

MERCOSUL e NAFTA - Os Acordos de Proteção e Promoção de Investimentos. A Solução de Controvérsias por Arbitragem.

Selma Maria Ferreira Lemes *

1. Introdução

Um bem sucedido processo de integração econômica regional não pode restringir-se às disposições referentes ao comércio e circulação de bens e pessoas mas, também, se deve ater à livre circulação de investimentos estimulando-os e dispondo de instrumentos de proteção e garantia, bem como de sistema próprio de solução de disputas entre o Estado receptor do capital e o investidor estrangeiro. ¹

Neste sentido encontramos disposições específicas no âmbito do Mercado Comum do Sul - **MERCOSUL** ² e do Acordo de Livre

* Advogada. Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Chefe Adjunta do Departamento Jurídico da FIESP/CIESP. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem.

¹ M. SORNARAJAH, "Protection of Foreign Investment in the Asia-Pacific Economic Co-operation Region", *Journal of World Trade*, V. 29, nº 2, p.105 (1995).

² O Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, teve semente lançada em 30 de novembro de 1985, com a Declaração de Iguazu firmada entre o Brasil e a Argentina. Naquele ato foi esclarecido que ambos os países tinham firmes propósitos de incrementar o processo de integração bilateral. No ano seguinte foi firmada a Ata para a Integração Brasil - Argentina instituindo o Programa de Integração, Cooperação e Desenvolvimento. Em julho de 1990, os presidentes de ambos os países firmaram a Ata de Buenos Aires estipulando a criação de um mercado comum no prazo de quatro anos. A esta iniciativa aderiram o Uruguai e Paraguai sendo firmado o Tratado de Assunção em 26.03.91. O Chile e a Bolívia em 1996 a ele aderiram, mas na fase inicial não terão o mesmo *status* que os países fundadores. (Cf Elizabeth ACCIOLY, "MERCOSUL - & UNIÃO EUROPÉIA - Estrutura Jurídico-Institucional", Juruá, Curitiba, ps.54/56, 1996). O atual estágio de desenvolvimento do MERCOSUL é de união aduaneira, com a existência de um único território aduaneiro e de tarifa externa comum (Decreto nº 1.767, de 28.12.95). Os objetivos do MERCOSUL estão dispostos no art. 1 do Tratado de Assunção: A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercado e de qualquer outra medida de efeito equivalente. O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamento de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais. A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, as fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os estados Partes. O compromisso dos

Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração. Estudos publicados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID declaram que "a integração propriamente dita é o *status* jurídico no qual os Estados entregam algumas de suas prerrogativas soberanas, com o fim de constituir área na qual circulem livremente e recebam o mesmo tratamento as pessoas, os bens, os serviços e os capitais, mediante harmonização das políticas correspondentes e sob égide supranacional". Desta definição e da natureza do processo de integração podem ser extraídos seus principais elementos, quais sejam: 1) A integração supõe a eliminação das barreiras econômicas que interferem no livre movimento de bens, pessoas, serviços e capitais, isto é, a livre circulação dos fatores de produção no mais amplo sentido. 2) Para permitir esta livre circulação, a integração supõe a harmonização das políticas nacionais, particularmente as políticas econômicas, a fim de assegurar a maior racionalidade e eficácia no âmbito que se procura integrar. 3) Para que os elementos anteriores possam operar requer-se a transferência de competências estatais em matérias próprias de integração para um órgão institucional "supranacional" ou "comunitário" que se encarregue de elaborar e aplicar as medidas necessárias, encaminhadas para a unificação das economias dentro das linhas gerais estabelecidas no tratado ou instrumento constitutivo, assim como de orientar e coordenar a marcha do processo de integração. No âmbito do processo de integração os interesses nacionais e os regionais complementam-se em equilíbrio e harmonia. Estes elementos essenciais se manifestam em intensidades diferentes nos processos de integração. Este fator é exteriorizado pelas diversas formas que podem adotar um processo de integração: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum (artigos XXIV do GATT/94). **Zona de Livre Comércio**, é a etapa inicial do processo de integração, uma vez que os Estados que a integram suprimem os direitos aduaneiros e restrições comerciais para os produtos originários dos territórios dos Estados que os integram. Não há uma tarifa comum nem uma regulamentação comercial comum em relação a terceiros Estados. **União Aduaneira**, se caracteriza pela existência de um único território aduaneiro. Esta união aduaneira representa juridicamente um duplo aspecto. No plano interno, a missão aduaneira exige a eliminação de direitos aduaneiros e das regulamentações comerciais restritivas entre os territórios constituídos da união. No plano externo, a união aduaneira exige a instituição de tarifa comum e regulamentação comercial comum a respeito de terceiros países. **Mercado Comum**, é a forma mais desenvolvida de integração econômica em que há uma liberdade de circulação de mercadorias, pessoas e capitais, bem como é fixada uma política econômica em relação aos não membros. **União Econômica**, se caracteriza por certa harmonização das políticas econômicas, monetárias, financeiras e sociais, complementando características que são próprias de um mercado comum. **Integração Econômica Total** pressupõe a unificação de políticas e a instituição de autoridades supranacionais, tendendo a identificar-se com a plena integração política. Estas duas últimas formas de integração, a união econômica e a integração econômica total, são consideradas por alguns autores como "mais evoluídas" ou "avançadas". Cumpre observar que a integração econômica em seus diversos níveis corresponderá, proporcionalmente, para os Estados Partes em diminuição de soberania, delegando algumas competências para a organização internacional que administra a integração. (Cf Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, "Derecho de la Integración Latinoamericana", Depalma, Buenos Aires, ps. 03/41, 1969. Celso D. de Albuquerque MELLO, "Direito Internacional da Integração", Renovar, Rio de Janeiro, ps.117/121, 1996). O MERCOSUL (com a participação do Chile e Bolívia) possui área de 13,7 milhões de Km², 219,5 milhões de habitantes e PIB de US \$ 913,6 milhões . De acordo com

Comércio da América do Norte (*North American Free Trade Agreement* - **NAFTA**)³ que merecem análise e atenção pela importância, abrangência e alta capilaridade que projetam na economia.

documento elaborado pela Comissão Econômica para América Latina - CEPAL, "Balanço Preliminar da Economia da América Latina e Caribe em 1996", divulgado na Gazeta Mercantil Latino - Americana de 20 a 26 de janeiro de 1997, p.13, "O MERCOSUL converteu-se na união aduaneira mais avançada da América Latina, com alto grau de liberalização de intercâmbio de bens que triplicou o comércio entre seus integrantes no período de 1991-1996."

³ O Acordo de Livre Comércio da América do Norte - NAFTA, assim como o MERCOSUL, teve como predecessor um acordo bilateral, o Acordo de Livre Comércio firmado entre Estados Unidos e Canadá em 1988 (*United States - Canada Free Trade Agreement* - FTA). "Era, até o advento do NAFTA, o mais importante e abrangente acordo de livre comércio celebrado pelos Estados Unidos", assevera David A. GANTZ ("Introdução ao *North American Free Trade Agreement*", in *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, organizado por Paulo Borba CASELLA, LTr, São Paulo, p.275, 1996). Em 1º de janeiro de 1994, com a adesão do México começou a vigorar o Acordo de Livre Comércio da América do Norte com mais de 365 milhões de habitantes e PIB de US\$ 7 trilhões. " O NAFTA eliminará gradualmente as barreiras ao comércio de bens e serviços na América do Norte, removendo restrições ao investimento e definindo regras para proteção do direito de propriedade industrial. Ao longo do período de transição que se estenderá por até 15 anos, a eliminação de barreiras tarifárias estabelecidas pelo Acordo será parcial e as transações comerciais estarão submetidas a regulamentos de origem bastante restritivos. Nestes termos o NAFTA não é um acordo de livre comércio, mas um a acordo de *comércio negociado*, que mantém algumas barreiras às transações intra-regionais. Procura-se, nestas condições, garantir, através de definição de regras de origem, condições de acesso aos mercados e cláusulas de solução de controvérsias, a estabilidade dos fluxos comerciais e de investimentos entre os países e evitar a escalada de medidas protecionistas unilaterais ", in "O NAFTA e o Impacto sobre as Exportações Brasileiras", Fundação Centro de Estudos de Comércio Exterior - FUNCEX. Para uma análise global do NAFTA, ver Patricia GUDIÑO, "América del Norte: su Proceso de Integración y el Istmo Centroamericano ", *Integración Latinoamericana* , n.198/199, ps. 15/30 (1994). Acentua Paulo Roberto de ALMEIDA, que o NAFTA é uma área de comércio administrado e não de livre comércio (Cf "O MERCOSUL no Contexto Regional e Internacional ", *Aduaneiras*, São Paulo, ps. 50/52, 1993). Evandro DIDONET, acentua: "O NAFTA é normalmente caracterizado como um simples acordo de livre comércio. Não se trata sequer de uma união aduaneira, pois não haverá tarifa externa comum. No entanto estas características devem ser vistas com muitas reservas, pois o Acordo inova radicalmente em relação à concepção de área de livre comércio: a) Através da criação de regras comuns em setores essenciais como investimentos, propriedade intelectual e serviços, entre outros. O NAFTA impulsionará, na prática, dinâmica mais complexa do que a simples conformação de uma área de livre comércio. b) Além da livre circulação de serviços e capital. Incorpora, portanto, três das quatro metas do mercado único da CE/ Comunidade Européia (livre circulação de bens, serviços, capital e mão-de-obra). No que diz respeito à mão-de-obra, o NAFTA é restritivo, prevendo, apenas, facilidades para o deslocamento de categorias específicas de profissionais especializados. Assim, mesmo que não incorpore metas como a criação de uma tarifa externa comum, instituições com caráter supranacional ou coordenação de políticas macroeconômicas, o NAFTA apresenta, na prática, características de projeto de criação de um espaço econômico integrado. Com informalidade, poder-se-ia dizer que o acordo prevê

Os Estados ao disporem sobre o estímulo e garantia de investimentos avocam o capital estrangeiro para seus territórios que geram empregos e incentivam o progresso. Nestes Acordos, geralmente, o conceito de investimento é amplo inclui a propriedade imóvel, material e imaterial, garante a igualdade de tratamento com o capital interno e, em caso de expropriação pelo poder público terá a garantia de justa e equivalente indenização. Fornece, assim, atrativo e tranqüilidade ao investidor estrangeiro. Neste sentido acentua M. SORNARAJAH, que a mais importante função dos Acordos de Investimentos é a concessão de "*standard*" de proteção ao fluxo de investimento estrangeiro entre as partes do Tratado. A importância dos Tratados repousa no fato de que os "*standards*" do moderno direito internacional público não são claros quanto à proteção de investimentos, porque recebem enfoques diferentes nos países desenvolvidos dos em desenvolvimento.⁴

Como veremos no transcorrer deste trabalho, os Estados aceitam preliminarmente em se submeter a um sistema específico de solução de controvérsias abrangendo a arbitragem e outras formas de solução de conflitos, competindo ao investidor optar pela arbitragem internacional ou pela via judicial. O sistema de solução de controvérsia previstos nestes Acordos tem aplicação às contendas entre os Estados Partes (incluindo Empresas Estatais) e o particular da outra parte Contratante. Não se aplica aos litígios privados, que estão subjungidos ao sistema privado de solução de controvérsias. No NAFTA, o art. 2022, assevera que quanto às contendas privadas os Estados Partes incentivarão e facilitarão a utilização da arbitragem e outros métodos alternativos de disputas. Quanto ao MERCOSUL, até o momento, não foi firmado nenhum instrumento com o mesmo teor do disposto no NAFTA. Contudo, há estudos a respeito no âmbito da Comissão Técnico-Jurídica que assessora a Reunião de Ministros da Justiça do MERCOSUL.⁵

Destarte este estudo tem por finalidade analisar o tratamento dispensado ao investimento estrangeiro nos referidos Atos Integrativos, bem como os peculiares sistemas de solução de

"quase" um mercado comum. " ("O MERCOSUL e o Comércio Hemisférico", Boletim de Integração Latino-Americana nº 9, p.90, 1993).

⁴ Op. cit. p. 113 (vide nota 1).

⁵ Cf artigo de nossa lavra "MERCOSUL - Proposta de Regulamentação Quanto à Solução de Controvérsias Privadas. Conciliação e Arbitragem" , *in* Arbitragem - A Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional, organizado por Paulo Borba CASELLA, LTr, São Paulo, ps. 229/242, 1997.

controvérsias. De início detectamos a origem e abordagem do tema no concerto internacional.⁶

Antecedentes

A política dos Estados, principalmente os em desenvolvimento, quanto ao tratamento dispensado ao capital estrangeiro sofreu radical e rápida mudança de postura nas últimas décadas. Da hostilização e limitação ao investimento estrangeiro representado pelas empresas multinacionais na década de 70, com a edição de legislações domésticas e debates havidos na Organizações das Nações Unidas - ONU, tais como, o Código de Conduta para as Empresas Multinacionais, contrastando com os esforços ocidentais em manter a proteção aos investimentos pelo direito internacional tradicional e através dos Acordos Bilaterais de Investimentos (*Bilateral Investment Treaty - BIT*). Naquele ambiente a controvérsia era essencialmente travada entre o norte e o sul.⁷ Hoje os ventos de liberalização,

⁶ Celso D. de Albuquerque MELLO, acentua que a proteção dos investimentos é realizada pelos países exportadores de capital de três maneiras: sanções, seguros e acordos. (Cf. *Direito Internacional Econômico*, Renovar, Rio de Janeiro, 1993, p. 132.)

⁷ Assevera Jean TOUSCOZ que "nos anos 70, vários Estados recém independentes denunciaram o " imperialismo", criticando as firmas estrangeiras que realizaram investimentos nos seus territórios; uma vaga de nacionalizações, muitas vezes sem indenizações, sobretudo em países ricos em hidrocarbonetos, pôs seriamente em risco a segurança dos investimentos estrangeiros.... No Chile, por exemplo, na época do governo de S. Allende, ocorreram nacionalizações e expropriações de acordo com a teoria dos "lucros excessivos", que em caso de nacionalizações há contas a prestar por parte do Estado e do investidor; se estas contas revelarem que o investidor abusou de sua posição em prejuízo da economia nacional e que realizou "lucros excessivos", o investidor nacionalizado pode ser considerado devedor pela jurisdição do Estado "hospedeiro". Estas teses advogam que só o Direito Nacional do Estado de acolhimento deveria aplicar-se ao investimento estrangeiro e que só as suas jurisdições deveriam ser competentes para estatuir sobre estes problemas. Tais idéias, difundidas durante os anos 60 e 70, foram sempre rejeitadas pelos países desenvolvidos e de economia de mercado defensores do liberalismo e da propriedade privada. Estas doutrinas tiveram algum sucesso no âmbito da ONU. Os países em desenvolvimento, em particular, apoiados pelos países comunistas, utilizaram a maioria que detinham na Assembléia Geral da ONU para fazer adotar numerosas resoluções que sustentassem as referidas teses....Atualmente, a tendência é inversa: às políticas de nacionalização sucederam, em vários países, medidas de privatização, e os países em desenvolvimento rivalizam entre si para oferecer aos investidores estrangeiros as condições mais atrativas". " *Direito Internacional*", Publicações Europa América, Lisboa, p.323/334, 1994. Dentre as resoluções da ONU destacam-se as 3.201, 3202 e 3.281, que enfatizavam: a) aplicação exclusiva da lei nacional; b) direito dos estados de nacionalizar a propriedade estrangeira e rescindir acordos com compensações reguladas exclusivamente pelo direito nacional; c) rejeição da arbitragem internacional como mecanismo de solução de disputas sobre investimentos em favor da exclusiva

privatização, desregulamentação e competitividade nacionais são os paradigmas que dominam a visão econômica, política e legislativa dos Estados.⁸

Em decorrência da nova ordem econômica internacional os Estados mudaram radicalmente de postura e perceberam ser oportuno reduzir os riscos políticos e criar estrutura razoável e estável para atrair investimentos de longo prazo.⁹ Foi neste contexto agitado, evolutivo e de conflito de interesses que se formou o Direito Internacional de Investimentos, asseverou o professor francês Jean TOUSCOZ.¹⁰

O conceito de investimento deve também ser apreciado à luz das legislações nacionais, tanto do país investidor como do receptor de capital. Todavia, com o objetivo de unificar o tratamento e criar padrões mínimos, bem como de conceder maior segurança jurídica os Estados começaram a firmar acordos bilaterais e multilaterais de investimentos orientados pelas posturas da OCDE¹¹ e Banco Mundial.¹² Estas convenções versam sobre tratamento, constituição, garantia e liquidação de investimentos estrangeiros.

2. Tratados Bilaterais de Investimentos

jurisdição das Cortes Nacionais (cláusula Calvo) e a concessão de privilégios e garantias aos investimentos estrangeiros.

⁸ Thomas W. WAELDE, " International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty", *Journal of World Trade*, v. 29, nº 5, p. 5/72 (1995).

⁹ op. cit. p. 17.

¹⁰ op. cit. p. 324.

¹¹ No âmbito da OCDE foram elaborados diversos guias de orientação e modelos de instrumentos, entre eles: (i) modelo de convenção de proteção de propriedade estrangeira (1967), que é utilizado como modelo para tratados bilaterais de investimentos; (ii) Declarações e Decisões sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais (1976), contendo compromisso dos países membros da OCDE de dispensar tratamento nacional e um guia orientador para as empresas multinacionais (de caráter não vinculante). Atualmente está em discussão na OCDE um acordo multilateral de investimento. Existem aproximadamente dois mil BITs para o setor de energia firmados entre os 50 países membros da OCDE. Cf. op. cit. p. 13/14. (vide nota 8).

¹² Em 1992 o Banco Mundial editou um Guia para o Investimento Estrangeiro preparada por grupo de juristas e que foi aprovado pelo Comitê de Desenvolvimento, que tem como premissas dispor sobre as obrigações do investidor, de legitimar as regulamentações restritivas dos Estados, bem como de orientá-los a como tratar o investidor estrangeiro, se deseja atrair e estimular o investimento estrangeiro. Este trabalho do Banco Mundial tem por objetivo ser progressivamente atualizado, em vez de serem meramente regras codificadas e imutáveis que dispõem sobre o assunto. Cf op. cit. p. 18 (vide nota 8).

Os Tratados Bilaterais de Investimentos, conhecidos pela sigla em inglês BITs (*Bilateral Investment Treaties*), foram difundidos pelos países europeus.¹³ Estes acordos abordam questões-chaves sobre proteção de investimentos e padrão de tratamento. De 1959 a 1988, os países europeus liderados pela Alemanha, Suíça e Inglaterra concluíram mais de 250 BITs, aproximadamente 30 envolvendo países latino-americanos e do Caribe, incluindo antigas colônias.¹⁴ Os Estados Unidos, desde a década de 80, firmaram mais de duas dúzias destes acordos, sendo que pelo menos 10 deles estão em vigor. Todavia, consoante assevera GANTZ, somente há alguns anos os Estados Unidos concluíram negociações de BITs com os maiores países latino-americanos.¹⁵ Historicamente a falta de êxito americano em concluir estes tipos de acordos ocorria porque todos os BITs incluíam estipulações de arbitragem internacional vinculante e a incorporação dos padrões de compensação do direito internacional, similar ao encontrado no capítulo XI do NAFTA, nem sempre aceito pelas partes contratantes.¹⁶

Os BITs se regem, basicamente por cinco premissas:

- 1) "Tratamento Nacional" ou "Tratamento da Nação Mais Favorecida", para o investimento estrangeiro.¹⁷
- 2) Eliminação de requisitos de desempenho ou condições vinculadas ao investimento, tais como, o uso de material local, limitações às vendas domésticas, padrões mínimos de exportações, etc.
- 3) Garantias, tais como, conversibilidade e repatriação de investimentos e lucros.

¹³ O primeiro BIT foi firmado entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão em 1959. Cf "Acuerdos Bilaterales de Inversión del Hemisferio Occidental", OEA, p.12, 1996.

¹⁴ David A. GANTZ, "Resolution of Investment Disputes Under The North American Free Trade Agreement", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, nº 2, p. 338 (1993).

¹⁵ O Brasil e os Estados Unidos firmaram em Washington, em 06 de fevereiro de 1965, o Acordo de Garantia de Investimentos, promulgado pelo decreto nº 57.943, de 10.03.66.

¹⁶ Op. cit. ps. 338/339 (vide nota 14).

¹⁷ O conceito de " Tratamento Nacional" consiste em dispensar ao estrangeiro o mesmo tratamento dos nacionais do país receptor do capital, sem discriminações. "Nação Mais Favorecida", consiste em dispensar tratamento não menos favorável ao estrangeiro pelo que o país receptor do capital concederá ao investidor de outro país. Op. cit. p. 338 (vide nota 14).

4) Proteção contra expropriação, que não se encontre nos padrões normais de compensação.¹⁸

5) Compulsoriedade da solução de controvérsias por meio de arbitragem internacional vinculante.¹⁹

Foi com base nas estipulações dos BITs que os acordos multilaterais sobre investimentos fincaram suas bases, tal como aconteceu no NAFTA, no MERCOSUL e no Tratado da Carta Energética firmado em Lisboa em 17.12.1994, "*The Energy Charter Treaty*", seguindo o acordo predecessor denominado "*European Energy Charter*", de 1991. O Acordo de 1994 objetiva proteger os investimentos ocidentais efetuados nos países do leste europeu e na Comunidade de Estados Independentes (ex-URSS).²⁰

3. NAFTA - O Capítulo XI , Seção "A" - Investimentos.

Características Gerais

O Capítulo XI do NAFTA é dividido em duas seções. A seção "A", trata dos Investimentos e a seção "B" da solução de disputas entre o Estado Parte e o Investidor de outro Estado Parte. Este capítulo é inédito e não constava no FTA. As obrigações e os princípios previstos no Capítulo XI, estabelecem como o Estado Parte deve tratar o "investidor

¹⁸ A *Latere*, é importante salientar no que pertine às expropriações, que é da tradição legal brasileira garantir o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal - CF) e que o Poder Público está obrigado, nos casos de desapropriação fundada em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, a pagar indenização prévia, justa e em dinheiro (art. 5º incisos XXIII e XXIV da CF). Excetua o Texto Constitucional dois casos em que a indenização não será prévia e também poderá não ser paga em dinheiro. É o caso da desapropriação de imóvel urbano subutilizado ou não utilizado em que o proprietário não promova o adequado aproveitamento segundo especificações legais a indenização poderá pagar com títulos da dívida (art. 182, § 4º, inciso III da CF). A segunda hipótese é na desapropriação realizada para fins de reforma agrária, para imóveis rurais que não cumprem sua função social. O pagamento será em títulos da dívida agrária com cláusula de preservação do valor real resgatáveis no prazo de até 20 (vinte) anos (arts.184 e 185 da CF).

¹⁹ Cf. nosso artigo "O Sistema de Solução de Controvérsias no *North American Free Trade Agreement - NAFTA*" elaborado para a obra coletiva "Guerra Comercial - Aspectos de Direito Internacional", organizada pelos professores Araminta Mercadante e Paulo Borba Casella, no prelo para lançamento em 1997 pela LTr Editora.

²⁰ Op. cit. p.6 (vide nota 8 supra).

de uma Parte” e como o Estado Parte deve tratar os “investimentos” no seu território.²¹

A preocupação básica do Capítulo XI é conceder a garantia de um tratamento justo para os investimentos de particulares de um Estado Parte no outro. Ele não confere novos direitos aos investidores *vis-à-vis* a investimentos privados. O artigo 1101 esclarece que este Capítulo se aplica a medidas adotadas ou mantidas por um Estado Parte relativa a investidores de outro Estado Parte e investidores ou investimentos de outro Estado Parte no seu território.

O conceito de investimento do Capítulo XI é amplo não restrito às empresas, fundos de participação ou débitos securitizados, mas se estendendo a propriedade imóvel, bens tangíveis e intangíveis, certos tipos de empréstimos e outros previstos no art. 1139.²²

Os Estados Partes no NAFTA não podem nacionalizar ou expropriar investimentos exceto em certas condições e mediante o pagamento de compensação ao investidor. As premissas básicas constantes dos BITS aqui estão presentes, tais como o tratamento nacional prevendo a não discriminação (art. 1102); tratamento da nação mais favorecida (art. 1103); padrão de tratamento (art. 1104); padrão mínimo de tratamento, incorporando “*standards*” legais internacionais de proteção de investimentos, incluindo tratamento justo e equitativo e proteção total e segurança (art. 1105); compromissos de desempenho (art. 1106); liberdade para gerir o investimento, indicando o pessoal necessário sem restrições impostas pela legislação de imigração do país receptor do capital (art. 1107); transferência de fundos, capital, lucros, juros, pagamentos de “royalties”, etc. (art. 1109); expropriações e compensações, sendo que nenhuma Parte pode, direta ou indiretamente, nacionalizar ou expropriar um investimento ou adotar medidas equivalentes de nacionalização ou expropriação, salvo para fins públicos em bases não discriminatórias, de acordo com o devido processo legal e seguindo o padrão mínimo de tratamento (art. 1105), mediante pagamento de compensação (art. 1110).

Cumprir observar, conforme assevera Richard G. DEARDEN, que no NAFTA não há definição precisa de “nacionalização”, ou “expropriação”, nem do conceito de “equivalente a nacionalização ou expropriação”. A

²¹ Richard G. DEARDEN, “Arbitration of Expropriation Disputes between an Investor and State under the North American Free Trade Agreement”, *Journal of World Trade*, v. 29, nº 1, p. 113 (1995).

²² Cheri D. EKLUND, “A Primer on the Arbitration of NAFTA Chapter Eleven Investor-State Disputes”, *Journal of International Arbitration*, v.11, nº 4, p. 136 (1994).

definição dos conceitos de “expropriação” ou “equivalente a expropriação” será, indubitavelmente, uma questão prévia a ser definida nos inúmeros tribunais arbitrais que surgirão do Capítulo XI. As interpretações destes conceitos sofrerão a influência das jurisprudências canadense, americana e mexicana. No Canadá, os precedentes jurisprudenciais e a doutrina sugerem que a expropriação se estende à propriedade material e imaterial, incluindo participações acionárias em companhias e fundos de comércio. Os prejuízos ao direito de propriedade resultante de ação governamental pode não ser sempre uma expropriação - a mera proibição, por exemplo, não constitui uma expropriação que possa gerar uma indenização.²³

O pagamento de compensação deve ser equivalente ao valor de mercado, não podendo refletir os efeitos da expropriação. A compensação deve ser paga sem atraso, integral e livremente transferível (art. 1110).

Estão excluídos da aplicação deste Capítulo os serviços financeiros (Capítulo 14), várias leis e setores relacionados no Anexos I a IV do NAFTA. O Anexo 1138.2 também exclui do Capítulo 11 as decisões canadenses protegidas pelo *Investment Canada Act* e, no México, pela Comissão Nacional de Investimento Estrangeiro. Também está

²³ Op. cit. p. 117/118 (vide nota 21 supra). Acentua mencionado autor que se há de diferenciar a privação da mera proibição. Cita vários precedentes jurisprudenciais em que a distinção entre “*taking/mere prohibition*” foi apreciada. Foi o caso, por exemplo, da demanda *La Ferme Filiber Ltée v. The Queen* (1980), em que o autor por cinco anos manteve um viveiro dedicado a criar, armazenar e vender um tipo especial de trutas, obtendo a licença legal necessária. A legislação foi alterada e proibiu a criação deste tipo de truta dentro de grande área, tendo sido cassada a licença do autor, que alegou ser um tipo de expropriação. O Tribunal entendeu que a perda do direito do autor de continuar sua atividade de piscicultura não era uma expropriação da Coroa, mas tinha sido uma mera extinção e nenhuma indenização era devida. Foi asseverado que a expropriação implica na perda da posse da parte expropriada e a apropriação da parte expropriante; requer-se a transferência de propriedade ou dos direitos de uma parte à outra. Em outro caso julgado em 1985, pela Suprema Corte do Canadá, *British Columbia v. Tener* decidiu, aquela Corte, que o autor tinha direito a uma compensação. O caso versava sobre os direitos de exploração mineral de área pertencente à Coroa e que tinha sido concedida aos antepassados do autor há vinte e cinco anos. Posteriormente, referida área foi considerada parque florestal, tendo sido proibida a exploração econômica da região. Considerando que o título de exploração da área ainda não tinha vencido, o autor alegou que a impossibilidade de continuar sua atividade econômica era uma efetiva expropriação de seus interesses naqueles minerais, já que estava proibido o acesso a eles. A Suprema Corte do Canadá decidiu que se tratava de “*taking*”, acentuando que “o impedimento de acesso à área decorreu do *Park Act* e há quantia a reparar pela Coroa como decorrente do direito concedido em 1937. A aquisição pela Coroa constitui uma privação, da qual a compensação decorre.” (op. cit. p. 118/119).

excluído deste Capítulo a decisão da Parte receptora do capital que proíba ou restrinja investimentos por razões de segurança nacional (art. 1138.1).²⁴

4. Protocolos sobre Proteção de Investimentos no MERCOSUL

Protocolos de Colônia e de Buenos Aires ²⁵

Diferentemente do NAFTA, que regula a questão de investimentos no corpo do Tratado, o MERCOSUL aborda em dois Protocolos, apresentados em 1994, e que ainda demandam aprovação interna dos Estados-Partes. Assim, considerando o resultado do trabalho realizado pela Comissão Técnica para a Promoção e Proteção de Investimentos, a Comissão Mercado Comum através da Decisão 11/93, aprovou o documento apresentado que veio a refletir no Protocolo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL, firmado na cidade uruguaia de Colônia do Sacramento, em 17 de janeiro de 1994. Em seguida foi aprovado o Protocolo sobre a Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não-Membros do MERCOSUL, firmado em Buenos Aires em 05 de agosto de 1995.

O Protocolo de Colônia se destina a promoção e proteção recíproca de investimentos entre os Estados Partes. É um acordo multilateral sobre investimentos nos moldes dos BITs e do Capítulo XI do NAFTA.

O Protocolo de Buenos Aires tem como objetivo harmonizar os princípios jurídicos gerais a serem aplicados por cada um dos Estados - Partes aos investimentos provenientes de Estados não-integrantes do MERCOSUL (Terceiros Estados) visando a não criar condições diferenciais que distorçam o fluxo de investimentos. Foi redigido em

²⁴ Preleciona Evandro DIDONET que "na opinião de especialistas, as regras do NAFTA são marcadamente mais liberalizantes do que os TRIMS (*Trade Related Investment Measures*) negociadas no âmbito da Rodada Uruguai. Há determinadas exceções à regulamentação liberal do NAFTA: (a) suas determinações não se aplicam às áreas de telecomunicações ou de consórcios tecnológicos com apoio governamental; (b) permite a adoção de eventuais medidas destinadas à proteção da segurança nacional; (c) o México continuará a proibir investimentos externos em áreas como energia (mantém-se o monopólio da PEMEX) ou rodovias, e manterá restrições no setor de petroquímicos. A legislação do NAFTA em sua parte relativa a investimentos não tem caráter discriminatório em relação a países extra-zona. As concessões mútuas fixadas pelo NAFTA não deverão se limitar aos países signatários. Nessa linha, o México estará em breve aprovando projeto de lei sobre investimentos estrangeiros, o qual incorpora os compromissos liberalizantes assumidos através do NAFTA." (op. cit. p. 92 - vide nota 3 supra).

²⁵ Textos reproduzidos no final desta artigo.

quatro artigos com diversas seções. O Protocolo estabelece padrões máximos de concessões que podem ser estendidos a investimentos realizados por investidores de Estados não-membros do MERCOSUL em questões tais como a admissão do investimento estrangeiro, a livre transferência do capital investido, compensações em casos de nacionalização ou desapropriação e mecanismo de solução de controvérsias. Com pequenas peculiaridades e observando os fins colimados, ambos os Protocolos obedecem as premissas básicas dos BITs acima mencionados.

4.1. Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL

O Protocolo de Colônia é composto de 12 artigos e Anexo (reservas). O artigo 1 define os conceitos de "investimentos" e "investidor". Assim o termo "investimento" designa qualquer tipo de ativo investido, direta ou indiretamente, por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e regulamentação desta última. Inclui, por exemplo, a propriedade de bens móveis e imóveis, ações, quotas e qualquer tipo de participação societária, direitos de propriedade intelectual e concessões econômicas de direito público. Por sua vez é considerado "investidor" qualquer pessoa física, cidadão ou residente permanente no território de uma das Partes Contratantes, e pessoas jurídicas nas condições estabelecidas no art. 1, inciso 2, alíneas "b" e "c". A definição de investimento evidencia-se por ser exemplificativa e não taxativa, consoante asseverado no *caput* do § 1.

O art. 2 trata da promoção e admissão de investimentos referindo-se ao princípio do tratamento nacional (idêntico ao disposto no art. 1102 do NAFTA) ou tratamento da nação mais favorecida, originado no princípio fixado no Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT. O inciso 2 do art. 2 do Protocolo de Colônia é a reprodução do disposto no art. 1107 do NAFTA, estabelecendo que as Partes Contratantes quando tiverem admitido um investimento no seu território outorgará as autorizações necessárias para o seu melhor desenvolvimento, incluindo a execução de contratos sobre licenças, assistência comercial ou administrativa e entrada no país de pessoal necessário.

Cumpra ressaltar que os Estados Partes no Anexo excluíram determinadas atividades quanto à aplicação do princípio do

tratamento nacional, a exemplo do disposto no art. 2, parágrafo 1. Assim, em relação ao Brasil, estão excluídas as seguintes atividades: pesquisa e lavra de minerais; aproveitamento de energia hidráulica; assistência de saúde, serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações; aquisição ou arrendamento de propriedade rural; participação no sistema de intermediação financeira, seguros, previdência e capitalização; armação, propriedade e navegação de cabotagem e interior. Todavia, observamos que as mencionadas reservas foram efetuadas à luz da Constituição Federal de 1988, antes do advento das Emendas Constitucionais que alteraram diversos dispositivos constitucionais que discriminavam o capital estrangeiro, sendo de se destacar o artigo 3º da EC 06/95, que revogou o art. 171 da CF/88, que tratava da empresa brasileira de capital nacional.²⁶

É evidente que as referidas reservas de compatibilidade²⁷ impunham-se sob o primado da Lei Maior na redação original de 1988 que, agora em determinadas circunstâncias, não mais se justifica. Ademais, há de se efetuar a análise deste dispositivo conjuntamente com o parágrafo 4 do mencionado Anexo, que estabelece que os Países Membros envidarão seus melhores esforços para, no mais breve possível, eliminar as exceções previstas nos parágrafos 1, 2 e 3 do Anexo. Desta forma poder-se-ia entender que as modificações operadas no direito interno seriam *mutatis mutandis* "condição resolutiva" que poderia dispensar a retirada da reserva no plano internacional (consoante disposto no art. 22 da Convenção sobre Direito dos

²⁶ Emenda Constitucional nº 06, de 15.08.95 (dispõe sobre empresas de pequeno porte; pesquisa e lavra de recursos minerais; energia hidráulica ; e empresa brasileira constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, independentemente da origem do capital), Emenda Constitucional nº 07, de 15.08.95 e Lei nº 9432, de 08.01.97 (dispõe sobre transportes aéreo, aquático e terrestre), Emenda Constitucional nº 08, de 15.08.95, Lei nº 9.295 de 19.07.96 e Decreto nº 2.056, de 04.11.96 (dispõe sobre serviços de telecomunicações), Emenda Constitucional nº 09, de 09.11.95 (dispõe sobre petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos) e Emenda Constitucional nº 13/96, publicada no DOU de 22.08.96 (dispões sobre seguro, resseguro, previdência e capitalização). A EC 06/95 supracitada retirou a restrição quanto à exploração e lavra de recursos minerais por empresa brasileira de capital nacional, estabelecendo a exigência de a empresa ser constituída sob as leis brasileiras independentemente da origem do capital. Neste sentido é de bom alvitre reproduzir ementa do Parecer da Procuradoria Geral/PROGE nº 30/95 (Ministério de Minas e Energia), que esclarece, *verbis*: "A Emenda Constitucional nº 06/95, no que tange à alteração da redação do § 1º do art. 176, da Constituição Federal, não depende de lei ulterior para regulamentar a entrada do capital estrangeiro no país, posto ter recepcionado as leis então vigentes, exceto quando se tratar de atividade exercida em faixa de fronteira ou terras indígenas" (DOU 12.02.96, ps. 2391/92).

²⁷ Cf J.F.REZEK, "Direito dos Tratados", Forense, Rio de Janeiro, p.341,1984.

Tratados, firmada em Viena em 23 de maio de 1969, cujo grande mérito foi codificar o direito costumeiro).²⁸

Ainda, à guisa de complementação, observamos que em dois Tratados Bilaterais firmados entre o Brasil e o Chile em 22.03.94, e o Brasil e a Venezuela em 04.07.95, há referência expressa de que cessaria a vigência das reservas de compatibilidade quando a Constituição Brasileira viesse a ser alterada (Adendo ao art. III, parágrafo 3, inciso 1, alínea "f" e Protocolo Anexo, respectivamente). Portanto, ao nosso ver, salvo melhor juízo, entendemos que as reservas de compatibilidade efetuadas no Protocolo de Colônia estão derogadas tanto no plano interno como internacional.

Por outro lado, numa visão pragmática, considerando que o Protocolo de Colônia está em fase de tramitação legislativa, poderiam os Estados Membros, se oportuno, atualizar-lhe a redação, haja vista as polêmicas instauradas em decorrência da situação presente que em nada contribui para o desenvolvimento inter-regional.²⁹

No art. 3, parágrafo 1 encontramos o princípio do tratamento justo e equitativo aos investimentos e investidores da outra Parte Contratante, não prejudicando sua gestão, manutenção, uso, gozo ou disposição por meio de medidas injustificadas ou discriminatórias (idêntico ao art. 1105 do NAFTA). Reitera-se, no art. 3, inciso 2, o princípio do tratamento não menos favorável ao dispensado ao investimento de seus nacionais (encontrado no NAFTA, art. 1102).

Neste ponto, o Protocolo de Colônia, através do parágrafo 2 do Anexo, excetua a aplicação do tratamento não menos favorável ao dispensado aos investimentos nacionais quanto às aquisições de bens e serviços pelo Poder Público, que poderia dar preferência à empresa de capital nacional. Todavia, como acima relatado, por estar revogado o art. 171

²⁸ Mencionada Convenção está sob apreciação do Congresso Nacional desde 1992 (Mensagem 116/92, DOU de 03.04.92, p. 499). "Tem-se como assente que entre os Estados que ainda não a ratificaram, a mesma (Convenção de Viena de 1969) vigora enquanto expressão do Direito Costumeiro", João Grandino RODAS, "Tratados Internacionais", RT, São Paulo, p. 10, 1991.

²⁹ Note-se que até dezembro de 1996, o executivo ainda não havia enviado para apreciação do Congresso Nacional o Protocolo de Colônia. Melhor sorte teve o Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados Não Membros do MERCOSUL, que foi encaminhado em julho de 1995 à Câmara dos Deputados (DCN de 16.08.95, p.18.324).

da Constituição Brasileira (EC 06/95), a mencionada reserva de compatibilidade está superada.

A proibição de exigências de requisitos de desempenho como condição para o estabelecimento, a expansão ou a manutenção dos investimentos que requeiram ou exijam compromissos de exportar mercadorias, ou especifiquem que certas mercadorias ou serviços se adquiram localmente, ou imponham quaisquer outros requisitos similares, está disposta no art. 3, inciso 4 do Protocolo de Colônia, tal qual previsto no art. 1106 do NAFTA.

No quadro das exceções (reservas) previstas no Anexo, está disposto que para o setor automobilístico o Brasil e a Argentina poderão manter transitoriamente os requisitos de desempenho (parágrafo 3).

A desapropriação ou nacionalização de investimento estrangeiro só poderá ocorrer por razões de utilidade pública, sobre base não discriminatória e de acordo com o devido processo legal. As medidas serão acompanhadas de disposições para o pagamento de uma compensação prévia, adequada e efetiva, sendo que o montante de tal compensação corresponderá ao valor real que o investimento tinha imediatamente antes do momento em que a decisão de nacionalizar ou desapropriar tenha sido anunciada, legalmente ou feita pública pela autoridade competente, e gerará juros ou terá seu valor atualizado até a data de seu pagamento, consoante disposto no art. 4, do Protocolo de Colônia (previsto no art. 1110 do NAFTA).³⁰

³⁰ A questão do "standard" da compensação no caso de desapropriação ou nacionalização de investimento estrangeiro é de vital importância. O conceito de "pronta, adequada e efetiva compensação", conhecido como "Hull Formula" foi estabelecida pelo Secretário de Estado norte-americano Cordell Hull, em troca de nota diplomática, em 1938, com o Ministro das Relações Exteriores do México, que "de acuerdo todas las normas legales y de equidad, ningún gobierno tiene derecho a expropiar bienes privados, sea cual fuere la finalidad, sin que se disponga un pago pronto, adecuado y efectivo por ese concepto" (Acuerdos Bilaterales de Inversiones del Hemisferio Occidental, OEA, p.12. 1996). Cf também D.GANTZ, op.cit. p. 336/337 (vide nota 14 supra). Ainda, vale reproduzir os ensinamentos de M. SORNARAJAH, quando destaca: " the capital -exporting States have traditionally followed the Hull standard of compensation which requires prompt, adequate and effective payment. The developing States, on the other hand, have argued that the payment of "appropriate" compensation would be sufficient and read into the idea of appropriate compensation variable factors, such as the duration of the foreign investment and the extent of the profits repatriated. Given the conflict, there is no uniform formula used in the bilateral investment treaties. Some use the Hull formula, while use the formula of appropriate compensation .The same States have participated in treaties which have used the different formulas, indicating that much depends on the actual bargaining that takes place on the point, prior on the making of the treaties. From the point of view of a capital - exporting States, investment

Dispõe o art. 5 do Protocolo de Colônia que cada Parte Contratante outorgará aos investidores da outra Parte Contratante a livre transferência de investimentos e ganhos, tais como o retorno do capital, rendimentos, *royalties*, compensações, etc. Idêntica disposição encontramos no art. 1109 do NAFTA..

O art. 6 regula a sub-rogação no caso de garantia ou seguro para cobrir riscos não comerciais³¹ e o art. 7 trata da prevalência de disposições mais favoráveis firmadas entre o investidor e uma Parte Contratante.

5. O Sistema de Solução de Litígios sobre Investimentos no NAFTA e MERCOSUL

5.1. NAFTA - CAPÍTULO 11. Seção " B". ³²

Este Capítulo é inédito e não constava de seu predecessor o Acordo de Livre Comércio firmado entre Estados Unidos e Canadá (*United States - Canada Free Trade Agreement - FTA*). Assim preceitua o artigo 1115, que sem prejuízo dos direitos e obrigações das Partes, segundo o Capítulo 20 (acordo institucional e procedimento de solução de disputas), este Capítulo estabelece mecanismo para solução de

protection is best secured by the insertion of the Hull formula into the treaty" (op. cit. p. 114 - vide nota 1 supra).

³¹ Neste sentido, saliente-se que em 1985, sob os auspícios do Banco Mundial, foi firmada a Convenção de Seul que deu origem ao Organismo Multilateral de Garantia de Investimentos, conhecido por sua sigla em inglês MIGA, ratificado por mais de 138 países, entre eles o Brasil, que para isso efetuou aporte de capital. Entre os objetivos da MIGA destaca-se o de emitir garantias contra riscos não comerciais decorrentes de investimentos (art. 2, letra "a"). Cf Ricardo Guillermo SIGWALD, "El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones", *Integración Latinoamericana*, v. 124, p. 53/58, 1987. Ricardo Thomazinho da CUNHA, assevera que o contrato de investimento pode sofrer ruptura por riscos políticos, tais como em decorrência de conflitos armados, da inconvertibilidade ou da intransferibilidade de recursos, da desapropriação ou nacionalização dos investimentos. ("Proteção e Promoção de Investimentos no MERCOSUL", *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, LTr, São Paulo, p.228, 1996).

³² Esta matéria foi por nós analisada no trabalho "O Sistema de Solução de Controvérsias no *North American Free Trade Agreement - NAFTA*" (vide nota 19). Neste trabalho atualizamos e adaptamos o referido capítulo.

disputas referentes a investimentos, assegurando igualdade de tratamento entre investidores das Partes, de acordo com o princípio internacional da reciprocidade e do *due process of law* perante um tribunal imparcial.³³

O Capítulo 11 permite que investidores recorram à arbitragem internacional (de caráter vinculante) se o governo receptor do capital violar disposições sobre investimentos previstos no NAFTA. Um investidor pode recorrer à arbitragem se uma Parte (Canadá, Estados Unidos ou México) violar os compromissos assumidos, dispensando tratamento menos favorável a um investidor de uma Parte do que a seus nacionais ou de outros países (arts. 1102 e 1103).

Estas disposições aplicam-se às disputas sobre investimentos envolvendo investidores estrangeiros, o país receptor do capital ou empresa estatal. Não se aplica às questões referentes a investidores estrangeiros e nacionais do país receptor do capital. Todavia, estas questões podem ser levadas à arbitragem, sob o manto do artigo 2022 (disputas entre particulares), consoante mencionado acima (Item 1).

Reiteramos que o termo "investimento" tem conotação ampla no Capítulo 11, não sendo restrito às empresas, fundos de participação ou débitos securitizados, mas se estendendo à propriedade imóvel ou a outras propriedades tangíveis ou intangíveis, certos tipos de empréstimos e a outros mencionados no artigo 1139.³⁴

Os investidores poderão utilizar o sistema do NAFTA para suas próprias reclamações e, também, àquelas de empresa acionistas ou controladoras no País receptor do capital (arts. 1116 e 1117). Em qualquer caso a reclamação deve envolver a alegação de violação da Seção A ou de certas proposições que regulam o comportamento de monopólios governamentais previstos no Capítulo 15. As reclamações têm que ser propostas dentro de três anos da data em que o

³³ Para uma análise da problemática envolvendo negócios de particulares com Estados no Direito Internacional, conferir HERMES MARCELO HUCK, "Contratos com o Estado - Aspectos de Direito Internacional", Editora Aquarela, São Paulo, 1989.

³⁴ CHERI D. EKLUND, "A Primer on the Arbitration of NAFTA Chapter Eleven - State Disputes", *Journal of International Arbitration*, v.11, n.4, p.136 (1994). A título de complementação observamos que o conceito de investimento para fins de submissão ao ICSID do Banco Mundial tem sofrido alterações, incorporando atividades-fins, tais como contratos "turn-key", assistência técnica, obras de engenharia etc. Conferir KATHIGAMAR V.S.K NATHAN, "Submissions to the International Centre for Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention", *Journal of International Arbitration*, v. 12, n. 1, pg. 27/52 (1995).

investidor sabe ou deveria saber da alegação de violação do NAFTA e resulte dano, mas concede tempo para as partes na disputa efetuarem consultas e negociações. A reclamação só poderá ser proposta após seis meses transcorridos da violação (art.1120).

Cumpra ponderar que tanto os BITs como o NAFTA são recíprocos. Note-se ainda, por exemplo, que empresas asiáticas ou europeias com subsidiárias americanas ou canadenses poderão utilizá-las como veículos de investimentos no México (ou vice-versa), estando protegidas pelo NAFTA e, portanto, utilizar o Capítulo 11 (art. 1139).

Em breve esboço histórico é de se notar que os Estados Unidos enfrentavam muitas dificuldades em firmar acordos de investimentos em organismos multilaterais, principalmente em face da resistência de países latino-americanos, em decorrência da denominada "cláusula Calvo", na qual os estrangeiros não tinham direito a privilégios que não estavam disponíveis aos nacionais do país receptor do capital.³⁵ Assim, os estrangeiros deveriam submeter reclamações que envolvessem propriedades no foro doméstico, renunciando à proteção diplomática. Destarte, a adoção, pelo México, do Capítulo 11, representou significativa mudança de comportamento, quando acolheu a solução de disputas por meio da arbitragem.³⁶

Início do Procedimento de Solução de Disputas

Consultas e Negociações

Antes de iniciar o procedimento arbitral, as partes na disputa precisam efetuar consultas recíprocas e tentar a solução através da negociação (art. 1118).

Notificação da Intenção em Submeter a Questão à Arbitragem

O investidor prejudicado enviará à Parte (Estado Receptor) notificação de sua intenção de submeter a questão à arbitragem com antecedência prévia de 90 dias da solicitação de instauração da arbitragem. A mencionada notificação deverá especificar: a) o nome

³⁵ Quanto à "cláusula Calvo", que tem o nome do jurista argentino, Carlos Calvo, que no século XIX propugnou referida tese. Conferir o artigo de IBRAHIM SHIHATA, "A Despolitização dos Litígios de Investimentos", Anais do Congresso Internacional sobre Arbitragem Internacional, Rio de Janeiro, 29 a 31 de julho de 1985, ps.162/169, Confederação Nacional do Comércio.

³⁶ Observe-se, inclusive, que a doutrina Calvo faz-se presente na Constituição Mexicana, art. 27 § 1º.

endereço do investidor reclamante e, quando for pessoa jurídica, a razão social e endereço; b) os artigos do Acordo que foram violados e outros que forem relevantes; c) as questões de fato e base para reclamação; e d) a reparação pretendida e a quantia aproximada dos danos sofridos (art. 1119).

Arbitragem. Opções

O sistema de solução de disputas sobre investimentos no NAFTA não estabelece um novo regime processual mas, em vez disso, permite que o investidor procure a arbitragem ³⁷ por violação do NAFTA através: a) da convenção ICSID, quando ambos os países (país receptor e país do investidor) forem partes na convenção; b) Normas do ICSID de Facilidades Adicionais ou Mecanismos Adicionais, quando uma das Partes houver ratificado a Convenção de Washington de 1965; e c) tribunal arbitral *ad hoc* estabelecido segundo as regras de arbitragem da UNCITRAL (art. 1120).

As arbitragens ICSID são estabelecidas sob os auspícios do Banco Mundial, para solucionar disputas entre governos e investidor privado. ³⁸ As Normas de Facilidades Adicionais do ICSID, são designadas, *inter alia*, para arbitragens sobre investimento quando uma das Partes for membro da Convenção ICSID e a outra não. ³⁹ As Regras da UNCITRAL são opcionalmente regras que as partes podem escolher e adotar para regular as controvérsias surgidas de contratos ou outras disputas. ⁴⁰

Condições Prévias para Submeter uma Questão à Arbitragem

³⁷ Neste passo, releva notar que se trata efetivamente da instituição do juízo arbitral, com todas as características pertinentes ao instituto jurídico de direito privado, e não de um painel arbitral nos moldes do estabelecido no Capítulo 20 do NAFTA. A propósito conferir nosso artigo mencionada acima (nota 19 *supra*).

³⁸ Quanto ao Centro de Solução de Controvérsias do Banco Mundial, remetemos o leitor ao livro de GUIDO F.S. SOARES, "Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios", RT, São Paulo, ps.73/90, 1985. CF Regulamento da ICSID reproduzido por IRINEU STRENGER, "Arbitragem Comercial Internacional", LTr, São Paulo, p. 400, 1996. Quanto às origens do ICSID trataremos adiante no capítulo do MERCOSUL.

³⁹ O Canadá e o México não são partes na Convenção de Washington de 1965. Conferir Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties (as of April 1, 1996) publicado pelo The Institute for Transnational Arbitration (Texas, USA).

⁴⁰ Quanto às Regras emanadas da UNCITRAL verificar JACOB DOLINGER e CARMEN TIBURCIO, "Vade Mecum de Direito Internacional Privado", Renovar, Rio de Janeiro, ps.974/988, 1994 e IRINEU STRENGER, "Arbitragem Comercial Internacional", LTr, São Paulo, p. 457, 1996. Adiante, no capítulo do MERCOSUL abordamos sobre o regulamento da UNCITRAL.

Os artigos 1121 e 1122 estabelecem os requisitos para se submeter à arbitragem. O investidor deve exarar, por escrito, sua concordância em se submeter à arbitragem segundo as regras estabelecidas no Acordo, bem como em renunciar ao direito de interpor ou continuar a qualquer ação judicial local ou em outro foro, com exceção para interditos de injunção, declaratórios ou outras formas extraordinárias de auxílio.⁴¹ Para que o país receptor do capital não possa frustrar a arbitragem, retirando seu consentimento, está previsto no artigo 1122 o consentimento antecipado dos governos integrantes no NAFTA.

Escolha e Indicação de Árbitros

Consoante dispõe o artigo 1120.2, aplicam-se os regulamentos de arbitragem acima mencionados, exceto no que for alterado nesta Seção. Assim, o tribunal arbitral será composto de três árbitros, salvo estipulação em contrário, das partes em disputa (art. 1123). É estabelecido que cada parte indicará um árbitro e o presidente do tribunal arbitral será escolhido de comum acordo entre as partes em disputa. Caso as partes em disputa, não encontrem consenso quanto ao terceiro árbitro, este será indicado pelo secretário geral da ICSID, bem como, se qualquer das partes deixar de indicar, um árbitro, mediante lista preparada pelas Partes (Governos) contendo quarenta e cinco pessoas com experiência em direito internacional e investimentos (arts. 1124.2 e 1124.4). Não há necessidade de que os membros do tribunal arbitral sejam nacionais dos países do NAFTA.⁴²

Prevê, ainda, o artigo 1126 a possibilidade de constituição de "litisconsórcio" quando houver mais de um investidor com reclamação idêntica. Neste caso os três membros do tribunal serão indicados pelo Secretário Geral da ICSID, entre os membros da lista elaborada pelas Partes e, se não houver pessoa disponível, será indicado membro do corpo de árbitros da ICSID. O presidente não poderá ser nacional das Partes (art. 1126.5).

⁴¹ Quanto aos institutos processuais que constituem garantias constitucionais ativas no sistema anglo - americano, reportamos o leitor ao compêndio de J. M. OTHON SIDOU, "*Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, Segundo a Nova Constituição*", Forense, 3^o ed., ps. 26/29, Rio de Janeiro 1989.

⁴² As regras da ICSID (Convenção e Facilidades Adicionais) estabelecem que a maioria dos membros do tribunal podem não ser nacionais das partes na disputa, exceção quando se tratar de árbitro único ou for indicado mediante acordo das partes na disputa. As regras da UNCITRAL recomendam que os árbitros sejam de nacionalidades diversas das partes.

Sede da Arbitragem

Os artigos 1127 a 1129 habilitam as Partes no NAFTA, que não estejam envolvidas na arbitragem, a ser informadas dos fatos relevantes e de outras questões, bem como a expender opiniões quanto à interpretação do Acordo. Com o objetivo de assegurar o cumprimento do laudo arbitral, o artigo 1130 estabelece que, a menos que de outra forma as partes em disputa resolvam, a arbitragem terá sede em um país subscritor da Convenção de Nova Iorque de 1958.

Lei Aplicável

O tribunal arbitral, formado com base nas regras do Capítulo 11, decidirá as questões submetidas de acordo com os termos do Acordo e a aplicação das regras de direito internacional. Impende notar que as normas de interpretação do Acordo, expendidas pela Comissão (art. 2001), são vinculantes ao tribunal arbitral. Desta forma, vislumbra-se, neste passo, a criação de um verdadeiro direito "comunitário" secundário.⁴³

Parecer Técnico

Sem prejuízo de indicar outros tipos de especialistas, segundo as regras do regulamento eleito de arbitragem, o tribunal arbitral, mediante solicitação das partes em disputa, ou ao menos que as partes não a aprovem, por sua própria iniciativa, poderá solicitar o parecer referente à questão de fato nas áreas de meio ambiente, saúde, segurança e outras questões científicas, que possam surgir na disputa (art. 1133).

Medidas Cautelares de Proteção

O artigo 1134 estabelece que o tribunal arbitral pode determinar, ou recomendar, medidas cautelares de proteção para preservar direitos da parte em disputa ou assegurar que o poder jurisdicional do tribunal

⁴³ Direito "comunitário originário" é o próprio tratado do NAFTA. Verificar CASELLA, op. cit. p. 122 (supra nota 3). Na União Européia, normalmente, os atos administrativos classificados como regulamentos, diretivas e decisões têm natureza vinculante, e pareceres e recomendações de não vinculante (CEE e EURATOM). Conferir UMBERTO FORTE, União Européia, Malheiros Editores, S.Paulo, p.32, 1994. Também é oportuno reportar o leitor ao artigo de GUIDO F.S. SOARES, "O Direito Supranacional nas Comunidades Européias e na América Latina: O Caso da ALALC/ALADI e o Mercado Comum Brasil - Argentina", RT 668/11 (1991), no qual analisa o direito supranacional e o fenômeno de integração.

seja efetivo e plenamente exercido. É interessante notar que, não obstante seja competência do tribunal e constitua base da reclamação, o tribunal arbitral não pode expedir nenhuma ordem ou aplicar medida de paralisação que constitua alegação de violação do NAFTA. Esta alteração, imposta pelo Acordo, representa uma limitação no poder do tribunal que altera aquelas regras. Ressalta, por exemplo, EKLUND, que o Regulamento da UNCITRAL, estabelece que o tribunal pode adotar qualquer medida cautelar julgada necessária com respeito a matéria objeto da disputa.⁴⁴ Não obstante a limitação imposta pelo NAFTA, assevera o citado autor que podem ser impostas medidas cautelares extensivas, pela Corte, aplicando a legislação nacional, citando a legislação federal canadense (artigo 17 do Código Federal) que autoriza a expedição de medidas cautelares para garantir o procedimento arbitral.⁴⁵

Laudo Arbitral

O laudo arbitral está limitado à reparação monetária de danos, fixação de juros ou a restituição, ou a combinação de ambos.⁴⁶ O laudo arbitral que determina a restituição pode estabelecer a alternativa de compensação em dinheiro. O laudo arbitral não poderá fixar indenizações suplementares compensatórias (indenizações punitivas), de acordo com o previsto no art. 1135.3.

Efeitos e Execução do Laudo Arbitral

O laudo arbitral só vincula as partes em disputa e em relação à matéria apreciada (art. 1136.1). Cada Parte no NAFTA providenciará para que o laudo arbitral seja executado no seu respectivo território. A execução do laudo arbitral só pode ser proposta pelo investidor cento e vinte dias após ter sido ditado, ou após a revisão ou o processo de anulação ter sido completado, segundo as regras da ICSID; três meses após o laudo ter sido ditado ou a Corte dissolver ou permitir a revisão, revogação ou anulação e não há recurso pendente segundo as regras da ICSID Facilidades Adicionais ou UNCITRAL (art. 1136.3). O investidor pode procurar a execução do laudo arbitral por meio das convenções internacionais sobre arbitragem: a de Nova Iorque de 1958, a de Washington de 1965, ou a Interamericana, do Panamá, de 1975 (art. 1136.6).

⁴⁴ op.cit. p. 151 (supra nota 34).

⁴⁵ op.cit. p. 152 (supra nota 34).

⁴⁶ Esta possibilidade alternativa de cumprimento não é usual nos BITs. Conferir GANTZ, op. cit. p. 346 (supra nota 14).

A possibilidade de revisão judicial do laudo arbitral não é excluído pelo NAFTA. Vale notar que dos regulamentos de arbitragem indicados no Acordo, somente as regras da ICSID prevêem a impossibilidade de revisão judicial, embora admitindo a possibilidade de objetar, internamente, o laudo arbitral e subsequente anulação, mediante constituição irregular do tribunal arbitral, manifesto excesso de poder, corrupção, violação de regras processuais ou não motivação do laudo arbitral (artigo 52. 1)

Publicação do Laudo Arbitral

O Anexo 1137.4 estabelece o procedimento para cada Parte com referência a publicação do laudo arbitral. No caso do Canadá e dos Estados Unidos, quando forem Parte na disputa, ou um nacional, o laudo poderá ser publicado. No caso do México, quando for Parte na disputa, aplica-se o que determinarem as regras de arbitragem adotadas quanto à publicação do laudo arbitral.

O art. 2 trata da promoção e admissão de investimentos referindo-se ao princípio do tratamento nacional (idêntico ao disposto no art. 1102 do NAFTA) ou tratamento da nação mais favorecida, originado no princípio fixado no Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT. O inciso 2 do art. 2 do Protocolo de Colônia é a reprodução do disposto no art. 1107 do NAFTA, estabelecendo que as Partes Contratantes quando tiverem admitido um investimento no seu território outorgará as autorizações necessárias para o seu melhor desenvolvimento, incluindo a execução de contratos sobre licenças, assistência comercial ou administrativa e entrada no país de pessoal necessário.

47

Ao contrário do NAFTA, que trata do Sistema de Solução de Litígios minuciosamente em vinte e quatro artigos e diversos anexos,

⁴⁷ Cf Ricardo Thomazinho da CUNHA, "A Arbitragem como Método de Solução de Controvérsias sobre Investimentos Estrangeiros", *in* Arbitragem - A Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional, Ltr, São Paulo, ps. 215/227,1997.

permitindo-nos, até mesmo análise mais detalhada, o Protocolo de Colônia dispensa ao assunto apenas dois artigos. O artigo 9 estabelece os procedimentos e o art.10 trata de direito intertemporal. Poderiam os legisladores do MERCOSUL ter disciplinado a questão com maiores particularidades evitando-se dúvidas e omissões desnecessárias. Demandam regras precisas e claras como efetuado no NAFTA. Esta observação assume maior importância no momento atual em que estamos prestes a entabular negociações para a Área de Livre Comércio das Américas - ALCA, e cujas conveniências políticas e econômicas estão a determinar que as negociações se farão via blocos econômicos, NAFTA/ MERCOSUL.

Abrangência e Aplicação

O Sistema de Solução de Litígios poderá ser instado pelo investidor estrangeiro contra o Estado hospedeiro do capital (art. 1, item 2) quando violadas as disposições do Protocolo de Colônia. Reiteramos, que o sistema nele proposto não se aplica às contendas privadas, às relações entre empresas. A capacidade postulatória pertence ao investidor estrangeiro e no pólo passivo deverá estar presente o Estado Parte receptor do capital (art. 9, § 2º, *in fine*).

Estão abrangidos os investimentos realizados antes ou depois da data de entrada em vigor, porém as disposições do Protocolo não se aplicarão a nenhuma controvérsia ou reclamação que tenha surgido anteriormente à sua entrada em vigor (art. 10).

Quanto à vigência do Protocolo de Colônia acentua o art. 11 que após 30 dias do depósito do quarto instrumento de ratificação o tratado entrará em vigor por período de dez anos, após os quais permanecerá em vigor indefinidamente até que uma das partes manifeste intenção de denunciá-lo. Neste caso, após doze meses da notificação efetuada, deixará de ter vigência. Com relação àqueles investimentos efetuados antes da mencionada notificação, as disposições do protocolo (arts. 1 a 11) continuarão em vigor por mais quinze anos, a partir da efetivação da mencionada notificação.

Reitere-se que o conceito de investimento é amplo, incluindo e não se limitando à propriedade de bens móveis, imóveis, direitos reais, tais como hipoteca, cauções e direitos de penhor; ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação societária; títulos de crédito e direitos a prestações que tenham um valor econômico; empréstimos vinculados a investimentos específicos; direitos de propriedade

intelectual ou imaterial, incluindo direito do autor e de propriedade industrial tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, *know how*, fundos de comércio; concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais (art. 1, parágrafo 1).

Início do Procedimento de Solução de Disputas

Consultas Amistosas

Procura-se, inicialmente, a solução da controvérsia por meio da conciliação e mediação, propiciando que as partes alcancem acordo amigável, no prazo de 6 (seis) meses. Decorrido este prazo o investidor, a seu critério, poderá optar por um dos seguintes procedimentos: (i) tribunais competentes do Estado Parte em cujo território se realizou o investimento; (ii) arbitragem internacional; e (iii) sistema permanente de solução de controvérsias com particulares que, eventualmente, venha a ser estabelecido no quadro do Tratado de Assunção (art. 9, inciso 2). Seja qual for a opção adotada esta será definitiva não podendo, por exemplo, no curso de uma demanda judicial, o investidor estrangeiro solicitar a instauração de um tribunal arbitral.

Note-se, também, que seja qual for o procedimento adotado deverá-se respeitar o devido processo legal, assegurando às partes os princípios da igualdade de tratamento, do contraditório da imparcialidade e independência dos julgadores.⁴⁸

Acesso ao Judiciário

A primeira opção franqueada ao investidor estrangeiro é a possibilidade de submeter o litígio ao Judiciário competente do país receptor do capital. Se estivermos diante de, por exemplo, um procedimento expropriatório brasileiro em que o investidor entenda que está sendo discriminado ou que a indenização não condiz com o valor efetivo do bem, poderá interpor a respectiva ação judicial perante a circunscrição judiciária competente (Justiça Federal/Vara da Fazenda Pública). O mesmo poderia ocorrer, por

⁴⁸ Cf nosso artigo "Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado", RT 686/73, 1992.

exemplo, no caso de empresa brasileira constituída com capital estrangeiro (art.1, parágrafo 1, letras "b" e "e") explorar serviço público mediante concessão e ter o contrato rescindido unilateral e injustificadamente sem ressarcimento dos danos incorridos ao concessionário. Poderá o investidor ajuizar a competente ação ou optar pela solução arbitral, ou o sistema permanente de solução de controvérsias privadas, que futuramente venha a existir.

Note-se, que no âmbito do NAFTA, o capítulo XI não faz menção expressa de recurso ao Judiciário, prevendo apenas a instância arbitral na forma mencionada.

Arbitragem Internacional. Opções.

O Protocolo de Colônia prevê dois tipos de procedimentos para a instauração da arbitragem internacional: (i) a arbitragem institucional ou administrada e (ii) arbitragem *ad hoc*.

Arbitragem Institucional. Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos - ICSID

Sob a égide do Centro Internacional de Solução de Controvérsias relativas aos Investimentos (*International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID*) instituído pela Convenção Internacional relativa à Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, firmada em Washington, em 18.03.65, em vigor em 125 Estados (entre eles, Argentina, Paraguai e Uruguai).⁴⁹ Enquanto todos os Países Membros do MERCOSUL não forem parte naquela Convenção, cada Estado Parte dará o seu consentimento para que a controvérsia seja submetida a arbitragem em conformidade com o Regulamento de Mecanismo Complementar (Facilidades Adicionais) do ICSID para a administração de procedimentos de conciliação, arbitragem ou investigação.

Assim, partindo-se do princípio de que a Argentina, o Uruguai e o Paraguai atualmente ratificaram a Convenção de Washington e considerando que esteja em vigência nesses países, a exclusão é apenas do Brasil. Assim, uma contenda a envolver um investidor paraguaio na Argentina (país receptor do capital) será levada à

⁴⁹ Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties (as of April, 1, 1996), publicado pelo The Institute for Transnational Arbitration - ITA (Texas, USA). O Chile e a Bolívia também ratificaram a Convenção de Washington de 1965. Estas informações foram obtidas pelo ITA no ICSID.

arbitragem ICSID. Ao passo que, se tratar de uma controvérsia que envolva um investidor brasileiro no Uruguai, a questão será submetida ao regulamento de Mecanismo Complementar.

Impende ponderar que, consoante disposto no preâmbulo e art. 25 da Convenção de Washington, um Estado, ao ratificar aquela Convenção, não estará automaticamente obrigado a submeter ao Centro as diferenças referentes a investimentos. Contudo, se houver assumido esse compromisso em cláusula arbitral inserta em contrato (ou até mesmo externando essa possibilidade em Acordo Internacional tal como efetuado no Protocolo de Colônia), estará obrigado a aceitar a conciliação ou arbitragem administrada pela ICSID, quando presentes as condições estabelecidas (ambos os Estados são partes na Convenção) estando impedido de adotar qualquer outra medida, incluindo a judicial (art.26). Poderá, contudo, estipular que seja esgotada a esfera administrativa (art.26).

É oportuno salientar que das disposições do art. 9, § 4, alínea "a", tira-se a ilação de que os Estados Partes estão dando antecipadamente o consentimento em se submeter à arbitragem institucional ICSID ou Mecanismo Complementar, haja vista ser um direito do investidor optar pelo procedimento arbitral que desejar. Todavia, poderia ter sido o legislador do Protocolo de Colônia mais explícito, tal como o estatuído no NAFTA que, expressamente, prevê que os Estados consentem em submeter-se ao procedimentos estabelecidos no Acordo, Capítulo XI (art. 1122).

O Mecanismo Complementar do ICSID para a Administração de Procedimentos de Conciliação, Arbitragem ou Investigação ("*Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding*") foi estabelecido em 1978, com o intuito de tornar acessível as facilidades do ICSID na resolução de disputas que não estejam no âmbito da Convenção de Washington de 1965, quando uma das partes é nacional de um país não contratante da mencionada Convenção ou o Estado envolvido não é parte na Convenção.⁵⁰ Pode ser utilizada mediante consenso das partes. Assevera, B. SHIFMAN que o laudo arbitral ditado sob a égide do "*Additional Facility*" não tem a força vinculante do laudo ditado segundo a Convenção de Washington. Com efeito, a execução do laudo arbitral terá como base a Convenção Internacional sobre Reconhecimento e Execução de Laudo Arbitral Estrangeiro, firmada em Nova Iorque em 1958, ou a Convenção

⁵⁰ Cf Bette E. SHIFMAN, "International Centre for Settlement of Investment Disputes", *in* World Arbitration Reporter, Transnational Juris, New York, v. 3, p. 3054, 1994.

Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmada na cidade do Panamá em 1975.⁵¹

Arbitragem *Ad Hoc*. Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional - UNCITRAL.

A Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional - UNCITRAL, redigiu para as arbitragens *ad hoc* um Regulamento de Arbitragem Internacional.⁵² A elaboração desse Regulamento envolveu especialistas de diversos países e de sistemas jurídicos diferentes. Após análise e apreciação das sugestões apresentadas, recebeu versão final que foi aprovada em 15 de dezembro de 1976, pela Resolução 31/98 da Assembléia Geral das Nações Unidas. O Regulamento de Arbitragem Internacional da UNCITRAL possui 41 artigos, divididos em quatro seções, a saber:

Seção I - Regras Introdutórias. Trata do modo de aplicação destas regras, informações gerais, prazos, notificação da arbitragem e representação e assistência. Também contém anexo uma cláusula modelo de arbitragem.

Seção II - Composição do Tribunal Arbitral. Dispõe sobre o número de árbitros, método para indicá-los, recusa de árbitros, substituição de árbitro e repetição de audiência na hipótese de substituição.

Seção III - Procedimento Arbitral. Trata da condução do procedimento arbitral. Contém regras gerais e específicas sobre o local da arbitragem, idioma, apresentação das razões do demandante e defesa do demandado, alegação de incompetência do tribunal arbitral, apresentação de documentos, prazos, provas, audiências, medidas provisionais de proteção, perícias, revelia, fim do procedimento instrutório, e renúncia ao direito de objetar a não submissão às regras.

Seção IV - Sentença Arbitral. Contém regras quanto à maneira em que o tribunal deve externar a decisão, forma e efeito da sentença arbitral, lei aplicável, incluindo, por exemplo, quando os árbitros estão autorizados a decidir por equidade, acordo ou motivos para o término

⁵¹ Op.cit. p. 3055. A Convenção de Nova Iorque, no que pertine aos países membros do MERCOSUL, foi ratificada pela Argentina e Uruguai. A Convenção do Panamá tem vigência em todos os países integrantes do MERCOSUL.

⁵² Vratislav PECHOTA, *The World Arbitration Reporter*, v. 3, nº 7, p. 3083, 1994.

do procedimento arbitral, interpretação e correção da sentença arbitral, sentença adicional, custas, incluindo o depósito das custas.

A Resolução da ONU, que recomenda a utilização das Regras da UNCITRAL, assevera sua utilização "para solução de disputas surgidas no contexto das relações comerciais internacionais, particularmente aos contratos internacionais". Mas a aplicação do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL tem-se estendido a disputas sobre investimentos, *joint ventures*, transferência de tecnologia e outras formas industrial, tecnológica e econômica de cooperação. A aplicação do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, encontra guarida também para a solução de controvérsias que envolvam disputas entre governos ou empresas públicas. É o que ocorreu, por exemplo, com o *Iran- USA Claim Tribunal*, um corpo internacional a que se confiou a tarefa de solucionar as pendências surgidas entre nacionais americanos contra o Irã e de nacionais iranianos contra os Estados Unidos. Este Tribunal, com algumas adaptações utilizou o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.⁵³

O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL alcançou incontestemente disseminação, sendo mundialmente conhecido e utilizado até mesmo em arbitragens institucionais, pois há dezenas de instituições arbitrais no mundo que incorporaram as regras da UNCITRAL em seus respectivos regulamentos. Saliente-se, ainda que as regras de arbitragem estatuídas pelo Centro Interamericano de Arbitragem Comercial - CIAC são reprodução das disposições da UNCITRAL.⁵⁴

LEI APLICÁVEL

O Tribunal Arbitral decidirá a controvérsia com base nas disposições do Protocolo, no direito do país receptor do capital, incluídas as normas relativas a conflitos de leis, bem como de acordo com as estipulações contratuais e os princípios de direito internacional que regem a matéria (art. 9, § 5º).⁵⁵

⁵³ *op. cit.* p.3089 e 3090.

⁵⁴ É importante notar que a Convenção do Panamá de 1975, no art.3, textualmente elege o regulamento do CIAC para arbitragens *ad hoc* na ausência de previsão das partes.

⁵⁵ Antônio Augusto Cançado TRINDADE discorrendo sobre os princípios do direito internacional contemporâneo reporta-se aos trabalhos que culminaram na adoção pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 24 de outubro de 1970 da "Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU". São sete princípios, a saber: 1) Proibição do uso ou ameaça da força. 2) Solução Pacífica de Controvérsias. 3) Não-Intervenção nos assuntos internos dos Estados. 4) Dever de cooperação

Neste ponto, o Protocolo de Colônia difere do Acordo de Investimentos do NAFTA, pois neste, o tribunal arbitral deverá decidir com base nas estipulações do Acordo e nas regras de direito internacional (art. 1131).

Efeitos e Execução da Sentença Arbitral

As sentenças arbitrais serão definitivas e obrigatórias para as partes na controvérsia. Neste passo, devem ser observadas, também, as disposições do Regulamento ICSID, Mecanismo Complementar e UNCITRAL no que pertine aos prazos para execução da sentença arbitral, tal como mencionado acima, quanto aos efeitos e execução do laudo arbitral no âmbito do NAFTA..

Cada Parte Contratante as executará de acordo com a sua legislação, atentando, inclusive, ao disposto na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, se for o caso e do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial,

internacional. 5) Igualdade de direitos e autodeterminação dos povos. 6) Igualdade soberana dos Estados. 7) Boa Fé no cumprimento das obrigações internacionais. ("Princípios do Direito Internacional Contemporâneo", Editora Universidade de Brasília, ps. 51/80, 1981). A análise dos princípios de direito internacional deve ser efetuada à luz das fontes do direito internacional público e privado. A propósito consultar Alfredo VERDROSS, "Derecho Internacional Publico", Aguilar, Madrid, ps.89/130,1969. Também, preleciona René DAVID, que há dois tipos de direito internacional. O próprio de cada nação constituído pelas regras consideradas apropriadas em um determinado país para serem aplicadas nas relações internacionais. Essas regras podem corresponder a uma visão do que seja justo em matéria internacional mas elas são dispostas pelas autoridades nacionais. Estas regras podem ter por objeto relações de caráter internacional, mas são na realidade regras de direito nacional. Ao lado desse direito internacional, nacionalizado, e diferente nos diversos países, existe ou pode existir um verdadeiro direito internacional, reconhecido universalmente ou mais freqüentemente nas relações entre dois ou mais Estados. ("L'Arbitrage dans le Commerce International ", Econômica, Paris, ps. 183/4, 1982). Jacob DOLINGER ao analisar as fontes do direito internacional privado além de reproduzir a citação do saudoso comparatista francês esclarece que "a complexidade dos problemas versados pelo Direito Internacional Privado conduz a uma variedade de fontes produtoras de regras que visam indicar soluções, uma mais, outras menos eficazes. Estas fontes situam-se no plano interno de cada país bem como no plano internacional e regional. Enquanto no Direito Internacional Público preponderam as regras produzidas por fontes supranacionais, no Direito Internacional Privado é nítida a preponderância das fontes internas: a lei, a Doutrina e a Jurisprudência" (Direito Internacional Privado", Renovar, Rio de Janeiro, p. 61, 1994).

Trabalhista e Administrativa firmado na cidade Argentina de Las Leñas e, aprovado pelo decreto legislativo nº 55/98.⁵⁶

Impende ponderar que quanto à execução da sentença arbitral devemos nos ater ao disposto na nova lei sobre arbitragem brasileira, nº 9.307, de 23.09.96. Assim transcende de importância saber o local da sede da arbitragem (local onde a sentença arbitral foi ditada), posto que o artigo 34, § único estabelece que considera-se estrangeira a sentença arbitral proferida fora do território nacional. Com efeito, se a arbitragem decorrente do Protocolo de Colônia for, por exemplo, *ad hoc* e a sede em território brasileiro, a sentença arbitral será considerada doméstica e executada de acordo com os arts. 31 e seguintes da Lei nº 9.307/96, se não cumprida espontaneamente pela parte vencida. Se a sede da arbitragem estiver localizada fora do território brasileiro será a sentença arbitral estrangeira e sua execução seguirá o previsto no Capítulo VI da Lei 9.307/96 e às Convenções Internacionais pertinentes.

Por fim, é imperioso ressaltar que as arbitragens aplicadas em litígios de investimentos, nos moldes dos Acordos de Investimentos são arbitragens privadas, distintas, portanto, das arbitragens públicas (arbitragens entre Estados e organismos internacionais).⁵⁷

CONCLUSÃO

O Direito Internacional da Integração Econômica encontra-se em plena atividade evolutiva, impulsionado pelas transformações advindas após a segunda guerra mundial em que as formas da simples cooperação econômica se mostraram ineficazes para alavancar o progresso e desenvolvimento conjunto das nações. A forma encontrada pelos Estados de união de esforços através dos vários matizes de integração (zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum etc.) vem demonstrando que os resultados são positivos,⁵⁸ não obstante os conflitos de interesses e os percalços da

⁵⁶ Cf André de Carvalho RAMOS, "O Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira e a Cooperação Jurisdicional no MERCOSUL", *in* Arbitragem, a Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a Praxe Internacional, Ltr, São Paulo, p. 281/ 308, 1997.

⁵⁷ Cf José Carlos de MAGALHÃES, "Do Estado na Arbitragem Privada", Max Limonad, São Paulo, 1988. Cf igualmente Celso D. de Albuquerque MELLO, "Direito Internacional Econômico", Renovar, Rio de Janeiro, p.137, 1993.

⁵⁸ O MERCOSUL, por exemplo, como salientado linhas atrás, triplicou desde 1991 o comércio entre os Estados Partes. O países integrantes do NAFTA, consoante asseverado por David A GANTZ, "eram grandes parceiros comerciais antes do NAFTA. As exportações americanas para o México saltaram de US\$ 12 bilhões em 1986 para US\$ 50,8 bilhões em 1994 e as exportações para o Canadá em 1994

caminhada. Como dizem os ditados populares: "uma andorinha não faz verão", mas a "união faz a força".

Neste novo milênio a economia mundial está a demonstrar que a pujança das nações resultará de seu processo de engajamento em nível regional e daí para o global. Os países integrantes do MERCOSUL e do NAFTA, bem como dos demais países do continente americano, estão a entabular negociações para formação de nova área de integração econômica hemisférica (ALCA). O MERCOSUL no âmbito do velho continente, firmou o Acordo-Quadro Inter-Regional de Cooperação com a Comunidade Européia.⁵⁹ Em todos esses Atos é inconcussa a importância dos acordos sobre promoção e proteção de investimentos ⁶⁰ fornecendo a certeza e segurança jurídicas necessárias, corroboradas por um sistema justo e eficaz de solução de controvérsias, contribuindo para que os investimentos acorram aos Estados e propiciem a geração de empregos e o desenvolvimento econômico. Enfim, *"o progresso e a prosperidade de cada nação são, a uma só vez, causa e efeito da prosperidade e o progresso de todos os outros"*. ⁶¹

SMFL/bitmec/shc.:

ultrapassaram US\$ 114,4 bilhões. O comércio total entre Estados Unidos, México e Canadá (exportação e importação) excedeu US\$ 343 bilhões, cerca de 23% de todo o comércio mundial dos EUA. Para o México e Canadá, os Estados Unidos são seu maior mercado; o Canadá é o maior comprador dos Estados Unidos, e o México o terceiro, logo após o Japão. Apesar de o comércio regional não demonstrar que se expandirá entre 1995 e 1996, em razão da crise do peso mexicano, o comércio intra-regional deve aumentar em um período mais longo." (op. cit. p. 280).

⁵⁹ Decreto Legislativo n.º 10, de 1997 (DOU de 05.02.97).

⁶⁰ O artigo 12, § 2º, alínea "b" do Acordo-Quadro MERCOSUL/ CE, acentua que a cooperação na área de investimentos atuará na forma de "apoiar o desenvolvimento de um quadro jurídico que favoreça o investimento entre as Partes, em especial mediante a eventual celebração, pelos Estados -Membros da COMUNIDADE e pelos Estados Partes do MERCOSUL interessados, de acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos, bem como de acordos bilaterais destinados a evitar a dupla tributação".

⁶¹ Papa João XXIII, Encíclica *"Pacem in Terra"* citado por José Carlos de Magalhães na obra mencionada p.16 (vide nota 58).