá, é claro, recorrer sempre às instâncias jurídicas internas. Voltando à questão da cláusula de tratamento nacional, cabe indagar se não estaria havendo uma distorção da mesma em favor do investidor estrangeiro.

Em quinto, é necessário considerar que o recurso à arbitragem internacional, na forma proposta pelo Acordo Franco-brasileiro e pelos demais APPI'S, fere, ao nosso ver, o inciso XXXV do artigo 5º da C.F., que determina que, *in verbis*:

... a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não é demais lembrar-mos que, no nosso ordenamento jurídico, um acordo internacional equivale a uma lei ordinária, e por conseguinte não pode ter o condão de retirar do Poder Judiciário a apreciação de uma controvérsia surgida em território brasileiro.

Em sexto, e este nos parece o ponto mais importante, a forma unilateral com que os APPI'S prevêm o recurso à arbitragem internacional não se coaduna com os princípios básicos que regem normalmente tal processo. Com efeito, as arbitragens costumam se dar quando as partes em conflito concordam em realizá-la. Entretanto, os APPI'S determinam que, no caso de solução de controvérsias surgidas entre a empresa e o Estado, a realização de arbitragens internacionais deverá se dar por “solicitação do investidor” ou a “pedido do investidor”. Em nenhum momento, os textos dos APPI'S utilizam a expressão “de comum acordo” ou “por acordo entre as Partes”, como seria o adequado.

O que parece estar por trás de tais redações é a idéia de que o investidor teria o direito de impor uma arbitragem internacional ao Estado receptor dos investimentos. Ressalte-se que os textos dos APPI'S deixam claro que, uma vez solicitada pelo investidor, a arbitragem “será” realizada. Assim, o País, ao assinar os APPI'S da maneira como eles estão redigidos, estaria se comprometendo a aceitar arbitragens internacionais solicitadas unilateralmente pelos investidores. Esta nossa interpretação dessa cláusula dos APPI'S é coerente com o fato de que tais diplomas internacionais foram concebidos justamente para atenuar o suposto “risco político” atinente aos investimentos externos. Daí a necessidade de que arbitragem internacional se possa fazer pela vontade unilateral do investidor, e não de comum acordo entre as partes.

Saliente-se que o “Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos” do Banco Mundial, principal instituição que realiza arbitragens do gênero, também tem a mesma interpretação sobre as arbitragens internacionais propiciadas pelos APPI'S, qual seja: ao assinar os acordos, sem as ressalvas convenientes, os países se comprometem, *a priori*, a aceitar qualquer arbitragem solicitada.

Deve-se levar em consideração que a empresa norte-americana *Ethyl Corporation*, baseando-se numa cláusula do NAFTA muito semelhante à dos APPI'S, conseguiu levar o governo canadense a uma arbitragem internacional. Tal governo pretendia resolver a questão no seu âmbito

interno, mas como tinha assinado o acordo (o que criou o NAFTA), viu-se forçado a aceitar a arbitragem internacional.

Tendo em vista tais considerações, concordamos inteiramente com a cláusula interpretativa sobre a questão do recurso à arbitragem internacional aprovada na Comissão de Economia, Indústria e Comércio. Mediante tal cláusula, o “pedido” de uma arbitragem por parte do investidor internacional só se realizará se contar com a anuência expressa do Estado brasileiro. Com isto, a implementação de tal arbitragem será mera concessão do Estado, e não um direito do investidor estrangeiro ao qual o país tenha que se curvar.

Também gostaríamos manifestar a nossa concordância com a outra cláusula interpretativa, desta vez relativa ao disposto no citado artigo 172 da Constituição Federal, aprovada na Comissão de Economia, Indústria e Comércio. Com efeito, se levarmos em consideração que o presente acordo franco-brasileiro e os demais APPI'S determinam uma série de impedimentos para uma efetiva regulamentação dos investimentos estrangeiros, qual seria o real significado desse dispositivo constitucional? Se as regras já estão ditadas por esses acordos, qual a margem de ação que resta ao legislador brasileiro nesta matéria? Qual o significado da expressão “regulará a remessa de lucros”, contida no mencionado dispositivo constitucional, se os APPI'S prevêm a livre transferência?

Do nosso ponto de vista, é preciso informar ao investidor estrangeiro, com toda clareza, que esse dispositivo constitucional determina que o legislador nacional deverá elaborar lei que discipline, com base no interesse nacional, os investimentos estrangeiros.

Elevamos à consideração dos nossos pares que a ressalva e as cláusulas interpretativas aprovadas na Comissão de Economia, Indústria e Comércio se constituem em salvaguardas para assegurar que a adesão do Brasil ao presente acordo se faça com a imprescindível preservação da ordem jurídica interna e do interesse nacional.

De mais a mais, gostaríamos de lembrar aos nossos pares que, na legislatura passada, todos os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos que passaram por esta Comissão (Brasil-Suíça, Brasil-Chile,

Brasil-Portugal e Brasil-Reino Unido) foram aprovados com modificações (cláusula interpretativa ou reserva).

Finalizando, devemos questionar a noção de que a adesão do país a esse e aos outros APPI'S significará um aumento considerável do afluxo de investimentos estrangeiros.

Com efeito, a idéia de que os favorecimentos contidos neste acordo e nos APPI'S de um modo geral poderão assegurar um incremento do fluxo de investimentos para o nosso país é assaz ingênua e não condiz com a realidade das relações econômicas internacionais.

Países do nosso continente e do mundo todo que já assinaram acordos semelhantes continuam a não receber investimentos diretos na escala necessária à superação de suas dificuldades econômicas.

Em verdade, acreditamos que a atração de investimentos externos, principalmente os diretos, que são os que mais interessam ao país, se dão muito mais pela existência de vantagens comparativas importantes, tais como um grande e saudável mercado interno, infra-estrutura adequada, disponibilidade de tecnologia avançada e mão-de-obra qualificada, do que por facilidades abusivas e concessões estéreis.

Não será, por certo, a adesão aos APPI'S que nos permitirá ensejar uma cooperação profícua com os exportadores de capital. Como bem observou Cláudia Perrone Moisés:

Finalmente, cabe indagar se esse tipo de Tratado vem favorecendo a cooperação entre os países hospedeiros e países exportadores de capital no que se refere ao auxílio ao desenvolvimento. Quando um Tratado Bilateral é convencionado entre as partes, existe a idéia de que deve haver reciprocidade de interesses e vantagens para ambas as partes. Mas ocorre que freqüentemente se objeta que esta reciprocidade seria apenas formal e que os direitos ali estabelecidos apenas beneficiam os países exportadores. Tudo indica que estes Tratados, concebidos como uma etapa na regulamentação desta cooperação, sejam influenciados doravante pelas tendências internacionais no sentido de diminuir ainda mais o poder dos países importadores de capital, tornando cada vez mais difícil a

*cooperação almejada.*⁹

Acreditamos firmemente que as recentes e graves crises ocasionadas pela movimentação intensa do capital especulativo provam incontestavelmente que uma verdadeira cooperação entre países importadores e exportadores de capital passa ao largo das concessões estabelecidas pelos APPI'S.

Afinal, num momento em que até o FMI começa a questionar os aspectos negativos da globalização, devemos estar atentos para avaliarmos criticamente acordos que liberalizam radicalmente os fluxos de investimentos.

Apesar de todas essas procedentes críticas, acreditamos que, com as salvaguardas mínimas que estamos propondo, o acordo em apreciação pode ser aprovado. Com a extirpação das suas cláusulas abusivas, ele poderia dar pequena contribuição para aumentar os ingressos de capitais em nosso país.

Parece-nos que tais argumentos justificam plenamente que o presente acordo seja aprovado com as cautelas já propostas e aprovadas na Comissão de Economia, Indústria e Comércio. Saliente-se que as reservas e as cláusulas interpretativas aprovadas na forma da Emenda Substitutiva ao PDL emanada daquela comissão contemplam não apenas as preocupações de natureza econômica e financeira, mas, acima de tudo, a necessidade de compatibilizar os textos dos projetos, inclusive os relativos a atos internacionais, aos ditames constitucionais e infra-constitucionais.

Em vista do acima exposto, o nosso voto é pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do PDL nº 395, de 2000, nos termos da Emenda Substitutiva da Comissão de Economia, Indústria e Comércio.

Sala da Comissão, em

de 200

Deputado **MARCOS ROLIM**

Relator

20886512-118.doc

⁹ Cláudia Perrone Moisés, *idem*, p. 36.