

O BRASIL E A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS: UMA ANÁLISE COMPARADA COM A PROTEÇÃO JURÍDICA AMERICANA E ARGENTINA

BRAZIL AND THE INTERNATIONAL FOREIGN INVESTMENT FRAMEWORK: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE AMERICAN AND ARGENTINIAN JURIDICAL PROTECTION

Vivian Daniele Rocha Gabriel¹

Resumo: O presente artigo pretende analisar de modo macrocomparativo as legislações domésticas e internacionais de Brasil, Estados Unidos e Argentina com o objetivo de identificar o tratamento conferido aos investimentos estrangeiros por cada um deles, e se ambas as perspectivas se mostram coerentes umas com as outras em suas prerrogativas liberalizantes ou restritivas internas e externas. Além disso, pretende-se, através da identificação de semelhanças e diferenças, atinar-se às características extraídas que podem servir de base para o caso da adoção de um futuro paradigma de acordo internacional de promoção e proteção de investimentos, em sua espécie bilateral, por parte do Brasil a ser negociado com outras nações.

Palavras-Chave: *Investimentos Estrangeiros; Coerência; Promoção e proteção de investimentos.*

Abstract: The following article's purpose is to analyze in a macro comparative way Brazil, United States and Argentinian's domestic and international Law, in order to identify the legal treatment to the subject of foreign investments by each one of them, and to verify if their perspectives are coherent with the country's liberalizing or restrictive internal and external postures. Besides, through the identification of consistencies and differences, compare their features to indicate if they may be used as base for the adoption of a future paradigm of international bilateral agreement of promotion and protection of investments by Brazil, when negotiating with other nations.

Key-words: Foreign investments; Coherence; Promotion and Protection of investments.

¹Mestranda em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Membro da Society of International Economic Law (SIEL). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada. E-mail: vivian.d.rocha@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O tema investimentos estrangeiros é regulamentado há tempos pelas mais diversas nações e instituições, entretanto, no século XX, com o advento do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, sua normatização tomou proporções internacionais. Esta procurou tratar de pontos antes nebulosos para os investidores estrangeiros que, sentindo-se vulneráveis perante as legislações nacionais e pelos atos soberanos dos países receptores, acabavam por colocar em pauta, sucessivamente, a necessidade de uma solução em nível internacional.

O artigo pretende, primeiramente, abordar a importância da regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros, trazendo à baila uma perspectiva histórica e descritiva dos tipos de regulamentações internacionais e a sua proliferação.

Em um segundo momento, tratar-se-á da regulamentação dos investimentos estrangeiros no Brasil, da existência de normativas nacionais de proteção, se existem instrumentos protetivos no plano internacional e, caso não haja, qual a relevância de que se adote um modelo para tanto.

Posteriormente, será enfatizada a contribuição do Direito Comparado para o desenvolvimento do estudo, e individualizados certos elementos e critérios provenientes desta área do direito, utilizados no intuito de se alcançar uma melhor e mais contributiva comparação. Esta será baseada tanto em similaridades quanto em distinções, bem como em sua utilidade para o contexto pesquisado e para a solução que se procura dar.

A comparação será realizada tomando como paradigmas a legislação doméstica de Estados Unidos e Argentina, além dos mais atuais acordos de investimentos desses países, com a finalidade de demonstrar a origem e características presentes em suas normas.

Por fim, realizadas as devidas comparações e identificados alguns pontos comuns e que podem ser observados pelo Brasil, serão apresentadas algumas conclusões críticas sobre o que foi pesquisado sobre Estados Unidos, Argentina e Brasil e como isso poderá auxiliar na análise de um futuro a ser desenvolvido para o Brasil.

2. DA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Após a 2ª Guerra Mundial, enquanto o mundo se deparava com um ambiente de reconstrução política e econômica, ocorria paralelamente o processo de liberalização financeira. Permitindo o livre fluxo de capitais de um Estado a outro, a expansão das

empresas transnacionais para além de suas fronteiras foi elemento importante para a disseminação dos investimentos estrangeiros aos mais diversos Estados de todo o globo².

Os Estados, por sua vez, possuíam e, ainda possuem tratamento jurídico diferenciado quanto ao tema investimentos, tanto no âmbito interno, quanto no internacional. As regulamentações domésticas fazem transparecer claramente o grau de política de abertura comercial do país, bem como o tratamento específico conferido aos investimentos em território nacional. Já quanto à regulamentação jurídica internacional, esta se dá, principalmente, por meio dos acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI's).

Esses tratados dispõem basicamente de temas ímpares aos investidores como “o ingresso, o retorno, a proteção, as garantias e a solução de controvérsias”.³ Por proteções, entende-se o resguardo jurídico em decorrência de nacionalizações e socializações, expropriações discriminatórias, resoluções unilaterais de contratos, discriminação tributária, discriminação para obtenção de licenças, permissões e concessões, desrespeito à propriedade intelectual e restrições à transferência internacional de capitais⁴. Além disso, ao eleger a arbitragem como meio de resolução de conflitos, de modo a se garantir maior neutralidade, por se tratarem de acordos autônomos, não vinculativos à legislação nacional do país receptor de investimentos, afastam a possibilidade de interferência da jurisdição estatal.

Esses acordos dividem-se em acordos multilaterais, regionais e bilaterais. Quanto aos primeiros, após tentativas frustradas sobre o Acordo Multilateral sobre Investimentos (AMI), hodiernamente, resumem-se aos acordos *Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMS)* e *General Agreement on Trade in Services (GATS)*, na esfera da Organização Mundial do Comércio (OMC) e ao acordo setorial sobre investimentos em energia, denominado Tratado da Carta de Energia (TCE)⁵.

No plano regional, o tema é abordado no capítulo 11 do *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* e no Protocolo de Colônia, de 1994 – ainda não em vigor - no âmbito do

²De acordo com a *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, as exportações de filiais estrangeiras constituem cerca de um terço das exportações globais de bens e serviços, e um terço do comércio mundial intra firmas. Cf. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World investment report 2010 investing in a low carbon-economy*. Genebra: ONU, 2010 In MERLO, Valeria. *Essays on the impact of international taxation and bilateral treaties on multinational firm activity*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades Doctor Oeconomiae Publicae, Ludwig-Maximilians. Universitat München, 2011, p. xi. Disponível em: <http://edoc.ub.uni-muenchen.de/13824/1/Merlo_Valeria.pdf>. Acesso em: 03 dez 2013.

³DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p.87.

⁴COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p.59.

⁵ Ibid., p.128 e 256.

Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), organização regional e integração econômica sul-americana. Ambos possuem como característica comum serem acordos de preferência comercial e serem voltados para a integração regional.

E, por fim, existem também os tratados bilaterais de investimentos (TBIs), instrumentos que englobam uma imensa gama de países, com uma vasta distribuição geográfica, envolvendo tanto nações desenvolvidas quanto em desenvolvimento. Dar-se-á ênfase, portanto, a esses instrumentos jurídicos internacionais visto que tiveram um incremento considerável desde a sua criação, na década de 1950, tendo se popularizado, principalmente, a partir da década de 1990. Até o final de 2011, esses tratados chegaram à marca de 2.833⁶, logo, constituem-se a fonte de direito internacional mais utilizada para a regulamentação de investimentos no exterior.

2.1 DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E SUA ORIGEM

Esses instrumentos internacionais que conferem proteção jurídica aos investimentos estrangeiros, em especial os tratados bilaterais, originaram-se do temor dos investidores internacionais em razão do exercício de soberania dos Estados ao promoverem atos expropriatórios impositivos e interventivos, seguidos de prejuízo aos proprietários, que nem sempre eram compensados *a posteriori*.

Assim sendo, em 1959, foi criado o primeiro tratado bilateral de investimento, firmado entre Alemanha e Paquistão⁷. O ambiente que marcou essa criação legislativa internacional foi o dos anos 1950, década assinalada por consideráveis nacionalizações⁸, onde em meio a uma atmosfera de desconfiança e incertezas para os investidores internacionais, se procurou uma aproximação mais balanceada que iria deixar para trás a situação de “tudo ou nada”, entre plena ou nenhuma compensação⁹.

⁶UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World investment report 2012: towards a new generation of investment policies*, p.xx. Genebra: ONU, 2012. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf> .Acesso em> 02 dez 2013.

⁷BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes cases, materials and commentary*. The Hague: Kluwer law international, 2005, p.32.

⁸ A título exemplificativo cita-se as nacionalizações envolvendo a Anglo Iranian Oil Comoanny, de 1951, a da United Fruit Company da Guatemala, de 1953, a da Suez Canal Company, pelo Egito, de 1956 e a da propriedade de holandeses na Indonésia de 1958. Cf. COSTA, José Augusto Fontoura. Loc cit. p.45.

⁹REINISCH, August. *Standards of investment protection*. New York, Oxford University Press, 2008, p.2.

Esses atos chamaram a atenção da comunidade internacional, desde o início século XX, com expropriações de filiais americanas no México e na Rússia. Os investidores estrangeiros permaneceram receosos a respeito de desapropriações imprevisíveis e sem qualquer justificação, por isso, promoveram diversas pressões na esfera internacional para solucionar essa questão. Apesar disso, não foi alcançada solução nem uniformidade de tratamento entre os Estados com relação às expropriações, devido a estas serem matéria regulada pelo direito doméstico de cada país, o que ensejaria distinção de tratamento por cada nação no que tange à finalidade ou interesse público justificáveis à expropriação¹⁰.

Já nos anos 1960 houve nova discussão acerca do tema investimentos estrangeiros e compensação em casos de expropriação, visto que empresas petrolíferas estrangeiras foram expropriadas por países árabes, bem como houve expropriações por parte de Cuba a empreendimentos estrangeiros em território nacional.

Nessa esteira, em um ambiente de bipolaridade, característico do período da Guerra Fria, alguns países em desenvolvimento resolveram unir-se em coalizões de interesses¹¹, com o propósito de atuar de forma estratégica nos foros internacionais, em especial o da Organização das Nações Unidas (ONU). Esses países efetuaram pressões para se estabelecer uma nova ordem econômica internacional, mais justa e inclusiva, o que influenciou para a aclamação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), da Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados.

No que se refere à expropriação, esse instrumento estabeleceu em seu art. 2º, parágrafo 2º, alínea “c” que o Estado teria o direito de expropriar os bens de estrangeiros, aos quais deveria pagar indenização adequada, segundo a ordem jurídica interna de cada país, sem respaldo no Direito Internacional, e sempre com a premissa de que isso só seria possível caso não atrapalhasse o desenvolvimento nacional do Estado¹².

Dessa maneira, pode-se chegar a algumas conclusões. A primeira, de que houve discussões para a criação de proteções aos investidores estrangeiros, de modo que garantissem a continuidade dos investimentos no mundo, porém, resguardados de riscos de expropriações em massa que possibilitassem a transferência da propriedade e do controle de ativos para as mãos dos Estados receptores. A segunda, de que ao mesmo tempo em que isso era discutido,

¹⁰ O conceito de utilidade pública acaba sendo de difícil precisão, principalmente, para o direito internacional, visto que cada Estado possui necessidades diferentes, bem como possuem graus de desenvolvimento distintos. Cf: MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005, p.170.

¹¹ Exemplo disso foi o grupo de interesse denominado G-77, que englobava 77 países em desenvolvimento, e que hoje conta com 131 nações.

¹² MAGALHÃES, J. C. de. Loc. cit. p.177.

nações em desenvolvimento buscavam garantir seu próprio direito para desenvolverem-se plenamente, mesmo em detrimento dos investimentos privados instalados em seu território, o que implicou no desabrochar paralelo tanto do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros, quanto do Direito Internacional do Desenvolvimento.

Desde então, o cenário global passou por uma maciça liberalização da conta capital e financeira. A proteção internacional dos investimentos estrangeiros prosseguia modestamente, aflorando em acordos bilaterais e regionais. Contudo, com o aceleração da livre circulação de capitais de modo intenso principalmente na década de 1990, os APPRIs difundiram-se rapidamente e em grandes proporções.

De acordo com Barbara Kotschawar, existem dois fatores para a disseminação dos investimentos estrangeiros: a abertura unilateral dos países em desenvolvimento e o aumento do papel dos investimentos na economia mundial¹³. Em consonância com esse entendimento, nações em desenvolvimento, incluídas as do leste europeu e da América Latina, reduziram domesticamente a limitação ao controle à entrada de capital estrangeiro, à criação ou funcionamento de filiais estrangeiras, à liberalização da repatriação do capital e às remessas de lucros. Passaram a aceitar cláusulas que remetessem litígios contra investidores às arbitragens internacionais de investimentos e a assegurar riscos contra expropriações para mitigar antigas vulnerabilidades que causavam reticências por parte do capital estrangeiro.¹⁴ Assim, proliferaram-se os tratados bilaterais de investimento, que à época, em razão do “*race to the bottom*”¹⁵ dos países em desenvolvimento em busca de investidores, foram adotados com o propósito não somente de prover maior segurança ao investidor, mas também de atrair capital.

Dentre os países latino-americanos que visavam à atração de investimentos externos, encontrava-se o Brasil, que possuía legislação pertinente ao tema editada na década de 1960, porém, não possuía regulamentação internacional vigente no campo do direito internacional, o que deixava e, ainda deixa, uma lacuna legislativa externa quanto ao tema, mesmo depois de delineada sua importância para a garantia dos investimentos.

¹³KOTSCHWAR, Barbara. Mapping investment provisions in regional trade agreements: towards an international law regime? In ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; TEH, Robert. *Regional Rules in the Global Trading System*. New York: Cambridge University Press, 2009, p.256-266.

¹⁴PRASAD, Eswar, RAJAN, R.G. *A pragmatic approach to capital account liberalization*. Journal of Economic Perspectives. Vol 22 n.3, p. 149-172.

¹⁵ Expressão utilizada para quando há competição entre os países para determinada finalidade.

3. O BRASIL E SEU PADRÃO DE TRATAMENTO CONFERIDO AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

No Brasil, o regime jurídico concernente aos investimentos estrangeiros está transposto na lei 4.131/62, criada em um contexto interno de industrialização preliminar ao “desenvolvimento autoritário” proporcionado a partir de 1964. Baseada no regime de controle desses investimentos, a lei determina a obrigatoriedade do registro de capital estrangeiro junto ao Banco Central, para que seja possível a disposição de garantia de câmbio e de autorização para retorno do investimento e de seus lucros¹⁶. Vale notar que, a lei aborda que o investimento estrangeiro existe desde seu ingresso ou da introdução regular de seus bens ou valores no Estado brasileiro e proíbe a discriminação entre capital nacional e estrangeiro.

Por meio do registro faz-se o controle efetivo do ingresso e da saída de divisas do país, confere-se ao investidor o direito de retorno do que fora investido, bem como o de remessas de lucros, acesso a dados sobre os capitais estrangeiros, sua destinação e evasão de divisas, de modo a facilitar a formulação de políticas sobre investimentos e de analisar os impactos destes sobre o desenvolvimento socioeconômico do Estado brasileiro¹⁷.

Ademais, a lei trata de especificidades técnicas quanto a crédito, dispositivos fiscais e disposições quanto a bancos estrangeiros, participação do conselho de ministros ao tomar decisões, quanto a investimentos que priorizem o desenvolvimento nacional, ao censo do capital estrangeiro e ao valor no que se refere às infrações quanto a presente lei.

Ainda, quanto a outras legislações nacionais que abordam o tema destaca-se que a Constituição Federal de 1988 impõe algumas restrições setoriais em áreas de interesse nacional para a instalação do capital estrangeiro. Essas são presentes em caso de atividades de monopólio da União, como a exploração de petróleo, minérios e minerais nucleares¹⁸, assistência à saúde (regulada pela lei 8.080 de 1990), e propriedade de empresa jornalística ou de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Quanto à proteção dos investidores contra expropriação, a legislação brasileira oferece limitações contra a expropriação arbitrária e limitações ao poder de expropriar do Estado, a ser realizado por critérios de necessidade, utilidade pública ou interesse social¹⁹.

¹⁶DIAS, B. de F. op. cit., p.97.

¹⁷ANDRADE JR, Atila de Souza Leão. O capital estrangeiro no sistema jurídico brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.52 *In* ibid., p.98.

¹⁸ Em casos como os previstos no art. 176 e 199, parágrafo 3º, é possível a participação de estrangeiros como acionistas ou quotistas de empresas brasileiras.

¹⁹ O art. 2º da Lei 4.132/62 estabelece as hipóteses de interesse social, bem como o Decreto-lei 3.365/41.

Além disso, o princípio da inafastabilidade de jurisdição consagra o acesso à justiça pelo investidor brasileiro às cortes nacionais, de modo a buscar a solução jurídica em casos de litígios, em consonância com o devido processo legal.

De modo crítico, constata-se que a lei que trata da aplicação do capital estrangeiro é bastante técnica, e trata em grande parte sobre a remessa de valores, especificidades cambiais e de operações financeiras, com foco no interesse nacional e desenvolvimento econômico do Estado. Não aborda questões preciosas como aquelas referentes à expropriação, garantias ou restrições a investidores externos, deixando para que outras leis as determinem, principalmente, a Carta Magna e a legislação quanto à expropriação, por exemplo. Além disso, submete todas as controvérsias à regra da jurisdição das cortes nacionais, que conseqüentemente, considerarão o interesse do Estado em primeiro lugar. Por fim, conclui-se que a legislação disponível sobre o assunto dá ênfase à posição do país como receptor de investimentos estrangeiros.

No que se refere à regulação internacional dos investimentos, o país possui catorze TBIs firmados, entretanto, nenhum deles foi ratificado pelo Congresso Nacional. Celebrou-se também acordo de garantia de investimentos com os Estados Unidos, em que os investimentos americanos com destino ao Brasil seriam protegidos pela *Overseas Private Investment Corporation (OPIC)*, agência mantida pela Casa Branca com a finalidade de estimular empresas americanas no exterior.

Atualmente, o Brasil encontra-se em andamento com o processo de internacionalização de suas empresas nacionais, passando da condição de somente receptor de investimentos, para a posição de também emissor de investimentos estrangeiros. Segundo o *World Investment Report*, relatório promovido pela UNCTAD, em 2012, empresas brasileiras vêm alcançando cada vez mais destaque como potenciais investidores internacionais, como é o caso da Vale S A²⁰²¹, figurada entre uma das maiores empresas transnacionais de países emergentes. Ademais, tais empresas de países em desenvolvimento também são cada vez mais atuantes na aquisição de ativos de empresas exploradoras de recursos naturais no exterior, inclusive de países desenvolvidos, como é o caso da Petrolífera brasileira HRT Participações que adquiriu a UNX Energy (de nacionalidade canadense) por \$711 milhões²².

Assim sendo, em razão da transição pela qual o Brasil vem enfrentando, assumindo aos poucos o status de investidor, futuramente, de modo a resguardar o interesse dos

²⁰UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Op. cit.* p.59.

²¹ Ressalta-se que a Vale S A investiu \$1.2 bilhões na extração de recursos minerais, em especial metal, em 2007. Cf. *Ibid.*, p.99

²²*Ibid.*, p.96.

investidores nacionais no exterior, far-se-á necessária a adoção de um modelo de regulamentação internacional de investimentos, para que seja conferida a mesma proteção dada aos APPRIIs para os investidores brasileiros.

Nesse sentido, a tomada de posição pela diplomacia brasileira para a escolha do melhor modelo de tratado sobre investimentos deve levar em consideração características particulares do Brasil e que se coadunem com o interesse nacional. Diante disso, ausente um modelo brasileiro, pretende-se a proposição de um modelo para o Brasil, que demonstre suas necessidades diante desse processo de transição. Entretanto, devido à presença de modelos de tratados de investimentos já existentes, parece mais racional analisar os padrões de outros países, e se estes se coadunam com as particularidades e intenções brasileiras.

Logo, preliminarmente, faz-se necessário verificar tanto a proteção jurídica internacional dos Estados a serem comparados (Estados Unidos e Argentina) quanto a sua legislação interna sobre o tema investimentos, de modo comparativo, para que se possa verificar o tratamento empregado em cada caso. Além de demonstrar o grau de abertura comercial do país, o exame destes regulamentos pode revelar se suas medidas são mais restritivas ou mais liberais e, de acordo com o contexto político e econômico vigente, se o arcabouço jurídico interno influencia decisivamente para a atual posição do Estado frente à matéria em nível internacional, e se, sobretudo, as políticas doméstica e internacional demonstram-se coerentes uma com a outra.

4. DA ANÁLISE COMPARATIVA E SUA IMPORTÂNCIA

Antes de realizar os exames comparativos das políticas domésticas sobre investimentos, é importante que haja delimitação da unidade de análise²³, com a finalidade de limitação de dados a serem analisados, para que, por meio de uma apuração mais restritiva, se possa alcançar conclusões menos superficiais e mais concretas.

Passar-se-á à análise comparativa de duas legislações domésticas para se verificar a coerência do sistema, optando-se para as de Estados Unidos e Argentina. A escolha desses dois Estados específicos remonta à sua posição de extremos dentro da análise do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Enquanto os EUA, símbolo do processo da liberalização financeira e da expansão de investimentos, emprega tratamento restritivo internamente e possui tratados bilaterais de investimento já em seu modelo mais atualizado

²³MIETHE, Terrence D.; LU, Hong. *Punishment A comparative historical perspective*. Cambridge University Press, 2004, p.50.

(de 2012), a Argentina possui diretrizes domésticas próprias quanto a investimentos e vem de uma perspectiva mais restritiva. Entretanto, devido à influência da “latinização” dos acordos de investimentos, o país sul americano aderiu aos tratados bilaterais de investimentos na década de 1990 e hoje é o maior devedor nos tribunais arbitrais de investimentos do Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI). Portanto, para o desenvolvimento desta pesquisa serão tomadas as legislações apenas desses dois países, além da brasileira.

Ora, como aduzem Zweigert e Kötz, deve-se determinar quais leis específicas serão objeto de comparação e qual será o escopo analisado, para então identificar se estes estão sendo úteis:

“(...) the question any comparative study must be directed at is: what function does the rule under scrutiny fulfill in its own society? This principle should determine which laws to compare and the scope of the undertaking”²⁴.

Nesse sentido, o Direito Comparado adquire extrema importância para a efetuação do estudo, visto que, conforme afirma Vivian Grosswald Curran:

“(...) the field encompasses the exploration of the nature of law in society, such that the examination of foreign law is an aspect of comparative legal scholarship, rather than its defining attribute. The more reconfigurations law undergoes in its dynamic interaction with a world in transition, the more comparative law must become a process of decoding legal presences that are like languages whose connotations change just as they begin to acquire meaning, languages in which all of the speakers are among the uninitiated”²⁵.

Para a autora e, conforme já exposto, é relevante a análise comparativa entre os direitos de modo a identificar não apenas as similaridades entre as legislações, mas também procurar pelas diferenças, para que se possa compreender os rumos que o direito está tomando, ao se examinar, por exemplo, legislações mais conservadoras e mais liberais. Logo, a partir da identificação de pontos de convergência e divergência domésticos, chegar-se-á a uma conclusão do que será mais adequado ao modelo a ser proposto para o Brasil também no plano internacional, na busca de coerência com sua política interna.

²⁴ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein; WEIR, Tony. An introduction to comparative law. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1977. In CRUZ, Peter. *Comparative law, functions and methods*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, p.11.

²⁵CURRAN, Vivian Grosswald. Comparative law and language. In REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford Press, 2006, p.679.

Nesse âmbito, salientam-se novamente os ensinamentos de Zweigert e Kötz, que pontuam que a metódica da comparação constitui-se de duas formas. A primeira, da comparação de instituições jurídicas distintas, denominada microcomparação. A segunda, de comparação de sistemas legais ou direitos de diferentes Estados, chamada macrocomparação, que é a que se encaixa ao caso em tela²⁶.

Ainda, o Direito Comparado também deve ser lembrado ao se aplicar o “critério da utilidade”, que ao se basear na interpretação, terá respaldo em dois importantes questionamentos: i) se a solução se mostrou satisfatória no país de origem, no caso e ii) se a solução vai funcionar no país a ser aplicado, levando em consideração as suas diferenças com o modelo analisado.

É certo que a adoção de uma legislação internacional torna-se impossível sem qualquer tipo de modificação, pois para se chegar a tal solução devem ser avaliadas também outras variantes particulares ao que se quer aplicar, como o poder de autoridades e o contexto econômico e social²⁷. Desse modo, com o intuito de se buscar a maior utilidade e para que se favoreça construtivamente a análise que tem por objeto primordial a futura posição brasileira, realizar-se-á a comparação supracitada para se identificar as características particulares de Estados Unidos e Argentina e se alguma delas pode ser adequada ao caso brasileiro.

5. OS ESTADOS UNIDOS E A REGULAMENTAÇÃO CONFERIDA AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

A relação dos Estados Unidos com a proteção e promoção do investimento estrangeiro remonta a 1791, quando no *Report on Manufactures*, Alexander Hamilton aduziu que era necessária a manutenção dos investimentos estrangeiros para se contribuir com o desenvolvimento da nova nação. Esse entusiasmo foi mantido ao longo do século XIX, com a corrida do ouro para a Califórnia, em 1849, a qual atraiu enormes montantes de capital estrangeiro para a região.

Outras iniciativas interessantes desenvolvidas pelos EUA merecem ser citadas, como os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação, precursores dos tratados bilaterais de investimentos e que visavam garantir aos investidores estrangeiros o direito de adentrar, comercializar, investir, estabelecer e operar negócios com o outro país signatário. Logo, a intenção primordial desses tratados era a de promover o comércio, e conseqüentemente,

²⁶ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Clarendon Press: Oxford, 1998, p.4.

²⁷ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Op. cit. 1998, p.17.

aprimorar as relações internacionais entre os países signatários²⁸. Esses acordos americanos, principalmente aqueles realizados nas décadas de 1920 e 1930, chegaram a prever uma proteção uniforme dos investimentos estrangeiros²⁹, o que se mostrou inovador à época.

Iniciando a análise legislativa a partir das limitações contidas na Carta Magna, tem-se que não existe poder constitucional expresso que permita a regulamentação dos investimentos estrangeiros em território norte-americano. São três as bases contidas na Constituição que habilitaram a regulamentação desses montantes por legislações esparsas: são eles os poderes federais no que tange à imigração e naturalização, o poder de regular o comércio entre Estados e o comércio internacional, e o poder de prover a defesa nacional.

Quanto à imigração e naturalização, esta envolve a situação de residência do investidor em território nacional, já quanto à regulamentação comercial e à defesa, a legislação americana destaca o tema através da abordagem dos estatutos³⁰.

O primeiro deles é o *International Investment Survey Act*, de 1976, criado para habilitar o Presidente a coletar informações sobre os investimentos estrangeiros residentes no país e sobre os investimentos em comércio de serviços promovido pelos EUA, para que se possa analisar seu impacto e a autorizar a coleta e o uso de informações nos próprios investimentos diretos ou investimentos controlados por nacionais ou governos estrangeiros. O Presidente também poderá submeter essas informações para o exame do Congresso, de agências executivas e do público em geral. Este, por meio de ato executivo delega responsabilidade ao Departamento de Comércio e também ao Departamento do Tesouro, ente habilitado a fazer uma análise quanto aos investimentos externos a cada cinco anos. Assim, logo de início, tem-se que a lei direciona-se tanto aos investidores em território nacional, quanto aos investidores nacionais em território estrangeiro.

Foram realizadas emendas a esse documento em 1990, delegando ao Presidente a competência de publicar tais pesquisas para uso do público e de agências federais de informações periódicas relativas aos investimentos, inclusive, quanto à propriedade de empresas americanas por governos estrangeiros, com mais de 50% de voto ou que demonstre qualquer outra evidência que comprove a propriedade dessas empresas. Previu-se também que

²⁸SCHNEUWLY, A. M. *International investment law and its instruments: managing risks to investors and host states*, August 2012, p.27-28. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200347>. Acesso em: 11 nov 2013.

²⁹BISHOP, R. D.; CRAWFORD, J.; REISMAN, W. M. op. cit, 2005, p.22.

³⁰ Optou-se por enfatizar mais a regulamentação comercial e de defesa em detrimento da relativa à imigração e naturalização por possuírem pertinência temática mais próxima com a posterior abordagem dos tratados de investimentos.

seria possível consulta ao Bureau de Análise Econômica para fins de avaliar as informações quanto à extensão de investimentos em dada indústria específica.

Outro estatuto importante foi o *Foreign Direct Investment and International Financial Data Improvements*, de 1990, que permitia que o Bureau de Análise Econômica trocasse informações com o Bureau de Censo, e para que por meio do *International Investment and Trade in Services Survey*, se pudesse resgatar aquelas informações que o Secretário de comércio americano determinasse importantes.

O terceiro estatuto a ser destacado é o *Agriculture Foreign Investment Disclosure Act*, de 1978, que dispõe que qualquer pessoa estrangeira que adquirir ou transferir terras para agricultura deve submeter o pedido à Secretaria de Agricultura 90 dias após a aquisição.

O quarto estatuto é o *Domestic and Foreign Investment Improved Disclosure Act*, de 1977, acrescentado ao *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que permite o requerimento a qualquer um que detenha 5% ou mais de títulos de companhia registrada pela Comissão de Troca e Securitização. Isso faz com que o governo americano consiga monitorar melhor o investidor estrangeiro dentro de seu território.

Conclui-se, portanto, que os estatutos abordam mais coleta de informações e a divulgação das mesmas, deixando de tratar de limitações de natureza restritiva e com mais intensidade. O Congresso, por seu turno, possui competência para tanto e determina legislativamente que certas indústrias devam restringir seu acesso apenas ao investidor nacional, como nas áreas de indústria marítima, indústria aérea, energia nuclear, radiofusão, comércio bancário e demais temas em que as partes contratam com o governo.

Ademais, salienta-se a criação do Comitê de Investimentos Estrangeiros dos Estados Unidos (CFIUS)³¹, criado em 1975 e comandado pelo Secretário do Tesouro Americano. Essa se deu em resposta aos debates no Congresso para a restrição da liberalização financeira e a imposição de restrições à entrada de investimentos árabes, japoneses e europeus no país, ao mesmo tempo em que se proliferavam as aquisições no setor bancário. Este órgão é competente para rever qualquer “transação coberta”³², como fusões, aquisições ou controle por estrangeiros, que podem, em verdade, transferir o controle de empresas para investidores estrangeiros. Logo, é órgão que, em nome da segurança nacional, cuida das implicações de

³¹ Preferiu-se a adoção da sigla em inglês para The Committee on Foreign Investment in the United States.

³² SEITZINGER, Michael V. *Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions*. Congressional Research Service. June 17, 2013. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33103.pdf>>. Acesso em: 02 dez 2013.

investimentos estrangeiros em companhias e em operações financeiras dentro dos Estados Unidos³³.

Ainda, em 1988, em meio a preocupações sobre aquisições estrangeiras de certos tipos de empresas norte-americanas, o Congresso aprovou a Emenda Exon-Florio no que tange à Lei de Produção de Defesa de 1950. Esta legislação concede ao Presidente a autorização expressa para analisar e bloquear aquisições de empresas estrangeiras que ameçassem a segurança nacional.

Ainda no que concerne à segurança nacional, ressalta-se legislação mais contemporânea que também relaciona investimentos e segurança, o *Foreign Investment and National Security Act (FINSIA)*, de 2007. Esta legislação acentuou o rigor nas análises de fusão e aquisições ao estabelecer enfoque mais restritivo, que não se coaduna com a política de liberalização financeira decorrente do capitalismo e engendrada há anos (também chamada de “*open-investment policy*”). Essa política definiu padrões internacionais de tratamento do investimento estrangeiro com esteio nos princípios da não discriminação, no tratamento nacional e no direito de estabelecimento.

Ora, elencadas as normativas nacionais mais importantes que tratam dos investimentos estrangeiros, bem como enumeradas suas características mais relevantes, conclui-se que, apesar de os EUA não possuírem norma direta quanto à regulamentação dos investimentos estrangeiros, a regulamentação norte-americana existente revela que o fator “insegurança” encontra-se muito presente no país. Grande parte dos regulamentos têm, explicitamente, como princípio basilar a segurança nacional, restritivos diante de qualquer ameaça. Essas restrições arquitetam um arcabouço protecionista, que acaba por proteger a indústria nacional, preservá-la da competição estrangeira e promover uma “redefinição sobre o debate da segurança nacional, que se expandiu para incluir outros temas que não exclusivamente ameaças militares”³⁴.

6. A ARGENTINA E A REGULAMENTAÇÃO CONFERIDA AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

³³LAVEY Warren G; SCHLAGER, Ivan A; SKADDEN, Arps, Slate, Meagher & Flom of. *US foreign investment act: impact on asian companies*. Asia Law, September, 2007. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/US_Foreign_Invest_Act.pdf>. Acesso em: 02 dez 2013.

³⁴SILVA, Edna. *Investimento e segurança: conflitos de princípios e implicações da reforma do comitê de investimento estrangeiro nos Estados Unidos (CFIUS)*. Disponível em: <http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/3/8/1/2/1/pages381214/p381214-7.php> Acesso em: 01 dez 2013.

A Argentina, por seu turno, passou por uma evolução no que se refere à legislação que aborda investimentos estrangeiros. A Constituição argentina regulamenta as relações econômicas e internacionais do Estado argentino e, dentre elas, prevê que as entidades privadas de caráter nacional ou estrangeiro têm plenos direitos para formar parcerias de negócios e participar de todos os tipos de atividades de produção. Portanto, os indivíduos e entidades estrangeiras poderão estabelecer, adquirir e alienar empreendimentos produtivos ou comerciais.

Salienta-se que, a partir dos anos 1950, o país detinha uma legislação nacional restritiva, com proibições da participação de estrangeiros em certos setores ou requisições de autorização para se investir. Também havia regulamentações quanto ao registro dos investimentos, dos aportes, impostos especiais, condições para a repatriação do capital e da remessa de utilidades, limitações para o acesso a financiamentos, dentre outras restrições.

Em 1953, a lei 14.222 determinava que os investimentos deveriam ser registrados em um registro nacional competente. Esta também estabeleceu padrões para repatriar o capital e os lucros, bem como criou uma Comissão Interministerial de Investimento Estrangeiro, prevendo a concessão de determinados benefícios, como isenção de direitos aduaneiros e a declaração de "interesse nacional" para alguns investimentos, dando-lhes a opção de tomar regimes de promoção industrial. Posteriormente, a Lei 14.780, de 1958, implementou programa para encorajar os investimentos no país, depois complementada pela lei 14.781 de 1958 (Lei de Promoção Industrial).

Em 1973, essa legislação foi substituída pela Lei 20.557, que introduziu que os investimentos fossem realizados, por meio de contratos de depósito, os quais se sujeitavam à aprovação, conforme o caso, do Executivo ou do Legislativo.

Atualmente, o tema investimentos possui sua própria Lei de Investimentos Estrangeiros, lei 21.382 de 1993. De início, esta prevê em seu art. 2º o princípio da não discriminação entre investimentos externos e nacionais e trato igualitário para ambos (preceito também presente na Constituição argentina, em seu art. 20)³⁵. Ressalta-se que os investimentos podiam ser realizados em praticamente quaisquer atividades econômicas produtivas, sem restrições e sem autorização prévia. Incluía-se todos os setores, como industriais, mineradores, agrícolas, comerciais, financeiros e de outros serviços, como aqueles

³⁵ ARGENTINA, TRADENET. Lei 21.382 de 1993. “*Artículo 2. Los inversores extranjeros podrán efectuar inversiones en el país sin necesidad de aprobación previa, en iguales condiciones que los inversores domiciliados en el país*”. Disponível em: <http://www.argentinatradenet.gov.ar/sitio/datos/material/legislacion_invextranjerar.pdf>. Acesso em: 01 dez 2013.

relacionados com a produção ou troca de bens e serviços. No caso dos bancos comerciais, requer-se necessária a participação do Banco Central da República Argentina³⁶.

Entretanto, a partir de 2003 determinou-se que a propriedade dos meios de comunicação deveriam se restringir às empresas nacionais, podendo haver capitais estrangeiros participantes de no máximo 30 % do capital acionário, porcentagem que poderá ser ampliada no caso de acordos de reciprocidade com outros Estados³⁷.

A lei é bem específica ao abordar desde a definição de investimento e investidor estrangeiro até as formas de efetuação e de remessa de lucros e repatriação. O fato de investidores locais e estrangeiros possuírem tratamento igualitário enseja que sejam respeitadas questões impositivas, creditícias e referentes a movimentos de capitais dentro e fora do país, sem que se necessite de aprovação. Vale destacar que esta lei foi modificada pela lei 23.760 de 1993 (Lei de Reforma do Estado)³⁸, que autorizava o processo de privatização de empresas públicas e demais medidas neoliberais, e pelos decretos 1852 de 1992, 1853 de 1993 (que dizem respeito à atualização da Lei de Investimentos pelo Executivo) e 146 de 1994 (que se refere às entidades financeiras que requerem a abertura de filiais no exterior).

Algumas outras disposições que também regem o investimento estrangeiro ou estão relacionadas com atividades semelhantes foram estabelecidas por outras regulamentações, como legislações que cuidam de energia nuclear, exploração de hidrocarbonetos, minas, informática, telecomunicações e eletrônica, dentre outros. Exemplo disso é a lei 26.360 de 2008, que disciplina a promoção de investimentos em bens de capital (excluídos automóveis) de bens declarados no Imposto de Renda, destinados à atividade industrial e obras de infraestrutura (excluídas as obras civis)³⁹. E, ainda, a lei 21.499 de 1977, Lei de Expropriação, que afirma da necessidade de utilidade pública como fundamento para a ação de expropriação.⁴⁰ Logo, assim como a lei brasileira e a americana, leis argentinas específicas acabam por regular o tema de forma mais incisiva.

³⁶DELOITTE. *Inversiones extranjeras*. Disponível em: <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Argentina/Local%20Assets/Documents/arg_dba_Inversiones_Extranjeras_20051120.pdf>. Acesso em: 02 dez 2013.

³⁷DELOITTE, op. cit.

³⁸SITIO OFICIAL DEL PROCESO DEL AREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS (ALCA). <Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/intprop/natleg/Argentina/L22426s.asp>>. Acesso em: 01 dez 2013.

³⁹INFORMACIÓN LEGISLATIVA. *Promoción de inversiones en bienes de capital y obras de infraestructura*. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139355/norma.htm>>. Acesso em: 01 dez 2013.

⁴⁰MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PÚBLICAS. Lei 21.499 de 1977: “*Artículo 1 La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual*”. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37292/norma.htm>>. Acesso em: 01 dez 2013.

Vale destacar que, na Argentina há também instituições que analisam os investimentos estrangeiros, como o *Consejo Federal de Inversiones*, que busca facilitar os a atuação dos investidores através detecção de oportunidades de negócio e difusão de informação específica sobre setores econômicos de seu interesse.

Desse modo, analisadas a lei de investimentos argentina e suas características, algumas disposições constitucionais e legislações esparsas, bem como a instituição nacional que trata do tema, segue-se ao exame da regulamentação no plano internacional. Vislumbrar-se-á quais são disposições existentes e se estas se identificam ou se distinguem das leis domésticas contidas nos dois Estados.

7. DOS PADRÕES DE TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS DE ESTADOS UNIDOS E ARGENTINA

Os tratados bilaterais de investimento são padrões de proteção bastante parecidos entre si. Possuem, normalmente, como estrutura geral a composição da cláusula de definição de investimento e investidor, dos *standards* de proteção dos investimentos e da cláusula de arbitragem. A principal vantagem desses tratados, em termos de litígios internacionais, é que não é necessário esgotar todos os recursos internos para que se possa acionar a outra parte internacionalmente em foro arbitral competente.

Quanto aos modelos de tratados americanos, estes possuem maior duração, bem como são renovados mais frequentemente. O padrão original de seu tratado bilateral remonta a 1980, tendo passado por diversas atualizações, como em 2004, sendo a mais recente delas a de 2012.

Quanto a este último e mais atualizado modelo de tratado, verifica-se que existem algumas peculiaridades. Exemplo disso é o tratamento igualitário conferido às empresas estatais, órgãos soberanos do estado receptor, que possuem privilégios especiais em decorrência disso, tais como o acesso preferencial a financiamentos, ou certas imunidades que não são disponíveis para os investidores estrangeiros. Outros quesitos que ilustram essas particularidades mais contemporâneas do tratado de investimentos americano são a existência requisitos de desempenho, a expansão de obrigações referentes ao meio ambiente e aos compromissos laborais, em que se requer o comprometimento das leis ambientais e trabalhistas do país receptor⁴¹.

⁴¹Destaca-se que o respeito às leis trabalhistas encoraja os investimentos e reafirma os compromissos pactuados perante a ordem internacional, como aqueles firmados na Organização Mundial do Trabalho (OIT).

O modelo de 2012 esclarece que serviços financeiros devem ser tratados com prudência, visto que envolvem desequilíbrios na balança de pagamentos. Ainda, no que se refere à transparência, são reafirmados os compromissos com esta, de modo a exigir a consulta periódica sobre as formas de melhorar tais práticas no contexto do desenvolvimento e da implementação de leis, regulamentos, normas e de outras medidas que afetam o investimento, bem como sobre a solução de controvérsias investidor-Estado.

Permite-se também a participação da parte no desenvolvimento de normas e regulamentos técnicos de forma não discriminatória. Por fim, esse modelo melhora a linguagem empregada, com o intuito de, no futuro, considerar a criação de um mecanismo de apelação multilateral, o qual poderia promover a revisão de laudos proferidos por tribunais arbitrais de investimentos. Além disso, esse arquétipo jurídico conta com a exigência de esforço das partes para assegurarem que o mecanismo de apelação inclua disposições em matéria de transparência e participação pública, instrumentos já previsto na resolução de litígios investidor-Estado, previstos pelos tratados bilaterais de investimentos⁴².

Vale ressaltar a existência da “*escape clause*”, cláusula que prevê que cada parte do tratado tenha o direito de restringir o acesso a qualquer informação cuja divulgação seja contrária aos seus interesses essenciais de segurança. Isso pode ocorrer em caso de necessidade para o cumprimento de obrigações no que diz respeito à manutenção ou restauração da paz ou segurança internacionais ou à preservação de interesses próprios, em que é permitida a tomada das medidas necessárias para proteção.

Ressalta-se a previsão de revisões em áreas como transferência de tecnologia e transparência, que também se demonstram importantes, pois relevantes para negociações com economias emergentes. Com esse modelo em vigor, vislumbra-se a atual fase enfrentada pelos EUA, qual seja a negociação de tratados com vários países, com destaque para China e Índia, Paquistão e Ilhas Maurício.

Nesse caso, conclui-se que há uma aproximação concreta dos EUA rumo aos países emergentes, principalmente aos que possuem maior crescimento econômico e relevância no cenário mundial, como China e Índia. Além disso, outro fato que se mostra importante e faz constatar o desejo dos EUA de se aproximar dos países em desenvolvimento é que, em abril

⁴²AKHTAR, Shayerah Ilias; WEISS, Martin A. *U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress*. Congressional Research Service, abril 29, 2013. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/row/R43052.pdf>>. Acesso em: 01 dez 2013.

de 2012, a Secretária de Estado Hillary Clinton expressou publicamente desejo de negociação de tratado com o Brasil⁴³.

Na América Latina, os tratados bilaterais popularizaram-se a partir da década de 1990. Esse ativismo bilateral não deixou de lado a Argentina, que adotou modelo com estrutura geral parecida com os demais acordos. Sua tipologia continha ampla caracterização de investimento e investidor, cláusula de tratamento nacional, cláusula da nação mais favorecida, transferências e garantias de repatriamento de capitais e de salários, proteção de investimentos anteriores à vigência do tratado, alargando assim as regras a todos e favorecendo o investimento estrangeiro, independentemente de quando foram feitas. Também fazem parte dessa estrutura a cláusula de estabilização, que aborda situação em que se a legislação nacional foi alterada e afeta o investimento em questão, tal modificação não será incluída no regulamento em vigor no momento da conclusão do tratado. Por fim, ressaltam-se os requisitos de desempenho, expropriações e compensações, duração e solução de controvérsias, também previstos⁴⁴.

Vale destacar que a Argentina possui TBI firmado com os Estados Unidos desde 14 de dezembro de 1991, vigente desde 20 de outubro de 1994. Dentre as previsões abarcadas por este instrumento jurídico está o impedimento da exigência de requisitos de desempenho aos investidores americanos que desejem investir na Argentina, previsto no artigo II.5 do tratado. Isso engloba a não exigência de contratação de certa porcentagem de insumos, serviços ou mão de obra nacional, capacitação de população local, transferência de tecnologia, relacionamento do volume ou valor das importações com o volume ou valor das exportações, dentre outros requisitos⁴⁵.

Observa-se que, o conteúdo do tratado bilateral de investimento argentino é em grande parte comum ao novo modelo americano, contudo, este se encontra em um nível de aprofundamento mais avançado, dando ênfase a quesitos como tecnologia, respeito a normas trabalhistas e ambientais, bem como contém provisões de longo alcance, como é o caso, do melhoramento da linguagem para um possível mecanismo de apelação futuro.

Desse modo, ilustrados os dois modelos internacionais de tratados de investimentos, foram encontradas muitas similaridades, porém, também foram identificadas diferenças consideráveis. Enquanto em um deles transparece nível de evolução mais avançado em

⁴³Ibid.

⁴⁴ORTÍZ, Ricardo. *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*. Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos, 2006, p.13-17.

⁴⁵AMERSUR ASOCIACIÓN CIVIL. *Tratados bilaterales de inversiones*. Disponível em: <<http://www.amersur.org.ar/Pollnt/TBIsDDHH.htm>>. Acesso em: 01 dez 2013.

matéria jurídica, o outro parece ter “congelado” no tempo, apresentando cláusulas típicas, sem muita inovação e em consonância com o contexto vivenciado nos anos 1990.

8. CONCLUSÃO

Transladadas as análises comparativas da legislação doméstica dos países utilizados como paradigmas, Estados Unidos e Argentina, faz-se necessário destacar algumas particularidades examinadas. Estados Unidos possui ânimo para a liberalização desde sua independência, sendo, até os dias de hoje, responsável pela condução da expansão de transnacionais e investimentos externos por todo o globo. A regulamentação norte-americana que envolve o tema investimentos encontra-se esparsa nos estatutos, leis federais e de forma geral na Constituição e, o fato de não haver lei específica de investimentos não parece causar prejuízos. Ainda, consta na legislação a criação de instituições que fiscalizam a entrada de investimentos estrangeiros dentro do território nacional, como o CFIUS, de modo a cuidar da entrada de capital estrangeiro na forma de aquisição ou fusão com o capital nacional. O ponto principal de todo o arcabouço jurídico analisado é a dicotomia liberalização *versus* segurança nacional, com um protecionismo aparente, que se contradita com a liberalização promovida.

Já a Argentina passou de uma evolução de restrições até um patamar exageradamente liberal, inclusive, favorecendo para que os investimentos pudessem abarcar quaisquer áreas, com poucas ressalvas posteriores. Possui também instituições que analisam e promovem os investimentos estrangeiros, como o *Consejo Federal de Inversiones*, que busca facilitar a atuação dos investidores. Entretanto, em que pese a regulamentação sobre investimentos dar ênfase ao tratamento nacional e à não discriminação como forma de oferecer maior confiança ao investidor e, conseqüentemente, atrair mais investimentos, a legislação permitiu uma abertura excessiva ao capital estrangeiro, no sentido mais liberal possível. Houve também uma maciça assinatura de tratados, 55 no total até o momento, o que somado à fraqueza institucional e legislativa em outras áreas, além do fator externo “crise”, levou o país a altíssimos débitos com investidores internacionais e à perda de confiança internacional. Estes investidores foram prejudicados e, hoje, reclamam seus direitos à arbitragem internacional de investimentos para que sejam pagas as devidas reparações, inclusive, aquelas decorrentes de desapropriações ocorridas recentemente, como no caso da espanhola YPF (Repsol)⁴⁶.

⁴⁶Segundo o governo argentino, esta nacionalização foi realizada em nome da “soberania energética nacional”. Observa-se que o tratado bilateral de investimentos entre Argentina e Espanha já foi acionado para prover a respectiva indenização à empresa investidora.

O Direito Comparado, portanto, tornou-se relevante para a análise em tela, pois possibilitou uma macrocomparação legislativa e institucional entre Estados Unidos e Argentina. Concluiu-se que, para os Estados Unidos a legislação interna é coerente com a internacional, ao passo que tem em comum a questão da garantia da segurança em nome do interesse nacional, bem como as inovações do TBI americano de 2012 refletem preocupações atuais com direitos trabalhistas, ambientais, tecnologia e foco nas relações com países emergentes, em que todos devem ser observados para propiciar uma melhor, mais eficiente e mais responsável liberalização do capital.

Já quanto à legislação doméstica e internacional argentina, ambas andam em descompasso com o atual contexto econômico do país, visto que dispõem que a entrada de capital seja quase irrestrita, mesmo com a profunda crise sofrida e que ainda deixa rastros. O fato de a proteção ao investidor não ser mais profunda daquela prevista na década de 1990 faz com que se perca a confiança no país e que o investidor se veja extremamente vulnerável diante de qualquer situação imprevisível. Ainda, o fato de o país ser o mais demandado no CIRDI e possuir altos débitos com investidores estrangeiros até hoje, sem contar as recentes expropriações, faz urgir a necessidade de uma regulamentação mais atualizada e resistente internacionalmente de modo a promover a maior proteção do investidor.

Considerando a legislação brasileira, o fato de esta possuir lei específica sobre investimentos faz com que se aproxime da Argentina, contudo, tem-se que ela é bem menos liberal que a norma argentina e, a legislação como um todo, possui várias restrições a diversos setores, assim como a americana. O fato de a legislação nacional e internacional argentina serem antigas e não tão condizentes com a atual fase política e econômica faz com que o Brasil se afaste deste modelo e se aproxime do americano no que se refere à questão das inovações no plano internacional, bem como do ponto chave da segurança, prevista tanto nas normas nacionais quanto internacionais dos Estados Unidos.

Portanto, ao se propor um modelo futuro para o Brasil, torna-se mais coerente com o atual contexto pelo qual o país enfrenta como investidor, bem como com a evolução normativa pela qual passam os recentes TBIs que suas características sejam mais pendentes para o padrão americano que para o argentino.

Pretendeu-se com essa breve análise dar o “pontapé inicial” para um exame mais denso sobre características que podem servir de paradigma para a formulação de um TBI brasileiro. Esse artigo não pretende dar uma resposta de imediato ao problema, visto que se faz necessária uma pesquisa mais pontual e profunda nos próprios elementos pesquisados aqui e em legislações de outros países, para que haja uma resposta mais precisa. Entretanto, o

exercício de averiguação aqui presente se mostrou interessante para o maior conhecimento das perspectivas jurídicas de tais países e da identificação de suas similaridades e diferenças, para que, com o processo evolutivo de internacionalização das empresas brasileiras e das novas necessidades de proteção que vêm surgindo, se examine bem quais desses pontos podem ser mais vantajosos ou não ao contexto e interesse nacional brasileiro.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKHTAR, Shayerah Ilias; WEISS, Martin A. *U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress*. Congressional Research Service, april 29, 2013. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/row/R43052.pdf>>. Acesso em: 01 dez 2013.

AMERSUR ASOCIACIÓN CIVIL. *Tratados bilaterales de inversiones*. Disponível em: <<http://www.amersur.org.ar/PolInt/TBIsDDHH.htm>>. Acesso em: 01 dez 2013.

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign investment disputes cases, materials and commentary*. The Hague: Kluwer Law international, 2005.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

CURRAN, Vivian Grosswald. Comparative law and language. In REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford Press, 2006.

DELOITTE. *Inversiones extranjeras*. Disponível em: <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Argentina/Local%20Assets/Documents/arg_dba_Inversiones_Extranjeras_20051120.pdf>. Acesso em: 02 dez 2013.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

INFORMACIÓN LEGISLATIVA. *Promoción de inversiones en bienes de capital y obras de infraestructura*. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139355/norma.htm>>. Acesso em: 01 dez 2013.

KOTSCHWAR, Barbara. Mapping investment provisions in regional trade agreements: towards an international law regime? In ESTEVADEORDAL, Antoni; SUOMINEN, Kati; TEH, Robert. *Regional Rules in the Global Trading System*. New York: Cambridge University Press, 2009, p.256-266.

LAVEY Warren G;SCHLAGER, Ivan A; SKADDEN, Arps, Slate, Meagher & Flom of. *US foreign investment act: impact on asian companies*. Asia Law, September, 2007. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/cbl/US_Foreign_Invest_Act.pdf>. Acesso em: 02 dez 2013.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.

MERLO, Valeria. *Essays on the impact of international taxation and bilateral treaties on multinational firm activity*. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades Doctor Oeconomiae Publicae, Ludwig-Maximilians. Universität München, 2011. Disponível em: <http://edoc.ub.uni-muenchen.de/13824/1/Merlo_Valeria.pdf>. Acesso em: 03 dez 2013.

MIETHE, Terrence D.; LU, Hong. *Punishment A comparative historical perspective*. Cambridge University Press, 2004.

ORTÍZ, Ricardo. *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*. Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos, 2006.

PRASAD, Eswar, RAJAN, R.G. *A pragmatic approach to capital account liberalization*. Journal of Economic Perspectives. Vol 22 n.3

REINISCH, August. *Standards of investment protection*. New York, Oxford University Press, 2008.

SCHNEUWLY, A.M. *International investment law and its instruments: managing risks to investors and host states*, August 2012, p.27-28. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200347>. Acesso em: 11 nov 2013.

SEITZINGER, Michael V. *Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions*. Congressional Research Service. June 17, 2013. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33103.pdf>> . Acesso em: 02 dez 2013.

SILVA, Edna. *Investimento e segurança: conflitos de princípios e implicações da reforma do comitê de investimento estrangeiro nos Estados Unidos (CFIUS)*. Disponível em: <http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/3/8/1/2/1/pages381214/p381214-7.php> Acesso em: 01 dez 2013.

SITIO OFICIAL DEL PROCESO DEL AREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS (ALCA). <Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/intprop/natleg/Argentina/L22426s.asp>>. Acesso em: 01 dez 2013.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World investment report 2010 investing in a low carbon-economy*. Genebra: ONU, 2010. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf> . Acesso em: 03 dez 2013.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World investment report 2012: towards a new generation of investment policies*. Genebra: ONU, 2012. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf> . Acesso em: 02 dez 2013.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Clarendon Press: Oxford, 1998.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein; WEIR, Tony. An introduction to comparative law. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1977 In CRUZ, Peter. *Comparative law, functions and methods*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009.