

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

ISSN 2236-997X

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 10	n. 1	p. 1 - 244	jun	2013
--	----------	-------	------	------------	-----	------

## **REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**

### ***JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW***

#### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado**

Marcelo Dias Varella

#### **Editor**

Prof. Dr. Marcelo D. Varella

#### **Linha editorial**

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de vinculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas (herdando sua avaliação B3), que foi dividida em dois periódicos (junto com Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude da quantidade de submissão de artigos e procura. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados as disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

#### **Comitê editorial**

Alice Rocha da Silva, Programa de Pós-Graduação em Direito, UniCEUB

André Lipp Pinto Bastos Lupi, Programa de Pós-Graduação em Direito, UNIVALI

Julia Motte Baumvol, Faculdade de Direito, Universidade de Genebra

Noemy C de Araújo M C Melo, Universidade de Paris II, Panthéon-Assas

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ

Wagner Menezes, Programa de Pós-Graduação em Direito, USP

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 10, número 1 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Semestral.

ISSN 2236-997X

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

**Endereço para Permuta**

**Biblioteca Reitor João Herculino**

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

e-mail: [biblioteca@uniceub.br](mailto:biblioteca@uniceub.br)

Os números da revista são temáticos. Os próximos números versarão sobre direitos humanos e direito humanitário.



# Sumário

<b>CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	<b>1</b>
Julia Motte-Baumvol e Alice Rocha da Silva	
<b>1. Fatos Internacionais.....</b>	<b>1</b>
1.1 Acordo de livre-comércio transatlântico Estados Unidos-União Europeia.....	1
1.2 As negociações do Acordo comercial bilateral União Europeia – Estados Unidos e a proteção da diversidade cultural .....	3
1.3 Nomeação do novo Diretor-geral da Organização mundial do comércio .....	4
<b>2. Atos Internacionais .....</b>	<b>5</b>
2.1 Adoção do Tratado sobre o Comércio de Armas .....	5
2.2 Legislação e prática nacional em matéria de regras de origem.....	7
<b>3. Decisões Internacionais.....</b>	<b>8</b>
3.1 De cigarros aromatizados, atuns e selos de origem de carnes: a nova jurisprudência do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) na Organização Mundial do Comércio .....	8
<b>BRAZILIAN TRADE POLICY IN HISTORICAL PERSPECTIVE: CONSTANT FEATURES, ERRATIC BEHAVIOR..</b>	<b>11</b>
Paulo Roberto de Almeida	
<b>1. Introduction: basic characteristics .....</b>	<b>12</b>
<b>2. Historical development of Brazilian trade policies.....</b>	<b>13</b>
<b>3. Reform and adjustment to the multilateral trade system.....</b>	<b>15</b>
<b>4. Regional integration process and the Mercosur path .....</b>	<b>17</b>
<b>5. Real challenges and lost opportunities: Brazilian illusions and deceptions.....</b>	<b>18</b>
<b>6. What went wrong? Brazil retrocedes into protectionism .....</b>	<b>20</b>
<b>7. What lies ahead: a fortress Brazil or an opening to globalization? .....</b>	<b>23</b>
<b>Referências .....</b>	<b>25</b>
<b>ASPECTOS GEOPOLÍTICOS DO GATT E DA OMC.....</b>	<b>28</b>
José Fontoura Costa	
<b>1. Introdução .....</b>	<b>29</b>
<b>2. Comércio e segurança.....</b>	<b>29</b>
<b>3. Capitalismo incrustado e novos países.....</b>	<b>30</b>
<b>4. Sob a sombra do bilateralismo.....</b>	<b>32</b>
<b>5. Desenvolvimento, estagnação e (neo) liberalismo .....</b>	<b>34</b>
<b>6. A OMC em face de novos desafios .....</b>	<b>35</b>

7. A necessidade da perspectiva realista.....	37
8. Conclusão.....	39
Referências .....	39

**A REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS SUBSÍDIOS AGRÍCOLAS: A CONTEMPORANEIDADE DO PARADIGMA REALISTA PARA A COMPREENSÃO DO SISTEMA DE COMÉRCIO AGRÍCOLA INTERNACIONAL VIGENTE.....43**

Natália Fernanda Gomes

1. Introdução .....	44
2. Desenvolvimento.....	46
2.1 Noções elementares do paradigma realista das relações internacionais .....	46
2.2 As forças de poder e os interesses subjacentes à regulação multilateral existente acerca dos subsídios agrícolas .....	48
2.3 A análise da regulação do comércio agrícola internacional sob uma perspectiva realista.....	53
3. Considerações finais .....	54
Referências.....	54

**ACORDO TRIPS: ONE-SIZE-FITS-ALL? .....57**

Tatianna Mello Pereira da Silva

1. Introdução .....	58
2. Breve contextualização da proteção da propriedade intelectual no cenário internacional .....	59
3. O acordo TRIPS .....	62
4. O paradoxo entre os objetivos e a realidade evidenciada pelo acordo TRIPS .....	63
5. Conclusão.....	68
Referências.....	69

**É INTERESSANTE PARA O BRASIL ADERIR AO ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC? .....72**

Clarissa Chagas Sanches Monassa e Aubrey de Oliveira Leonelli

1. Introdução .....	73
2. Aspectos gerais sobre a OMC e o Government Procurement Agreement (GPA).....	75
3. Considerações elementares sobre a licitação no plano nacional .....	77
4. Questões sobre a adesão do Brasil ao GPA.....	78
5. Considerações finais .....	82
Referências.....	83

**A DEFESA COMERCIAL E A RESTRIÇÃO DA LIBERALIZAÇÃO E DA INTEGRAÇÃO COMERCIAL PELO AUMENTO DA ALÍQUOTA DE IPI DE VEÍCULOS IMPORTADOS NO BRASIL.....86**

Ricardo Serrano Osorio e Clayton Couto

1. Introdução .....	87
2. A criação do GATT na procura da liberação e integração comercial .....	87
3. Decisões e barreiras tarifárias comerciais: a propósito da cláusula da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional .....	89
4. A consolidação do GATT mediante a criação do OMC. ....	90
5. A defesa comercial brasileira mediante a majoração da alíquota do IPI de veículos importados. ....	91
6. Conclusões .....	94
Referências.....	94

**A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA .....97**

Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira

1. Introdução .....	97
2. A aplicação transacional do direito concorrencial .....	98
2.1 A teoria dos efeitos no direito brasileiro.....	98
2.2 O exercício da competência por diversas autoridades da concorrência .....	100
3. A cooperação internacional do CADE na defesa da concorrência brasileira .....	101
3.1 A cooperação internacional do CADE no controle de condutas.....	101
3.2 A cooperação internacional do CADE no controle de estruturas .....	102
4. Considerações finais e perspectivas futuras .....	103

**OS ACORDOS DE COMÉRCIO PARA ALÉM DAS PREFERÊNCIAS: UMA ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO SOBRE OS “NOVOS TEMAS” ..... 105**

Michelle Ratton Sanchez Badin e Lucas da Silva Taschetto

1. Introdução .....	106
2. Os “novos temas” no Comércio Internacional.....	107
2.1 A incorporação dos “novos temas” na agenda do Comércio Internacional.....	107
2.2 As razões econômicas e jurídicas para as demandas e resistências à nova agenda.....	110
2.3 Das exceções à regulamentação positiva dos “novos temas”: o papel dos APCS .....	111
3. Tendências regulatórias dos “novos temas” nos apcs selecionados.....	112
3.1 Países desenvolvidos e os modelos de seus acordos: casos de EUA e UE.....	112
3.2 Países emergentes e a busca por padrões: os casos de China e Índia .....	116
4. Tendências regulatórias dos “novos temas”: contraponto com a agenda multilateral e a política externa brasileira .....	118
4.1 Tendências nos apcs em contraponto com a estagnação da rodada Doha e a agenda multilateral.....	118

4.2 A política externa brasileira em face das tendências regulatórias para “novos temas” .....	120
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>123</b>
<b>Referências.....</b>	<b>124</b>

**INTEGRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCOSUL: OPINIÕES CONSULTIVAS E A DEMOCRATIZAÇÃO NO ACESSO AO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO .....** 128

Eduardo Biachi Gomes

<b>1. Introdução .....</b>	<b>129</b>
<b>2. Características da jurisdição internacional: democracia mitigada .....</b>	<b>129</b>
<b>3. O sistema do reenvio prejudicial na união europeia e das opiniões consultivas no mercosul .....</b>	<b>131</b>
<b>4. Democratização do acesso à jurisdição do tribunal permanente de revisão .....</b>	<b>133</b>
<b>5. Considerações finais .....</b>	<b>135</b>
<b>Referências.....</b>	<b>136</b>

**“FUNDOS ABUTRES” VS. ESTADOS NACIONAIS: SOBERANIA E ATUAÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR A PARTIR DO CASO DA FRAGATA LIBERTAD .....** 138

Alexandre Pereira da Silva e Mariana Yante Barrêto Pereira

<b>1. Introdução .....</b>	<b>139</b>
<b>2. O caso da fragata libertad.....</b>	<b>139</b>
<b>3. Os “fundos abutres” e a crise da Argentina .....</b>	<b>140</b>
<b>4. A submissão dos estados às cortes domésticas: reconfiguração dos contratos e das imunidades.....</b>	<b>142</b>
<b>5. Imunidade de jurisdição e o direito internacional do mar.....</b>	<b>147</b>
<b>6. Conclusão.....</b>	<b>150</b>
<b>Referências.....</b>	<b>151</b>

**INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: O PADRÃO DE TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO E O PAPEL DA BOA-FÉ .....** 154

Fernando Santos Arenhart

<b>1. Introdução .....</b>	<b>155</b>
<b>2. O fair and equitable treatment no direito do investimento estrangeiro.....</b>	<b>157</b>
2.1 Fontes do direito internacional, equidade e os níveis padrão de tratamento do investimento estrangeiro ....	157
2.2 O standard do tratamento justo e equitativo .....	160
<b>3. A boa-fé como elemento integrante do fair and equitable treatment .....</b>	<b>163</b>
3.1 A boa-fé no direito internacional.....	163
3.2 A boa-fé na resolução de disputas sobre investimento estrangeiro.....	165
3.2.1 Tecmed S.A. vs. The United Mexican States .....	165
3.2.2 MTD Equity and MTD Chile vs. Republic of Chile.....	166



3.2.3 Sempra Energy v. Argentina .....	166
3.2.4 Siemens v. Argentina .....	167
<b>4. Conclusão.....</b>	<b>167</b>

**A EMERGÊNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL COMO FERRAMENTA DE REGULAÇÃO TRANS-NACIONAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO ..... 171**

Andréa Rocha Postiga

<b>1. Introdução .....</b>	<b>172</b>
<b>2. Regime internacional de disciplina do investimento estrangeiro .....</b>	<b>173</b>
2.1 Investimento estrangeiro direto e sua disciplina.....	173
2.2 Regime dos BITs: cartilha do investimento estrangeiro direto .....	176
<b>3. O desafio da regulação do investimento estrangeiro direto e os fundamentos do direito administrativo global.....</b>	<b>181</b>
3.1 A emergência do Direito Administrativo Global .....	181
3.2 Fundamentos do Direito Administrativo Global aplicados à atividade regulatória do investimento estrangeiro .....	186
<b>4. Conclusão.....</b>	<b>190</b>
<b>Referências.....</b>	<b>191</b>

**IS INVESTMENT ARBITRATION AN APPROPRIATE VENUE FOR ENVIRONMENTAL ISSUES? A LATIN AMERICAN PERSPECTIVE. .... 195**

Nitish Monebhurrin

<b>1. Introduction .....</b>	<b>196</b>
<b>2. The specialisation of arbitral tribunals in investment litigation.....</b>	<b>198</b>
<b>3. The protection of the environment accepted as a means of defense by the arbitral tribunals.....</b>	<b>199</b>
<b>4. The environmental defense barred by the legitimate expectations claims.....</b>	<b>202</b>
<b>References.....</b>	<b>204</b>

**A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE INTERNACIONALIDADE CONTRATUAL ..... 208**

Frederico E. Z. Glitz

<b>1. Introdução .....</b>	<b>209</b>
<b>2. A abordagem positiva .....</b>	<b>210</b>
<b>3. A abordagem doutrinária .....</b>	<b>211</b>
<b>4. A abordagem jurisprudencial .....</b>	<b>212</b>
<b>5. Desdobramentos possíveis? .....</b>	<b>213</b>
<b>6. Notas conclusivas .....</b>	<b>215</b>
<b>Referências.....</b>	<b>215</b>

**IMPACTO E INFLUÊNCIA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM ..... 219**

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Clarissa Correa Neto Ribeiro

<b>1. Introdução .....</b>	<b>220</b>
<b>2. A arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias .....</b>	<b>221</b>
<b>3. A regulação internacional sobre arbitragem .....</b>	<b>222</b>
3.1 Influência da legislação internacional sobre a formulação da lei nacional de arbitragem.....	223
<b>4. Aspectos gerais da lei de arbitragem e sua aplicação no Brasil: objeto, sujeito, forma de expressão e execução .....</b>	<b>226</b>
<b>5. Conclusão .....</b>	<b>228</b>
<b>Referências .....</b>	<b>229</b>

**A JURISPRUDÊNCIA NORTEAMERICANA E EUROPEIA SOBRE OS ACORDOS HORIZONTAIS E VERTICAIS: SUBSTRATO PARA ANÁLISE DA MATÉRIA NO BRASIL.....232**

Daniel Amin Ferraz

<b>1. Aproximação da matéria .....</b>	<b>233</b>
<b>2. Acordos horizontais e acordos verticais .....</b>	<b>233</b>
2.1. Acordos horizontais – o cartel.....	234
2.1.1. O cartel e suas justificativas.....	235
2.1.2. O cartel de preço .....	235
2.1.3. Os agentes em posição de igualdade no mercado e seus acordos .....	236
2.1.4. Acordos de price leadership.....	237
2.1.5. O cartel de exportação como mecanismo de exceção .....	238
2.2. Os acordos verticais e a proteção da concorrência para não concorrentes .....	238
2.2.1. Efeitos restritivos dos acordos verticais .....	239
2.2.2. A jurisprudência em matéria de acordos verticais .....	240
2.2.2.1. A jurisprudência dos acordos verticais nos EUA .....	240
2.2.2.1.a) O caso Dr.Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co. ....	240
2.2.2.1.b) O caso United States v. Colgat Co.....	240
2.2.2.2.A jurisprudência dos acordos verticais na Europa .....	240
<b>3. Conclusões .....</b>	<b>241</b>
<b>Referências.....</b>	<b>241</b>

**NORMAS EDITORIAIS.....244**

Envio dos trabalhos:.....	245
---------------------------	-----



**UnICEUB**  
ISSN 2236-997X

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Crônicas de  
direito internacional**

Julia Motte-Baumvol  
Alice Rocha da Silva

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW



Julia Motte-Baumvol<sup>3</sup>

Alice Rocha da Silva

sob a direção de:  
Julia Motte-Baumvol<sup>1</sup>  
Alice Rocha da Silva<sup>2</sup>

A Revista de direito internacional inaugura nesta edição uma nova rubrica inédita na doutrina brasileira intitulada “Crônicas de direito internacional”. As *Crônicas* consistem em uma seleção dos mais importantes atos, fatos e decisões internacionais da atualidade comentadas por especialistas nacionais e internacionais. Os textos, redigidos de modo conciso e crítico, apoiado no direito internacional em vigor, têm por objetivo de ser uma fonte primária de pesquisa em direito internacional no país, permitindo a estudantes de graduação, pós-graduação e pesquisadores de alimentar suas pesquisas atuais ou encontrar novos tópicos a serem desenvolvidos. As *Crônicas* permitem igualmente aos operadores do direito internacional no país se manterem atualizados, de modo rápido e eficaz, nas diferentes áreas do direito internacional.

As *Crônicas* desta edição são dedicadas ao direito internacional econômico. Foram selecionados textos que refletem as principais negociações da atualidade na área (o tratado bilateral União Europeia – Estados- Unidos, e suas consequências em um setor específico, a diversidade cultural), os novos atos adotados (o Tratado sobre o comércio de armas e a legislação e prática brasileira em matéria de regras de origem), assim como decisões da atualidade (OMC e sentenças arbitrais).

## 1. FATOS INTERNACIONAIS

### 1.1 Acordo de livre-comércio transatlântico Estados Unidos-União Europeia

Alice Rocha da Silva<sup>4</sup>

No dia 13 de fevereiro de 2013, o presidente dos Estados Unidos Barack Obama, o Presidente do Conselho da União Europeia Herman Van Rompuy e o Presidente da Comissão Europeia José Manuel Barroso concordaram em começar as negociações de um acordo de livre-comércio e de investimento entre os Estados Unidos e a União Europeia. Nesta data, foi publicada uma declaração anunciando que os Estados Unidos e a União Europeia iriam iniciar procedimentos internos necessários ao lançamento das negociações sobre a parceria comercial e de investimentos transatlântico.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora na Université d'Evry Val-d'Essone (França). Email: julia.mottebaumvol@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Aix-en-Provence, Paul Cezanne (França). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Email: rochaalice@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora na Université d'Evry Val-d'Essone (França).

<sup>4</sup> Doutora em direito internacional econômico, Mestre em direito das relações internacionais. Graduada em direito, relações internacionais e ciência política. Professora no UniCEUB e na Faculdade Processus, Brasília-DF.

<sup>5</sup> Do original: ““We, the Leaders of the United States and the European Union, are pleased to announce that, based on recommendations from the U.S.-EU High Level Working Group on Jobs and Growth co-chaired by United States Trade Representative Kirk and European Trade Commissioner De Gucht, the United States and the European Union will each initiate the internal procedures necessary to launch negotiations on a Transatlantic Trade and Invest-

Tais negociações se basearam em um relatório encomendado em 2011 e finalizado no dia 11 de fevereiro de 2013 por um “Grupo de trabalho de alto nível sobre trabalho e crescimento União Europeia – Estados Unidos” presidido pelo Representante de Comércio dos Estados Unidos, Ron Kirk, e pelo Comissário de Comércio Europeu, Karel De Gucht. Este grupo de trabalho deveria identificar as políticas e medidas visando reforçar o comércio e os investimentos entre Estados Unidos e União Europeia na busca por um benefício mútuo de criação de empregos, crescimento econômico e competitividade internacional. Este relatório apresenta os principais objetivos do acordo em relação à liberalização comercial tais como eliminação ou redução de barreiras convencionais para o comércio de bens, serviços e investimento; compatibilização de regulações e Standards; redução de barreiras não tarifárias; cooperação para o desenvolvimento de regras e princípios para o tratamento de temas globais.<sup>6</sup>

Entre as finalidades do acordo está o aprofundamento da liberalização do comércio mundial, uma maior convergência das regras comerciais e de investimento, além de uma harmonização para futuras regulamentações entre ambos. A principal recomendação do relatório é de reduzir os custos associados às diferentes regras para a promoção de uma maior compatibilidade entre tais regulamentações. Foi nessa linha que os governantes europeus declararam no *Sommet* da União Europeia (8 fevereiro de 2013) que visam uma maior convergência regulamentar transatlântica,<sup>7</sup> demonstrando que estão dispostos a flexibilizar suas regulamentações na busca pela coordenação das negociações.

A Comissão Europeia deixou claro que não se trata de abaixar as regras ou standards europeus, todavia, na opinião de alguns é justamente isso que irá acontecer no sentido que quando se fala em “custos associados aos diferentes regulamentos” isso significa modificar

---

ment Partnership.” *Statement from United States President Barack Obama, European Council President Herman Van Rompuy and European Commission President José Manuel Barroso*. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-94\\_en.htm#PR\\_metaPressRelease\\_bottom](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-94_en.htm#PR_metaPressRelease_bottom) Acesso em 06/06/2013.

<sup>6</sup> *Final Report High Level Working Group on Jobs and Growth*. Disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc\\_150519.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf) Acesso em 06/06/2013.

<sup>7</sup> *Sommet UE-États-Unis du 28 novembre 2011. Résolution du Parlement européen du 17 novembre 2011 sur le sommet UE-États-Unis du 28 novembre 2011*. (2013/C 153 E/14). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:153E:0124:0128:FR:PDF> Acesso em 06/06/2013.

domínios nos quais as legislações europeia e americana diferem justamente no nível de proteção de seus standards. Como consequência, tal acordo poderá afetar os direitos sociais, ambientais e até mesmo o direito do trabalho de ambos os lados, razão pela qual, algumas associações civis tem se mobilizado contra tal acordo.<sup>8</sup> Tais associações argumentam que empresas multinacionais e indústrias financeiras são as grandes beneficiárias de tal acordo e que ele poderá produzir um impacto dramático sobre o mercado de trabalho e o espaço político necessário para políticas públicas legítimas. Uma maior circulação de bens, capital e serviços significaria uma competição mais rude entre os trabalhadores urbanos e rurais, dando mais poder às grandes empresas em detrimento de direitos sociais, trabalhistas e direitos humanos como direito a saúde, educação, água e habitação.

Juntos, Estados Unidos e União Europeia representam 47 % do PIB mundial e um terço dos fluxos comerciais mundiais.<sup>9</sup> Diariamente, bens e serviços fazem objeto de negociações bilaterais em um montante de dois bilhões de dólares. Além disso, possuem uma soma total de investimentos que ultrapassa três trilhões de dólares em ambos os lados do Atlântico.<sup>10</sup> Nesse sentido, percebe-se que este será o maior acordo bilateral do mundo em volume de trocas, implicando em efeitos positivos e negativos sobre todo o sistema global.

A intenção dos negociadores é de que tal acordo represente uma oportunidade não só para expansão do comércio e investimento entre ambos<sup>11</sup>, mas também de contribuir para o desenvolvimento de regras globais que podem auxiliar o sistema multilateral de comércio. Sabe-se que a Organização Mundial do Comércio (OMC) vive um momento de impasse em relação a sua atual rodada de negociação, Rodada Doha, que pode significar

---

<sup>8</sup> Como exemplo, podemos citar a «Association Internationale de Techniciens, Experts et Chercheurs». Disponível em: <http://aitec.reseau-ipam.org/spip.php?article1328>. Acesso em 06/06/2013.

<sup>9</sup> Para maiores informações sobre as relações comerciais entre Estados Unidos e União Europeia ver <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/> Acesso em 06/06/2013.

<sup>10</sup> Informação disponível em [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc\\_150570.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150570.pdf). Acesso em 06/06/2013.

<sup>11</sup> Estudos mostram que a carga econômica suplementar induzida pelas diferenças na regulamentação de ambos equivale a um direito aduaneiro de mais de 10%, chegando a 20% em alguns setores, o que normalmente não deveria ultrapassar os 4%. Além disso, a conclusão do acordo significará um aumento de 5% na produção econômica anual da União Europeia. Informação disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc\\_150570.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150570.pdf) Acesso em 06/06/2013.



uma perda de legitimidade e interesse dos Membros em continuar negociando no âmbito multilateral. Isso tem servido de motivação para que os parceiros comerciais busquem alternativas em acordos regionais ou bilaterais. Tais acordos não são proibidos pela OMC, sendo até mesmo incentivados, no sentido de contribuírem para o desenvolvimento e liberalização do comércio internacional. A quantidade de acordos bilaterais concluídos entre os Membros da OMC cresceu, principalmente a partir da década de 1990, e isso é apontado como uma “ameaça” ao sistema multilateral. Todavia, até o presente momento não existia acordos desta natureza entre grandes economias como é o caso dos Estados Unidos e União Europeia, garantindo à OMC seu papel de instância de negociação comercial. Pode ser que com a conclusão deste acordo transatlântico, este papel seja mais uma vez questionado, tendo em vista que um tratado desta envergadura pode inclusive criar novas regras e standards bastante diferentes dos níveis negociados no sistema multilateral.

## **1.2 As negociações do Acordo comercial bilateral União Européia – Estados Unidos e a proteção da diversidade cultural**

Lilian Richieri Hanania<sup>12</sup>

No último dia 14 de maio de 2013, treze ministros da cultura europeus apresentavam, à Presidência da União Européia e à Comissão Européia, uma carta na qual pediam que o setor audiovisual fosse excluído do acordo de livre-comércio a ser negociado entre a União Européia (UE) e os Estados Unidos (EUA) (Ver “Accord de libre-échange UE-USA : 14 pays défendent l’exception culturelle”, LeMonde.fr, 14 de maio de 2013, <[http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/05/14/accord-libre-echange-ue-usa-14-pays-defendent-l-exception-culturelle\\_3194147\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/05/14/accord-libre-echange-ue-usa-14-pays-defendent-l-exception-culturelle_3194147_3214.html)> e A. Gardner, “Culture ministers call for audiovisual exemptions from EU-US trade talks”, EuropeanVoice.com, 16 de maio de 2013. Participaram desta iniciativa, lançada pela Ministra da Cultura francesa: Alemanha, Austria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Espanha, França, Hungria, Itália, Polónia, Portugal, Romênia, Eslováquia e Eslovênia). As posições européia e americana sendo tradicionalmente opostas no que tange à especificidade do setor de audiovisual em relação a outros setores comerciais, as

negociações que se anunciam devem levantar muitas discussões a este respeito, não somente entre as duas partes negociantes, mas também internamente à UE. Colocar-se-á em prova a vontade política dos Estados Membros e da UE, Partes da Convenção da UNESCO de 2005 sobre a Proteção e Promoção de Diversidade de Expressões Culturais, de recusar a adoção de compromissos comerciais no setor de audiovisual. Embora a Convenção não se aplique aos EUA, que se opuseram fortemente à sua adoção, ela reafirma a especificidade dos produtos e serviços culturais, reconhecendo sua dupla natureza (econômica e cultural) e legitimando, pelo menos de um ponto de vista político, a adoção de medidas de política pública na área cultural.

Até os dias de hoje, a UE conseguiu excluir os serviços audiovisuais de seus compromissos de liberalização comercial. Já os EUA, por seu interesse econômico no setor, exercem tradicional pressão sobre seus parceiros comerciais para que liberalizem seus mercados audiovisuais. Em seus mais recentes acordos bilaterais, os EUA acabaram por aceitar algumas restrições bem definidas e relativas a serviços audiovisuais tradicionais da outra parte contratante. Entretanto, uma importante abertura de mercado foi assegurada no que tange a “produtos digitais”, confirmando no âmbito bilateral as tentativas americanas de promover, na Organização Mundial do Comércio (OMC), uma nova classificação de serviços audiovisuais, a despeito do princípio de neutralidade tecnológica aceito nessa organização. O objetivo é assegurar a oportunidade que a era digital representa para sua indústria audiovisual. As negociações UE-EUA que se anunciam poderão ser complicadas por uma certa limitação do poder de barganha da UE sobre este ponto, resultado da assinatura com os Estados Unidos, em abril de 2011, de Trade Principles for Information and Communication Technology Services (Disponível no site [http://www.ustr.gov/webfm\\_send/2780](http://www.ustr.gov/webfm_send/2780)). Apesar de não obrigatórios, alguns princípios de não-discriminação contidos nesse documento tenderão a influenciar as discussões entre os dois parceiros. A pedido da UE, o documento indica que tais princípios deverão respeitar os objetivos políticos e a legislação das partes, incluindo expressamente aqueles relativos ao “aumento da diversidade cultural”. Dada a interpretação diversa que as partes poderão ter deste objetivo e de como alcançá-lo, a UE deverá entretanto atentar para garantir no futuro acordo comercial uma ampla flexibilidade para manter e adotar medidas e políticas culturais. Ela deverá, prin-

<sup>12</sup> Advogada no Brasil e na França Pesquisadora associada, Université Panthéon-Sorbonne Paris. Email: [lilianhanania@gmail.com](mailto:lilianhanania@gmail.com)

principalmente, assegurar-se de que essa flexibilidade não se limitará apenas aos setores audiovisuais tradicionais, mas permitirá que novas medidas e políticas culturais adequadas ao setor digital possam ser adotadas no futuro quando necessárias.

### 1.3 Nomeação do novo Diretor-geral da Organização mundial do comércio

Julia Motte-Baumvol<sup>13</sup>

Dando continuidade à longa tradição de decisões da OMC, a designação do novo Diretor-Geral, após o término do mandato de oito anos do francês Pascal Lamy, resultou de uma decisão adotada por consenso pelo Conselho Geral, órgão no qual participam os 159 Estados-Membros. Para chegar em tal consenso, foi instituída uma troika, liderada pelo embaixador paquistanês Shahid Bashir, e responsável por organizar a consulta dos Membros (v. regras de procedimento em WT/L/509, 20 de janeiro de 2003). A seleção operada em três etapas encerrou-se no dia 8 de maio de 2013 com a recomendação pela troika do candidato brasileiro, Roberto Carvalho de Azevedo, como candidato de consenso e a sua nomeação formal pelo Conselho Geral (v. [http://www.wto.org/french/news\\_f/news13\\_f/gc\\_14may13\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/gc_14may13_f.htm)). Azevedo, que disputou a última etapa com o candidato mexicano Herminio Blanco, foi apoiado pelo grupo de países Brics, além dos países de língua portuguesa e de várias nações da América Latina, da Ásia e da África.

O embaixador brasileiro é diplomata de carreira, foi chefe do Departamento Econômico do Ministério das Relações Exteriores de 2005 a 2006 e chefiou a delegação brasileira nas negociações da Rodada Doha da OMC sobre liberalização de mercados. Desde 2008, ele é representante permanente do Brasil na OMC aonde ele participou de grandes disputas comerciais obtidas em favor do Brasil, como no caso dos subsídios do algodão contra os Estados Unidos e os subsídios à exportação de açúcar contra a União Europeia.

O novo Diretor-Geral assumirá o cargo em 1º de setembro de 2013 por uma duração de quatro anos renováveis. O principal desafio a ser enfrentado por Azevedo é a estagnação das negociações comerciais

que duram mais de uma década, aliadas a aumento do protecionismo internacional e a crise econômica mundial. Perante este cenário incerto, as expectativas para a Conferência ministerial de Bali, em dezembro próximo, são elevadas. Pela primeira vez desde 2008 existe um consenso político de que a reunião ministerial deve ser sobre as medidas de facilitação do comércio, a agricultura e as questões sobre os países menos desenvolvidos (ver a análise do atual Diretor-geral sobre esse cenário em [http://www.wto.org/french/news\\_f/news13\\_f/tnc\\_infstat\\_11apr13\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/tnc_infstat_11apr13_f.htm)).

Consciente desse período de incerteza no comércio internacional, o novo Diretor-Geral, reiterando a relação entre a liberalização do comércio e a melhoria na condição de vida das pessoas, como previsto no Prêambulo do Acordo de Marrakesh, indica que independentemente do resultado da Conferência de Bali, é necessário encontrar uma solução para a Agenda de Desenvolvimento de Doha (DDA) e uma série de questões não-DDA relevantes e urgentes. Um processo pós-Bali deve, segundo Azevedo, priorizar as questões de interesse dos países mais pobres (sobre as diferentes dimensões desta priorização, ver ICSID, *Global Challenges and the future of the WTO: Views from the Candidates Beyond the Hype of the DG Race*, 2013).

Admitindo não possuir uma resposta de como desbloquear as negociações, o novo Diretor-Geral expôs seu futuro método de trabalho aos Estados Membros da Organização:

“[...] most of the times when I helped unlock negotiations I didn't have a pre-conceived solution either. When a stalemate exists I not only listen carefully to what all delegations are saying, I also think about the motivations driving them, about previous positions they adopted in similar situations or similar topics, about their sensitivities, and even about the characteristics of their negotiators. Often a very subtle thread of commonality can be detected if you know the history and the details of the negotiation. Then it is a matter of being creative and of having the trust of the other negotiators. They must truly believe that you are seeking a viable and balanced solution. At this point, solutions that were not there at the beginning of the talks suddenly become promising avenues and frequently lead us to a satisfactory solution to all” (v. a Apresentação de Roberto Azevedo ao Conselho Geral da OMC, [www.wto.org/english/news\\_e/news13\\_e/roberto\\_e.doc](http://www.wto.org/english/news_e/news13_e/roberto_e.doc)).

<sup>13</sup> Advogada no Brasil e na França Pesquisadora associada, Université Panthéon-Sorbonne Paris. Email: [lilianhanania@gmail.com](mailto:lilianhanania@gmail.com)

## 2. ATOS INTERNACIONAIS

### 2.1 Adoção do Tratado sobre o Comércio de Armas

Julia Motte-Baumvol<sup>14</sup>

O comércio internacional de armas movimentou no mundo, apenas no ano de 2011, a soma total de 85,3 bilhões de dólares, representando o valor mais alto desde 2004 (U.S. Congressional Research Service, August 24, 2012 Conventional Arms Transfers to Developing Nations, 2004-2011, p. 3). Face à ausência de regulação do comércio de armas, a importação e exportação destas pelo mercado ilícito contribuiu a manter os senhores da guerra, piratas, terroristas, criminosos, tornando-as instrumentos na comissão de abusos graves dos direitos humanos ou violações do direito internacional humanitário (Ver BLANTON, S., “Instruments of Security or Tools of Repression? Arms Imports and Human Rights Conditions in Developing Countries”, *Journal of Peace Research March*, 1999, v. 36, p. 233-244). Consciente desta ligação direta entre o comércio ilegal de armas e a comissão de atos contrários aos direitos humanos, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, em 6 de dezembro de 2006, uma resolução visando a conclusão de um instrumento multilateral obrigatório a fim de estabelecer normas internacionais comuns para a importação, exportação e transferência de armas convencionais (A/Res/61/89). Tais negociações culminaram na Conferência das Nações Unidas sobre o Tratado de Comércio de Armas aberta em Nova York, no dia 3 de julho de 2012. As negociações durante a Conferência de 2012 permitiram a redação de um projeto de Tratado que foi submetido à adoção por consenso em março de 2013. O consenso não foi entretanto obtido em razão da oposição do Irã, da Síria e da Coreia do Norte. Foi assim através de um voto (154 Estados a favor, 3 contra – os mesmos três supra mencionados e 23 abstenções – sendo três delas dos maiores exportadores e importadores mundiais, a China, a Rússia e a Índia) que foi adotado o Tratado sobre o comércio de armas em 3 de abril de 2013.

Trata-se de um instrumento convencional obrigatório, dividido em 28 artigos relativamente sucintos e

sem anexos. Se o Préâmbulo do texto confirma o caráter lícito do comércio, da posse e do uso de certas armas convencionais, notadamente para fins de lazer, culturais, históricos ou desportivos, uma vez que o comércio, a posse e uso nestes casos são autorizados por lei, o restante do tratado tem por objeto de instituir normas comuns “o mais restritas possíveis” para regular ou melhorar a regulação do comércio internacional de armas clássicas e prevenir e eliminar o comércio ilícito de armas clássicas e impedir o desvio dessas armas (art. 1º). O tratado aplica-se a todas as armas clássicas (tanques de batalha, veículos blindados de combate, sistemas de artilharia de grande calibre, aviões de combate, helicópteros de ataque, navios de guerra, mísseis e lançadores de mísseis, armas ligeiras e de pequeno calibre) (art. 2), assim como as munições e peças componentes (arts. 3 e 4). Se os Estados partes são incitados a aplicar as disposições do tratado ao maior número possível de armas convencionais, os drones (aviões-robôs sem piloto), que constituem o futuro das armas convencionais, não foram explicitamente incluídos nessa lista (sobre os drones, ver O’Connell, M. E., “Remarks: The Resort to Drones under International Law”, *Denv. J. Int’l L. & Pol’y*, vol. 39, 2011, p. 585 e s.). Caberá assim aos Estados Partes de interpretar o acordo no sentido de incluir estas novas armas. No que toca à atividade comercial, o tratado aplica-se a qualquer atividade de comércio internacional (incluindo a exportação, a importação, o trânsito, o transbordo e a corretagem) e exclui o transporte internacional de armas clássicas por qualquer Estado Parte ou em seu nome, para seu uso próprio (art. 2). O tratado inclui, assim, operações como a doação, que até agora não eram submetidas a qualquer regulação (A título ilustrativo, a China doou 250 jipes e caminhões para o Forças Armadas do Camboja em 2010, obtendo assim um papel essencial nas ações militares em ruínas do Camboja (Oxfam, *Getting in right*, p. 11).

No intuito de regular o comércio internacional de armas, o tratado prevê uma lista de proibições, incluindo a proibição para um Estado parte de autorizar a transferência de armas que violem suas obrigações resultando de medidas adotadas pelo Conselho de segurança da ONU agindo em virtude do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, e principalmente nos embargos de armas (art. 6.1). O Tratado também prevê a impossibilidade para os Estados Partes de autorizar a transferência de armas que violem suas obrigações internacionais (art. 6.2). Enfim, ele prevê a impossibilidade

<sup>14</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professora na Université d’Evry Val-d’Essonne (França).

para os Estados de autorizar a transferência de armas se os mesmos tem o conhecimento, no momento em que a autorização é requerida, de que essas armas ou bens podem ser utilizados na comissão de um genocídio, de um crime contra a humanidade, ou em violações graves das Convenções de Genebra de 1949, de ataques dirigidos contra civis ou de bens de caráter civil e protegidos como tais, ou de crimes de guerra tais que definidos pelos acordos internacionais nos quais ele faz parte (art. 6.3). Sobre esse último ponto, a inclusão da noção de “conhecimento” pelo Estado Parte de tais atos limita profundamente a efetividade da disposição: de que maneira pode-se atestar o “conhecimento” do Estado em um dado momento? Ademais, não prevendo qualquer medida de sanção para o Estado de má-fé que “desconheceu” tal efeito nefasto da importação, a proibição permanece altamente

Ainda, o tratado prevê que cada Estado Parte deve estabelecer um regime jurídico de controle nacional do comércio de armas, e notadamente uma lista de controle nacional (art. 5.2). Para cada exportação de armas, cada Estado deve assim, conformemente ao regime de controle nacional “avaliar, de maneira objetiva e não discriminatória”, levando em conta qualquer elemento útil, se a exportação da arma afetaria a paz e a segurança internacionais, ou serviria à comissão de violações graves aos direitos humanos e ao direito humanitário (art. 7.1 a) et b). Se após esta avaliação e após examinar medidas disponíveis que poderiam diminuir esses riscos, o Estado Parte entende que o risco dessas consequências ainda persiste, ele não autorizará a exportação (art. 7.3). No mesmo sentido, cada Estado Parte pode, segundo o tratado, adotar medidas afim de regular, quando necessário, as importações de armas clássicas sob a sua jurisdição. Tais medidas podem incluir regimes de importação (8.2).

Esses dois últimos pontos ligados à restrição de exportação de mercadorias e os regimes específicos de importação poderiam manifestar incompatibilidade com o sistema jurídico da Organização mundial do Comércio (“OMC”) em vigor, tendo em vista que eles consistem em medidas de restrição do comércio. Ademais, o Tratado sobre o comércio de armas não prevê uma cláusula de conflitos específica com o sistema da OMC (como, por exemplo, é o caso da Convenção da UNESCO para Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005). O Tratado indica simplesmente em seu artigo 26, que a sua aplicação é sem prejuízo das

obrigações contraídas pelos Estados Partes em virtude de acordos internacionais, atuais ou futuros, aos quais são partes, a partir do momento em que os mesmos são coerentes com o presente Tratado.

Três pistas de análise valem ser destacadas a esse respeito. Primeiramente, salienta-se que segundo o GATT/1994, em seu artigo XXI, nenhuma disposição do GATT deve ser interpretada no sentido de impedir uma Parte de tomar todas as medidas que ela achará necessárias para a proteção dos interesses essenciais de sua segurança, e mais precisamente, ligadas aos materiais físeis ou aos materiais ligados à sua fabricação, ou ligados ao tráfico de armas, de munições e de material de guerra e a todo comércio de outros artigos e materiais destinados diretamente ou indiretamente à garantir a provisão das forças armadas (art. XXI b)). Ademais, o mesmo artigo indica que o GATT não impede as Partes de adotar medidas em cumprimento das suas obrigações nos termos da Carta das Nações Unidas, para a manutenção da paz e da segurança internacionais. (art. XXI c)). As medidas adotadas pelos Estados com fundamento nesse Tratado sobre o comércio de armas visam evitar o tráfico de armas, de munições ou de materiais de guerra. Elas entram, assim, nas exceções do artigo XXI do GATT e são, assim, a priori, compatíveis com as obrigações dos Estados no sistema jurídico da OMC.

Em seguida, no que toca às medidas ligadas à exportação e importação, o sistema jurídico da OMC proíbe qualquer tratamento discriminatório entre as medidas destinadas aos produtos nacionais e os importados assim como um tratamento diferente de um Estado que não é estendido aos outros Membros da OMC (v. art. I:1 III:1 do GATT de 1994). O Tratado releva aliás, em dois artigos, esse caráter não discriminatório. Cada Estado deve aplicar de modo coerente, objetivo e não discriminatório as disposições do Tratado, levando em conta os princípios enunciados (art. 5.1) e cada Parte, no momento da exportação de armas, ao efetuar o controle nacional, deve avaliar, de modo objetivo e não discriminatório, a ligação dessa exportação com atos contrários aos direitos humanos e ao direito humanitário (art. 7). No que toca às importações, o Tratado sobre o comércio de armas habilita os Estados a estabelecerem regimes de importação para as armas. Não há entretanto menção à questão da não discriminação em matéria de medidas de importação. O texto deve entretanto ser interpretado nesse sentido, conformemente o GATT/1994.



Por fim, no artigo VIII c) do GATT/1994, as Partes reconhecem a necessidade de diminuir a complexidade das formalidades de importação e de exportação, simplificando os documentos e procedimentos requeridos. O Tratado sobre o Comércio de Armas pode nesse sentido tornar-se um verdadeiro obstáculo em matéria de importação e exportação. O controle nacional tal que previsto no Tratado pode ser exercido de modo diferente entre cada Membro. O tratado não prevê os critérios e a natureza desse regime jurídico, deixando mais uma vez os Estados Partes livres para instaurarem conforme o seu direito interno e suas políticas públicas. O Tratado incita, assim, uma multiplicação e diversificação de documentos a serem entregues pelos exportadores ou importadores segundo o Estado com quem eles pretendem realizar a transação. Não há no Tratado qualquer disposição visando à harmonização dos controles entre os Estados. O Tratado prevê uma cooperação entre os Estados Partes notadamente em matéria de troca de informações e assistência técnica, deixando relativamente vago a questão da cooperação na implementação do Tratado (ver arts. 15 et 16).

O Tratado sobre o Comércio de Armas é indiscutivelmente um avanço em matéria de controle do tráfico ilegal desse mercadoria. A sua efetividade dependerá, entretanto, da ratificação dos maiores exportadores, a Rússia, a China, a França e os Estados-Unidos, que ocorrerá após a assinatura do Tratado, prevista para o próximo dia 3 de junho (O texto do tratado e as ratificações podem ser visualizadas em <http://www.un.org/disarmament/convarms/ArmsTrade/>).

## 2.2 Legislação e prática nacional em matéria de regras de origem

Tatiana Prazeres<sup>15</sup>

Danilo Honorio da Silva<sup>16</sup>

O Acordo de Regras de Origem da OMC, implementado junto com os demais resultados da Rodada Uruguai, em 1994, define que as regras de origem não preferenciais são as leis, regulamentos e determinações administrativas de aplicação geral para se determinar

o país de origem (“country of origin”), desde que não sejam as regras de origem de regimes autônomos de comércio visando conceder preferências no comércio recíproco fora do escopo do Art. I do GATT 1994.

No Brasil, os produtos sujeitos a medida de defesa comercial estão sujeitos a investigações de origem não preferenciais seguindo as regras de origem contidas no Art. 31 da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011. O critério básico da legislação brasileira para um produto ser considerado originário para fins não preferenciais é que haja o chamado “salto tarifário”, que consiste no fato de o produto final ser classificado em uma posição tarifária (nível de 4 dígitos do Sistema Harmonizado) diferente do seu insumo. A Portaria Secex nº 39, de 2011 estabeleceu os procedimentos para a condução das investigações não preferenciais no âmbito do licenciamento das importações dos produtos sujeitos a medida de defesa comercial. Até o momento, a Secretaria de Comércio Exterior realizou 19 investigações não preferenciais, sendo que em 14 delas o resultado foi o indeferimento das licenças de importação.

Entre as investigações concluídas está uma investigação de calçados importados de Taiwan. Como os calçados classificam-se entre as posições 6402 a 6405 do Sistema Harmonizado e os insumos (sola e cabedal, basicamente) são classificados na posição 6406, após investigação *in loco* na empresa localizada em Taiwan, concluiu-se que o produto ali produzido cumpria com as condições de salto tarifário, tendo sido, pois, considerado originário de Taiwan. Resta salientar que, pela lei brasileira, mesmo cumprindo com a regra de salto tarifário, havendo apenas uma montagem, o produto não poderá ser considerado originário. A dificuldade para os investigadores nesta investigação de calçados foi tentar discernir apenas montagem de uma operação mais complexa.

Vale frisar que a condução de investigações não preferenciais visa a dar enforcement às medidas de defesa comercial aplicadas pelos países e é plenamente respaldado pelo Acordo de Regras de Origem. Portanto, não se trata de uma medida protecionista, mas sim de um instrumento para coibir as fraudes de origem no comércio internacional.

<sup>15</sup> Secretária de Comércio Exterior Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Doutora em Relações Internacionais.

<sup>16</sup> Analista de Comércio Exterior Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Mestre em Relações Internacionais.



### 3. DECISÕES INTERNACIONAIS

#### 3.1 De cigarros aromatizados, atuns e selos de origem de carnes: a nova jurisprudência do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) na Organização Mundial do Comércio

Gustavo Ferreira Ribeiro<sup>17</sup>

Em 2012, três importantes casos foram decididos pelo Órgão de Apelação (OAp) da Organização Mundial do Comércio (OMC), resultando em interpretações relevantes sobre o Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT). Os casos foram denominados *EUA - Cigarros Aromatizados (US - Clove Cigarettes, WT/DS406)*, *EUA - Atum II (US - Tuna II, WT/DS381)* e *EUA - COOL (US - COOL, WT/DS384/WT386)*.

A jurisprudência formada merece acompanhamento futuro por pelo menos duas razões. Primeiramente, o TBT é um acordo em que litígios envolvendo suas disposições podem aumentar significativamente, como se delineará. Em segundo lugar, a temática do TBT possui relação direta, sugere-se, com interesses comerciais brasileiros; tanto do ponto de vista de políticas públicas que buscam corresponder a objetivos legítimos de proteção ao mercado e ao consumidor, quanto de barreiras não tarifárias (BNT) ilegítimas que possam ser impostas às exportações brasileiras.

Coincidentemente, em todos os casos mencionados, têm-se os Estados Unidos como parte requerida, normas do TBT e do GATT-1994 como matéria a ser discutida e desenvolvimento temporal concomitante. Quer-se dizer, quanto ao último aspecto, que, como ponto comum, as consultas entre as partes da controvérsia se iniciaram entre 2008 e 2010; os relatórios dos Painéis foram circulados no final de 2011; as respectivas decisões do Órgão de Apelação (OAp) ocorreram entre abril e maio de 2012.

O que estas similaridades nos sugerem e revelam? Iniciemos com os fatos.

Em *Cigarros Aromatizados*, a reclamante, Indonésia, questiona uma norma norte-americana denominada *Ato*

*de Controle de Prevenção ao Tabaco para as Famílias Fumantes* (2009). Na referida norma, previu-se o banimento da produção e venda, nos Estados Unidos, de cigarros contendo aromas como cravo, morango, laranja, canela, entre outros. Empresas na Indonésia eram, tradicionalmente, as principais fornecedoras destes produtos no mercado norte-americano. O Ato, porém, não abarcava cigarros mentolados, produzidos majoritariamente pela indústria norte-americana. Por isso, ao mesmo tempo em que os Estados Unidos alegaram estar perseguindo um objetivo legítimo de redução de número de jovens fumantes, a Indonésia apontava, entre outros, a inconsistência da norma com, por exemplo, o tratamento nacional previsto no artigo 2.1 do TBT e art. III do GATT, ao se excluírem os cigarros mentolados da regulamentação.

Já em *Atum II*, temos o México como reclamante na tradicional questão de produtos de atum mexicanos e a proteção dos golfinhos. De fato, a questão nos remete a uma longa história de *pelea y quejas* entre México e Estados Unidos. São notórios os casos *Atum-Golfinhos I e II*, discutidos mesmo antes da criação da OMC.<sup>18</sup> E pode se dizer, no mínimo, curiosa, a notícia recentemente veiculada no Washington Post, na qual se narra jantar entre o Presidente Obama e o Presidente Peña Nieto.<sup>19</sup> Os anfitriões mexicanos não perderam a oportunidade de iniciar o jantar com *laminas de atum*. No caso em si, o México enumera um conjunto de medidas regulatórias norte-americanas, que estabelecem as condições para uso de selos (rótulos) “*golfinhos - a salvo*” nos produtos derivados de atum, como discriminatórias. As medidas, segundo o governo norte-americano, foram tomadas para se protegerem os golfinhos contra técnicas de pesca de atum que acabam por os atingir, como o uso de redes de arrasto ou o “cerco aos golfinhos”. Novamente, violações de dispositivos do TBT e do GATT foram levantadas e serão comentadas em seguida.

Por fim, o caso *Estados Unidos - COOL*, gira, fundamentalmente, em torno da reclamação canadense em relação a regulamentos norte-americanos acerca de determinado “Regime de Rotulagem sobre o País de Origem”

<sup>17</sup> Professor do UNICEUB-Brasília. Doutor em Direito Internacional pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), bolsista do programa CAPES/FULBRIGHT (revalidado UFSC). Bacharel em Direito e Ciência da Computação (UFMG). Mestre em Direito (UFSC).

<sup>18</sup> Embora os relatórios dos painéis na vigência do GATT-1947 não tenham sido adotados: veja-se DS21/R-39S/155 (Jun. 16, 1994) e DS21/R-39S/155 (Set. 3, 1991).

<sup>19</sup> FEARS, Darryl. Dolphin protection, tuna catch in conflict for U.S., Mexico. *The Washington Post*, Washington-DC, may 12, 2013. Disponível em: <[http://articles.washingtonpost.com/2013-05-12/national/39210882\\_1\\_tuna-and-dolphins-yellowfin-tuna-dolphin-safe](http://articles.washingtonpost.com/2013-05-12/national/39210882_1_tuna-and-dolphins-yellowfin-tuna-dolphin-safe)>.

(Certain Country of Origin Labelling – COOL) aplicada à importação de *commodities*, como carne bovina e suína. Esclarece-se. De um lado os Estados Unidos alegavam o objetivo legítimo de dar aos consumidores, por meio da rotulagem, informações relativas à origem da carne (local de nascimento do animal, criação e abatimento). De outro, o Canadá apontava, *inter alia*, ser discriminatória a referida rotulagem, pois apenas seria considerada norte-americana a carne proveniente de animais exclusivamente nascidos, criados e abatidos nos EUA. Restaria prejudicado, assim, o gado bovino ou suíno importado (vivo) do Canadá para os Estados Unidos para imediato abatimento e consumo. O ponto, para que reste claro, é que a indústria de abate norte-americana teria um incentivo para usar apenas o gado bovino e suíno norte-americano, em razão das diversas imposições de rotulagem sobre o gado importado.

Antes de partirmos para a análise substantiva dos casos, voltemos a sua característica comum: a adoção de medidas pelos Estados Unidos, tomadas com a justificativa de se perseguirem objetivos legítimos por aquele governo (redução de fumo entre jovens, proteção de golfinhos e proteção ao consumidor por meio de selos informativos). As apelações poderiam assim versar, entre outros, sobre os seguintes pontos: (i) a medida apontada como violadora ao TBT é um regulamento técnico (Anexo 1.1 do TBT)?; (ii) a medida representa uma violação à cláusula de tratamento nacional (art. 2.1 do TBT)?; e (iii) a medida *in casu* constitui um objetivo legítimo e passa no *teste da necessidade*? (art. 2.2 do TBT).

Quanto a primeira questão, somente no caso *Atum – II* foi este um ponto de apelação. E de forma geral, pode-se salientar que o caso seguiu, basicamente, a jurisprudência anterior contida em *CE – Asbestos* e *CE – Sardinhas*. O OAp, ademais, não adentrou, em nenhum momento, na longa discussão, já epitomizada na doutrina pelo acrônimo PPM, no caso.<sup>20</sup> Fica em aberto, inclusive, o questionamento se será esta uma tendência (o abandono da discussão sobre PPM), face a sua inerente complexidade.

Já em relação à violação da cláusula de tratamento nacional, que normalmente se desdobra na existência de similaridade dos produtos (*likeness*) e de tratamento não menos favorável entre eles (*less favorable*), o OAp introduziu, em todos os casos, novo teste. Para verificar se o tratamento era menos favorável, o OAp faz menção

à apreciação se a aplicação da medida era imparcial, ou *even-handed*.<sup>21</sup> Ponto este que, decerto, merece acompanhamento nos próximos casos.

Por fim, quanto à análise se a medida realizava um objetivo legítimo, nota-se que o OAp foi condescendente ao não adentrar na legitimidade em si dos objetivos. Uma justificativa para tal cautela seja, talvez, evitar críticas de que o OAp estivesse julgando o que os governos determinam ser legítimo para seus governados. A própria enumeração, não exaustiva, do que pode ser considerado um objetivo legítimo, segundo o art. 2.2 do TBT, já sugere um alto grau de discricionariedade na escolha. Nem mesmo se apelou, no caso *Atum II*, sobre a legitimidade dos Estados Unidos estarem protegendo golfinhos fora de seu território (na região conhecida como Pacífico Tropical Oriental, ETP). Por outro lado, o OAp transferiu seus esforços, tanto em *Atum II* quanto *COOL*, para determinar se a realização daquele objetivo legítimo passava no *teste da necessidade*, não superando o teste, no primeiro caso (*Atum II*, 2012, para. 324-331) e não sendo possível realizar a apreciação, no segundo (*COOL*, 2012, para. 470-491).

Novos casos envolvendo o TBT já se encontram na fila do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Dois, já notórios, vem atraindo comentários dos estudiosos do Direito Internacional Econômico. O primeiro é o pedido, recente, de consultas da Argentina com a União Europeia sobre a regulamentação europeia de biodiesel (DS 459) envolvendo critérios de sustentabilidade. O segundo, em fase de audiência nos Painéis, envolve a reclamação do Canadá (DS 400) e da Noruega (DS 401) quanto ao banimento de produtos originados das focas, imposto pela União Europeia, com base na proteção daqueles animais.

Se por um lado produtos relativos às focas não são de interesse direto do Brasil, o que se quer chamar atenção é que praticamente todo o comércio mundial hoje, se submete a regulamentos técnicos e a padrões internacionais. E é, justamente, dos contornos do TBT e de sua jurisprudência que se pode depreender os limites aplicáveis a estes regulamentos e padrões e de que forma suas implementações respondem à realização de objetivos legítimos perseguidos (ou se revelam como BNI). Parece não ser à toa, assim, que se registra a participação do Brasil, como terceira parte interessada em todos os casos analisados (*Cigarros*, *Atuns II* e *COOL*).

<sup>20</sup> PPM: *Process and Production Method* ou Processos e Métodos de Produção.

<sup>21</sup> Termo este traduzido como imparcial ou impartiale, nas demais línguas autênticas da OMC.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Brazilian trade policy in  
historical perspective: constant  
features, erratic behavior**

**Política Externa Brasileira em  
uma perspectiva histórica:**  
características constantes,  
comportamento errático

Paulo Roberto de Almeida

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

## Brazilian trade policy in historical perspective: constant features, erratic behavior

### Política Externa Brasileira em uma perspectiva histórica: características constantes, comportamento errático\*

Paulo Roberto de Almeida<sup>1</sup>

#### ABSTRACT

The essay, which adopts a historical approach, presents and discusses the Brazilian trade policies implemented since the 19<sup>th</sup> century, as connected with industrial and development policies, not always in a coordinated manner. Brazil was, and probably continues to be, one of the most protectionist countries in the world, at the beginning for fiscal reasons (financing of the State), then, in the 20<sup>th</sup> century, on behalf of deliberate industrializing and import substitution goals. The essay surveys the many policies followed in different phases of Brazilian economic history, including the regional integration process of Mercosur and the multilateral and hemispheric trade negotiations; it also discusses the recent re-commoditization of its foreign trade and the retrocession to a series of patently defensive policies, justified by a lack of competitiveness of its industries, by the way due to the excessive taxation and the bureaucratic entanglements set up by the very State that seeks to protect those industries from foreign competition. It concludes that a new economic opening or trade liberalization are not likely to occur in the immediate future. Albeit not original in scope or methodology, the essay integrates various sources and specialized literature, offering a synthesis of the state of the art in this field of study.

**Keywords:** Brazilian protectionism. Trade policies. Industrialization. Mercosur. WTO.

#### RESUMO

O ensaio, que adota uma metodologia expositiva de caráter histórico, apresenta e discute as políticas comerciais brasileiras adotadas desde o século XIX, tal como correlacionadas com as políticas industriais e de desenvolvimento econômico, embora implementadas de maneira nem sempre coordenada. O Brasil foi, e provavelmente continua sendo, um dos países mais protecionistas do mundo, anteriormente por razões fiscais (equilíbrio das contas públicas) e, a partir do século XX, tendo em vista objetivos deliberadamente industrializantes e de substituição de importações. O ensaio examina as várias políticas seguidas em diferentes fases da história econômica brasileira, inclusive no processo de integração regional do Mercosul e no quadro das negociações comerciais multilaterais e hemisféricas; também discute a recente primarização do seu comércio exterior e o retrocesso re-

<sup>1</sup> Ph.D. in Social Sciences, career diplomat, professor of Political Economy at the Post-Graduate Studies in Law of the University Center of Brasília (Uniceub); author of many books and articles on international economic relations and diplomatic history of Brazil and the regional integration process (pralmeida@me.com; www.pralmeida.org). None of the arguments in this essay is representative of Brazilian official positions or policies of its Foreign ministry.

\* Artigo convidado



gistrado em termos de políticas abertamente defensivas, que são justificadas pela falta de competitividade das indústrias brasileiras, que é aliás devida à tributação excessiva e as dificuldades burocráticas criadas pelo mesmo Estado que busca proteger essas indústrias da competição externa. Conclui pela escassa viabilidade de uma abertura econômica ou de liberalização comercial no futuro imediato. Embora não original na temática ou na metodologia, o trabalho integra diferentes fontes documentais e a literatura especializada, oferecendo uma síntese dos estudos disponíveis nesse campo de estudo.

**Palavras-chave:** Protecionismo brasileiro. Políticas comerciais. Industrialização. Mercosul. OMC.

## 1. INTRODUCTION: BASIC CHARACTERISTICS

Trade policy has two constant features in Brazil throughout the ages: one is the country's modest and almost immutable share of the global trade flows for the last half century, and probably since the 19<sup>th</sup> century; the other is the equally constant belief of its political leadership in the virtues of an industrial policy, which is reflected in an undeniable adherence of its industrial elites to various kinds of protectionist devices.

As regards the first characteristics, it is true that Brazil ratio of global commerce has since long stabilized around a little over 1% of the world's total interchange of goods and services; it could be argued that Brazil has, at least, kept pace with the progression of trade flows, from the 1950s up to our days, as the share of its foreign trade went along with the faster increase of exchanged goods, over the more moderate growth of the world's GDP. As an excuse for the second feature, that is, for Brazil being a staunch protectionist during most of its economic history, the arguments mobilized by its political and economic elites in favor of those kind of policies take support in ancient mercantilist doctrines that seek to promote national industry and its associated activities, which would be considered by them as unfeasible if undertaken under liberal trade policies or in absence of an active industrial policy.

The moments of economic opening and trade liberalization are indeed very rare in the economic history of Brazil, in a long continuum of various types of defensive policies and state activism that seem embedded in a structural context of political nationalism and economic introversion. As we shall see, Brazil moved

away from a strong protectionist industrial policy only for a few times during its successful drive toward industrialization; those moments, by the way, were almost a side effect of an economic policy seeking monetary stabilization or looking for a temporary correction of serious disequilibria in its external economic relations. Crises, internal and external, were the main factors that drove Brazil toward industrialization, at least in the first half of the 20<sup>th</sup> century. After the Second World War, this objective was pursued much more conscientiously, thus the much more diligent and deliberate choice of industrial and trade policies along defensive and protectionist lines. National development was the consensual ideology of Brazilians during most of the 20<sup>th</sup> century, and industry was seen as the main tool for the accomplishment of this almost sacred mission.

In recent times, Brazilian civil governments that succeeded the military regime (1964-85) adopted a less strict protectionist policy, but this was only to accommodate the requirements of the integration process in Mercosur; under its scheme, national tariffs of the member countries had to be replaced by a Common External Tariff, with a lower average than the preceding national lists (1994). But that was a temporary relief on a structural defensive behavior that arose again a few years later: trade liberalization policies and tariff reduction measures adopted in the first half of the 1990s, started to be reversed soon afterwards Mercosur became a "customs union" (this in paper, at least).

During the 2000s, Brazilian government refrained from adopting an open protectionist policy only because there was a belief in, and a commitment to, the conclusion of the Doha Round of multilateral trade negotiations; there was also a certain sense of relief derived from the 1999 deep devaluation of the real, which assured, during most of the following decade, comfortable gains in the form of trade balance surpluses (not to mention the peaks in commodity prices, which was the "Chinese factor"). As soon as the WTO negotiations foundered, at the end of the 2000's, and the external competitiveness of Brazilian products were slashed by a raise in domestic costs, the defensive posture of the political authorities and the protectionist instinct of the industrialists emerged again, as vibrant as in the old times of import substitution.

This is the basic framework under which one must apprehend the true meaning and the essential nature of



Brazilian trade policies. The constant features, in historical perspective, are always there, and they are simply mercantilist and truly protectionist. At certain economic junctures it is possible to observe the erratic behavior of the official trade and industrial policies, which can be linked to the trends and flows of the balance of payments, as well to pressures exerted by internal lobbies (from both industrial and workers' unions). In short, those are the constant features of the Brazilian macro and sectorial economic policies. Let's go now for the detailed history of those policies.

## 2. HISTORICAL DEVELOPMENT OF BRAZILIAN TRADE POLICIES

The birth of Brazil as a "customs territory", in 1808, precedes its actual existence as an independent State, which occurred only in 1822. In fact, Brazil did not attain effective customs independence before 1844, but it is interesting to trail the whole story, as it explains the protectionist instincts that Brazil's proprietary and industrial classes would exhibit since then. The departure spot was the 1810 Trade and Navigation Treaty, which Portugal had to accept under the pressure from the English cabinet, after the Royal Navy protected transatlantic retreat to Brasil of the entire court and nobles to scape Portugal's invasion by a Napoleonic army.<sup>2</sup>

Before that, Brazil did not have an independent administration of its foreign trade, for the whole system was working under the "colonial exclusivity", in which the court exerted the monopoly over imports and exports (and prohibited even small industries in the colony, as not to compete with Portuguese supply). All goods had to be carried by Portuguese ships, and pass through Lisbon, except some very few flows allowed under concession or bilateral treaties to be performed by other European merchants (slave traders, would be a more correct designation).

To be true, the first act of a commercial nature undertaken by the Portuguese Prince, arriving in Brazil, in

January 1808, was to declare Brazilian ports open to all "friendly nations", which at that time comprised only England and Russia, in Europe, and a few other countries in the Americas. The bilateral trade agreement of 1810 benefitted English merchants with a even lower tariff (15%) that was applied to the Portuguese goods (16%), besides being also a kind of investment treaty, giving extraterritoriality rights to His Majesty subjects, in the same manner of the unequal treaties Great Britain was imposing at that time upon other peripheral countries.

Coming after decades of mercantilist policies applied up to 1808, and in a juncture when local merchants were preparing to invest their capital in an incipient manufacturing system, the bilateral treaty was seen by contemporaries as an exorbitant concession to England; it came to represent, to later historians, the first obstacle to the creation of industries in Brazil. Even after having proclaimed the independence of the country, the new rulers (half Portuguese, half Brazilians) had to stick to its provisions for another 20 years, as England was the sole source of external financing for the new State. Only to put other countries on the same foothold as the Great Britain, the same concessions in tariffs were gradually extended to those commercial partners under new, albeit similar, bilateral treaties, that were negotiated between 1825 and 1834.<sup>3</sup>

The ruling class of the First Empire badly supported the humiliation, not exactly because the low tariff hindered any intention to industrialize the country, but for the small fiscal revenues it provided to the State treasury and the special privileges the treaty conceded to British subjects (who could not be prosecuted by Brazilian judiciary authorities, being under a special clause of extraterritoriality). Those factors are probably the source of a constant defensive posture maintained by the Brazilian ruling classes throughout the ages in matters of trade negotiations and economic concessions benefiting foreigners, such as investments, acquisition of land, exercise of certain professions or the exploitation of natural resources.

At least, after the denunciation of all commercial treaties with foreign powers and the enactment of a new tariff in 1844, Brazil embarked in one of most defensive trade policies ever seen in the world. Based

<sup>2</sup> Cf. WILCKEN, Patrick, *Empire adrift: the portuguese court in Rio de Janeiro, 1808-1821*. London: Bloomsbury, 2005; BETHELL, Leslie. The independence of Brazil. In: BETHELL, L. (Ed.). *Cambridge history of Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 3.

<sup>3</sup> Cf. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Formação da diplomacia econômica no Brasil: as relações econômicas internacionais no Império*. 2. ed. São Paulo: Senac-SP, 2005.

on the actual receipts of imports reaped by the Brazilian State since the middle of the 19<sup>th</sup> century up to the 1930's crisis, Clemens and Williamson concluded that Brasil was the most protectionist country in the world (except for a brief period of late Civil War in the United States).<sup>4</sup> In fact, the aggressive tariffs were not aiming to facilitate any industrial activity in Brazil – which could be a justification for very few cases – but to drain ever more resources to a voracious State (not so different from our days, by the way).

The fiscal pressure exerted over trade policy, effective until the 1930s, had to assume a variety of forms, as the tariffs were not the sole expediency to which the State resorted as a means to replenish its coffers each time. Inflation, devaluation of the currency, changes in the exchange standards and parities, pressures from commercial and industrial lobbies, all contributed to a messy combination of trade and industrial measures that transformed Brazil in a highly bureaucratized State, where erratic or contradictory policies were adopted by successive governments, always under the menace of a default in external payments. The Republic, in 1889, did not correct the confusion, but sustained it. against all odds: as the 1891 Constitution gave large autonomy to the states, they started to tax exports, which multiplied the bias against foreign trade already in force with import tariffs, not to mention the prodigality of external borrowing that federal states and even municipalities began to exert in direction of external sources of financing (most in the City, but also in Paris, and New York).<sup>5</sup>

The Republic also adopted a set of measures destined to promote industrial activity in Brazil, usually with the same bias against foreigners that characterized the old Portuguese mercantilist stance. A law on “national similarity” in fact barred any import of a good that could be produced in Brazil, even at a higher cost and lower quality: formal description was enough to guaran-

tee a market reserve for the domestic “equivalent”.<sup>6</sup> At the same time Brazil started to be a modest recipient of foreign direct investment, not always regarded with the same empathy as foreign financing: Brazilians usually love foreign capital, but mistrust foreign capitalists.

Economic nationalism received a deep boost during the Vargas era, the 15 years after the Revolution of 1930 that dismantled the old coffee Republic and started to build an industrial, albeit introverted, Brazil. New legislation was enacted in each and every sector to give control of all natural resources to the Union and in many urban activities – in public utilities, for instance – State authorization was required for its exploitation as a temporary concession.<sup>7</sup> Nationalization of foreign companies was boosted with the Second World War; Brazil became a Bismarckian state, albeit with a very backward agriculture and a still fragmented industry. “Trade policy” at that time consisted only in quantitative prohibitions and the control of imports; the GDP ratio of foreign trade was in a steady decline, and the receipts from exports of a few number of commodities (still concentrated on coffee) were the sole source of foreign exchange.<sup>8</sup>

After being a protectionist by necessity, for fiscal reasons, during most of the 19<sup>th</sup> century, and also during the First Republic, Brazil became a protectionist by intent; the shortage of foreign exchange did the rest. Anyway, defensive trade policies were maintained by habit, as the importance of the external sector in the overall public planning, for macroeconomic or sectorial purposes, was greatly constrained. At the end of the war, import receipts were as marginal as were direct income taxation, that is, irrelevant for all policy purposes. At the same time, the sustained prices of the commodities and the trade surpluses cumulated during the war, as well as the repression exerted against imports for the whole period, allowed for one of the few instances of trade liberalization: it was, nevertheless, of short duration, as the foreign exchange reserves were quickly depleted and, as soon as 1947, new import controls and a severe restriction on buying foreign exchange (dollars)

<sup>4</sup> Cf. CLEMENS, Michael; WILLIAMSON, Jeffrey. A tariff-growth paradox?: protection's impact the world around, 1875-1997. *NBER Working Paper*, Local, n. 8459, 2001. Annex: Import duties over imports, 35 countries, 1865-1950. Available at: <<http://www.nber.org/papers/w8459>>. Access: May 2, 2013; CLEMENS, Michael; WILLIAMSON, Jeffrey; BLATTMAN, Christopher. Who protected and why?: tariffs the world around 1870-1938. *Harvard Institute of Economic Research*, Discussion Paper n. 2010, jun. 2003. Available at: <<http://post.economics.harvard.edu/hier/2003papers/2003list.html>>. Access: May 2, 2013.

<sup>5</sup> Cf. TOPIK, Steven. *Political economy of the Brazilian State, 1889-1930*. Austin: University of Texas Press, 1987.

<sup>6</sup> Cf. VILLELA, Annibal Villanova; SUZIGAN, Wilson. *Política do governo e crescimento da economia brasileira, 1889-1945*. 2. ed. Rio de Janeiro: IPEA-INPES, 1975.

<sup>7</sup> Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

<sup>8</sup> Cf. ABREU, Marcelo de Paiva. *O Brasil e a economia mundial, 1930-1945*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

were implemented; Brazil started to “manage” contradictory exchange and trade regime for almost 20 years since then.<sup>9</sup>

### 3. REFORM AND ADJUSTMENT TO THE MULTILATERAL TRADE SYSTEM

Brazil, one of the “founding fathers” of the Gatt-1947, became an active participant of the U.N. Trade and Employment Conference that, between November 1947 and March 1948, approved the Havana Charter creating the International Trade Organization (ITO), dead at its birth.<sup>10</sup> Despite the adoption of many mechanisms and policies promoting the industrial sector, Brazil was still a commodity exporter, mainly coffee: for a brief time after the war, its share of the world trade represented a little more than 2% of the total, but this was only due to the destructions in Europe and Asia. After the high peaks in commodity prices brought by war in Korea, that share has stabilized around 1%. But the 1950s and the 60s were also extraordinary years in terms of industrialization and adoption of trade and industrial policies that were to be the hallmark of Brazilian State planning for the next forty years.

The rationale for the State activism in those areas were of a macroeconomic nature or had a balance of payments justification: living under a scarcity of dollars, inflows of foreign exchange had to depend upon erratic commodity exports; thus, for one side, the need of a restrictive trade policy and, for the other, the very strong and visible hand of the State to promote and sustain the nation’s industrial sector. A state company for oil, another for the energy, and a national bank for industrialization were created, together with a flexible exchange rate policy to accommodate the penury of dollars. In 1957, a new trade policy was enacted, with a complete revision of all tariffs, this time with an explicit protectionist bias.

The ad valorem basis of the Empire and First Republic tariffs was replaced in 1934 by a specific tariff, only to be rendered irrelevant by the monetary disorganization

of the world, the break-up of exchange patterns, and the running inflation. So the 1957 tariff reintroduced the ad valorem system, but at a much higher levels, thus requiring a complete renegotiation of the Brazilian schedule to the Gatt.<sup>11</sup> At the same time, the “national similarity” law was reinforced to the point of becoming inexpugnable: all personal vehicles had to be acquired locally, as well as hundreds, many thousands of other durable and non durable goods.<sup>12</sup> Import bans became the norm.

Current historiography labeled this model as an “import substitution process”, inserted in a developmentalist-nationalist context. In fact, most of Latin-American literature about the period take its main concepts from studies and analysis made at the Economic Commission for Latin America and Caribbean of the United Nations, the famous Eclac, under the guidance of the Argentinian Keynesian Raúl Prebisch. The main prescription was industrialization à la List, that is, with the required protection given to the “infant industry” (and remained as such for decades). Regional integration should serve this purpose, otherwise the continent, explained another Prebisch thesis, would be hindered by the constant deterioration of its terms of exchange, due to the inevitable depreciation of the value of commodities, in face of a constant rise in the price of manufactured goods; inflation was a lesser evil, to be tolerated for the sake of growth and employment (income distribution was not yet in debate). Latin America detached itself from the world trade and praised the virtues of self-sufficiency.

In Brazil, public policies as well as the teaching of theoretical economics at the faculties followed the main tenets of Prebisch’s heterodoxy, albeit with a certain tension with real world and the empirical economic data. Not surprisingly, state companies, and the public administration in general, performed badly, together with the strengthening of populist and xenophobic bias of many politicians; inflation derailed, due in part to the building of Brasília, by Kubitschek administration (1956-1960); economic growth and investments declined, and social unrest and military crises made the rest: soon, the middle class was protesting in the streets and querying the Army to restore the order.

<sup>9</sup> Cf. BERGSMAN, Joel. *Brazil: industrialization and trade policies*. London: Oxford University Press, 1970.

<sup>10</sup> Cf. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações internacionais e política externa do Brasil: a diplomacia brasileira no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

<sup>11</sup> Cf. FARIAS, Rogerio de Souza. *Industriais, economistas e diplomatas: o Brasil e as negociações comerciais multilaterais, 1946-1967*. 2012. Dissertation (Ph.D.)—Institute of International Relations, University of Brasília, Brasília, 2012.

<sup>12</sup> Cf. BAER, Werner. *The Brazilian economy: growth and development*. 6. ed. Lynne Rienner, 2007.

The generals who took over the power in 1964 started a second phase of the Bismarckian project that was launched during the Vargas era: they engaged economists and technocrats to reform every aspect of the Brazilian economic and political life. Fiscal and monetary reforms advanced the modernization of the Brazilian State, and huge infrastructure works were launched. The economic nationalism of the military did not hinder strong flows of foreign direct investments into industry and service sectors. Agriculture was also boosted by research and technological improvements, as well as by post-graduate studies. The intention was to transform Brazil into a “great power” in all areas: aerospace and nuclear industry (not excluding a “dissuasive” device), energy, telecommunications, shipbuilding and the like. Except for oil and capital goods, Brazil achieved 95% of nationalization by late 1970s in the domestic current supply.

At that time, Brazil truly became a trade fortress, with plenty of subsidization devices and protective mechanisms in order to transform the structure of the foreign trade. At the end of the military regime, manufactured goods had the greater share of the exports. Brazil’s transgressions of multilateral trade rules often generated complaints in Geneva; the usual excuse was balance of payments equilibrium. Another argument in Gatt was that the national industrialization program of a developing country could not be evaluated by the same standards applied to the already industrialized countries.

Brazil was one of the most active promoters of the Gatt reform, taking part in the drafting of its Part IV – Trade and Development – and adding the clause of special and differential treatment for developing countries: it was materialized not only by the creation of the GSP (Generalized System of Preferences, based on the principle of non-reciprocity), but also through different rules allowing for greater discrimination against imports and foreign investments. Of course, protectionism continued to be the norm and the accepted behavior of all developing countries, specially those on an industrialization path like Brazil. Even after attaining a degree of concrete industrialization in certain areas even superior to the same sectors in the so called advanced countries, Brazil never accepted its graduation to an upper status in Gatt.

The end of the military regime was abbreviated by the economic crisis induced by the external debt default

and its consequences: high inflation, external insolvency, low growth, disorganization of public budgets at all levels of the federation; moreover, regional banks were adding to the domestic debt, by creating “virtual currencies” to service the excess expenditures by state governors. At the Union level, Brazil had not only one, but three budgets, with a set of different provisions in each: first, the normal fiscal accounting of receipts and expenditures (the only approved by the Parliament); there was also a monetary budget, operated at the discretion of the financial authorities (that is, whenever the central government needed more resources, it printed money); the third, and sometimes highly relevant, worked just for the state companies (which were responsible, at that time, for 35% of the GDP, and literally monopolized entire sectors of the economy (the “commanding heights”, or strategic areas, which were many, like steel, communications, transports, oil, shipbuilding, aeronautics, etc.); this last one could be occasionally used for balance of payments purposes (that is, going to external lending, attracting foreign investments, and so on).

At a certain point, specially after the external debt crisis of 1982 – which lasted throughout the 1990s – industrial and trade policies were at the service of the balance of payments equilibrium; no surprise, then, that distortions grew at every sector of the economy, and protectionism became the norm, not the exception. Brazil was frequently asked to explain foreign trade restriction to its partners of the Gatt: the standard answer was that exchange restrictions dictated the “temporary” administration of the external trade, the quantitative restrictions, and the high tariffs (sometimes more than 100%).

The return to a civilian administration, in 1985, did nothing to stabilize Brazil; on the contrary: “democratic” pressures materialized in larger social expenditures and a new Constitution (in 1988) added to the disorganization of public accounts, commanding many new entitlements not properly funded by real resources, only by paper money. Few countries in the world experienced the curious phenomenon of “controlled hyperinflation”, that is, the continuous depreciation of the currency – Brazil had six in less than 8 years – neutralized only by a total indexation of the economy.

At the height of the crisis, monetary authorities introduced more capital controls, adopted the centralization of foreign exchange – the black market worked, some-



times, at 60% of the official rate – and declared a moratorium on the service of external debt. Inflation went over the barrier of two digits a month, and three digits a year; in less than six years Brazil had four new currencies: cruzado (replacing the cruzeiro in 1986), cruzado novo two years after, cruzeiro again in 1991, and cruzeiro real, soon afterwards, only to be superseded by the real in 1994 (with and indexed currency in between).<sup>13</sup>

#### 4. REGIONAL INTEGRATION PROCESS AND THE MERCOSUR PATH

By the end of the 1980s, the overstretched industrial and trade policies were not responding to any rational objectives. The 1988 Constitution created new, costly rights for everyone: health, education, social security, federal transfers were granted, disregarding completely the question of how or who would fund the new entitlements. The modernizing administration of Collor de Mello (1990-92) started a complete overhaul of the old economic mechanisms and sectorial devices inherited from the military regime that were further distorted by the subsequent civilian government. Notwithstanding the freezing of financial assets (that created many other distortions), the radical reform launched at the onset of “Collor plan” touched the various industrial mechanisms – discriminatory and xenophobic, and heavily subsidized, such as the market reserve for informatics – that were at the core of the “industrial Stalinism” created by the military, and scratched completely the corresponding trade policies: import bans were lifted, hundreds of norms revoked, and a tariff reform (scheduled in three years) started to bring the average 44% of import duties to a more “normal” 14%.

Bilateral economic integration with Argentina was being pursued since the democratization: first under sectorial protocols, then by means of a common market treaty (1988), due to be completed in 10 years, and finally, in 1990, with dispositions that changed the methodology, establishing a full free trade zone and a cus-

toms union in half of that time frame, promised for 1995. With the incorporation of Paraguay and Uruguay into the bilateral scheme in 1991, the Mercosur treaty was signed, which contributed to the consolidation of many changes being applied domestically.

At the same time, the Uruguay Round came, finally, to completion, helping also to lock out some reforms and opening policy spaces for the enactment of new legislation in many fields that were also at the heart of the old industrial and trade policies (intellectual property, for instance, besides the completion of the Common External Tariff of Mercosur, that replaced, in 1995, the Brazilian customs duties).<sup>14</sup> Regional integration could help, in due course, the cause of a more rational macroeconomic and sectorial policies, including the erratic trade policy, if only the founding treaty commitments were respected, which was never the case.

The new WTO agreements – Gatt-1994, as well as the various protocols that came together – and the building up of Mercosur trade structure added to the ongoing process of economic opening, trade liberalization and, most important, the retreat of the State from the commanding heights of the economy (a task never completed, to be sure). Fernando Henrique Cardoso, first as Finance minister (from 1993), after as president, in two mandates (1995 to 2002), led the most relevant process of economic reform since the Vargas era: FHC advanced the privatization of State companies and the dismantling of public monopolies that were initiated by Collor; he also undertook the difficult task of amending the economic chapter of the 1988 Constitution, a ugly assemblage of naked irrationalities and pure xenophobia that were discouraging the domestic entrepreneurs and worrying foreign investors. He barely conceived any new kind of industrial policy – besides eliminating costly subsidies to inefficient producers in new and old industries – and made no advancements to the trade policies already in place during the transitional phase of the Mercosur (1991-1994).

In fact, Mercosur started to derail from its original inception almost immediately after becoming an official “customs union”, in January 1995. Argentina first, Brazil soon afterwards, both confronted to declining trade surpluses (in the case of Argentina, deepening deficits) and growing external competition from third partners,

<sup>13</sup> For a detailed account of hyperinflation in Brazil and the various stabilization plans see: FRANCO, Gustavo. *O plano real e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995; PRADO, Maria Clara R. M. do. *A real história do Real: uma radiografia da moeda que mudou o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2005; LEITÃO, Miriam. *Saga: a luta do povo brasileiro em defesa da sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

<sup>14</sup> Cf. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1998.



resorted to tariff increases, albeit in a disguised manner: Argentina by the implementation of a “statistical tax”, Brazil by limiting the offer of trade credit by external financing, and both by arbitrarily including many products in national exception lists, thus departing from the Common External Tariff. Despite being a “customs union”, member countries were unable to set up a Customs Code, to be applied homogeneously by their national customs administrations (or, preferably, by a single customs authority): Mercosur never ceased to be a permanent “customs union in construction”, each time pierced by new, non regulated national exemptions from the common rules. Worse encore: what was not supposed to arrive in a free trade area or in a customs union, started to happen, by means of restrictions to intra-trade; barriers against the free flows of goods under the pretext of dumping or unfair competition (originating mainly in Argentina, against Brazilian products), that were unable to be solved by Mercosur’s dispute settlements mechanism, had to be transposed to the arbitration system of the Gatt-WTO.<sup>15</sup>

Notwithstanding, Mercosur member countries started to negotiate conjointly the U.S. proposal for a new trade pact to cover the whole hemisphere: the Free Trade Area of the Americas, launched at a summit in Miami, in December 1994, and due to be completed in ten years. Argentina, under Menem (1990-99), was much more favorable to the American project than Brazil, a posture that was to be radically reversed after the dramatic economic crisis of 2001, and the new (2003) nationalist government of Nestor Kirchner. Brazil too, never sympathetic to the idea of opening its economy to the giant of North America, dragged its feet in the negotiations, albeit seriously considering the possibility of a certain degree of trade and services liberalization, provided that U.S. offered real market access to its exports of farm products and competitive industries (in a direct challenge to sectorial American protected and subsidized branches).

The cooperative posture of FHC administration during the first phase of FTAA negotiations was also radically reversed by the new Workers’ Party govern-

ment led by Lula da Silva, who labeled the American proposal not an integration scheme but an “annexation project”; in fact, no technical studies were made to assess the real impact of a hypothetical FTAA in Brazil’s or Mercosur economies: Lula’s government simply abhorred the idea of an economic integration between South and North America.<sup>16</sup>

To summarize a very complex process, the fact is that both Kirchner’s Argentina and Lula’s Brazil, together with Chávez’s Venezuela, cooperated actively to implode the American project, not on economic grounds, but for pure political (and ideological) opposition. The clash intervened at the Americas summit in Mar del Plata, in November 2005, when those three countries started to taking a very different path than the one followed by the reforming Latin American administrations during the 1990s; the previous years were outright condemned as neoliberal, as the “progressive” leaders started to proclaim the new virtues of the old developmentalism. In fact, a new kind of economic policy began to bring them towards the past, carrying with it some old distortions of the former nationalist and introverted model of development.

## 5. REAL CHALLENGES AND LOST OPPORTUNITIES: BRAZILIAN ILLUSIONS AND DECEPTIONS

With some differences in speeches, but with the same acuity in the political criticism, both administrations, Nestor Kirchner in Argentina, and Lula in Brazil, merged efforts, from 2003 onwards, in the attacks to the alleged “neoliberalism” of their predecessors. The arguments used for the dismantling of previous economic policies were totally ideological in nature, but the practical consequences were relevant, and in some ca-

<sup>15</sup> For a history and an evaluation of Mercosur’s itinerary, see ALMEIDA, Paulo R. História do Mercosul: origens e desenvolvimento. *Espaço da Sophia*, v. 5, n. 43, p. 63-79, jul./sep. 2011; ALMEIDA, Paulo R. História do Mercosul (2): crise e perspectivas no século XXI, *Espaço da Sophia*, v. 5, n. 44, p. 143-170, oct./dec. 2011. Available at: <<http://www.espacodasophia.com.br/revista/>>.

<sup>16</sup> For a discussion on the main choices of the Brazilian diplomacy during Lula’s two mandates, see ALMEIDA, Paulo R. Never before seen in Brazil: Lula’s grand diplomacy. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 53, n. 2, p. 160-177, 2010. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v53n2/09.pdf>>. ALMEIDA, Paulo R.: La diplomatie de Lula (2003-2010): une analyse des résultats. In: ROLLAND, Denis; LESSA, Antonio Carlos (Coord.). *Relations internationales du Brésil: les chemins de la puissance*. Paris: L’Harmattan, 2010. v. 1, p. 249-259. Available at: <<http://diplomattizando.blogspot.com/2010/10/relations-internationales-du-bresil.html>>. ALMEIDA, Paulo R. Lula’s foreign policy: regional and global strategies. In: BAER, Werner; LOVE, Joseph (Ed.). *Brazil under Lula*. New York: Palgrave-Macmillan, 2009. p. 167-183. Available at: <<http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1811BrForPolicyPalgrave2009.pdf>> .

ses very regressive in their naïf return to the old times of economic nationalism and State control of strategic activities. True, the reversion was much more dramatic in the case of Argentina, than in the Brazilian itinerary followed by Lula and his economic advisers. The reasons for this difference were not ideological, but the very contrasted situation of the two countries, Brazil having stabilized soon after the turbulent times of the financial crises of the 1990s, and Argentina still in the turmoil of the catastrophic ending of the fixed currency regime established by the 1991 Cavallo plan.

After the economic reforms – and some political chaos – introduced by the Collor presidency, Brazil reached, finally, a more normal economic behavior, under Cardoso as Finance minister (1993-94) and during his two presidential mandates (until 2002). The financial crisis initiated by the frustrated currency devaluation in Mexico (December 1994) set the departure mark for a world financial storm that occurred some months later: first with the Asian exchange crises started by Thailand's insolvency (June 1997), then the stock exchange plunge in Hong Kong (October), followed by the political-economic crises in almost every other country of Asia Pacific. Brazil managed to contain the capital flight, only by resorting to an extraordinary rise in interest rates. The grievous effects of the Russian moratorium of July 1998, though, could only be defused by a stand-by arrangement with the IMF and the financial help of other creditor countries. Soon afterwards, political disagreements between FHC and his former boss, vice-president turned president Itamar Franco (1992-94), again governor of Minas Gerais in 1995, provoked the dramatic devaluation of the Real and an economic reversal of the exchange policy, which started to work under a flotation system.

But, new surprises expected at the corner: after the external balance was restored in early 2000 – allowing Brazil to repay some of the financing received in 1998-99 – it was time for Argentina enter into a free economic fall, followed by the social unrest and an overall presidential turnover at the end of the year. Brazil had to enter into a new agreement with the IMF, in 2001 – for more than US\$ 15 billion – only to renew the move the following year, with the doubling of the financing, all this at the height of the presidential campaign that, finally, brought Lula to the presidency.

The main political effect of all those financial crises

and changes in economic policy in Brazil was to convince Lula that he could not possibly apply the economic receipts prescribed by the “economists” of his own party. Having already been defeated in the previous three attempts to become president, he assumed the practical conclusion that he had to stick pragmatically to the same “neoliberal” policies implemented by his predecessor. Indeed, instead of “changing it all”, as his campaign had announced optimistically, he changed nothing, and even preserved technocrats from the social-democrat government of the previous years. Better: the new economic authorities reinforced the economic mechanisms negotiated with the IMF (for instance, the primary surplus in the budget, to pay for the public debt interests), and adopted an overall “neoliberal” approach to other macroeconomic and sectorial policies.

In short, “thanks” for the many disasters in Latin America, and his own unsuccessful electoral failures three times previously, Lula choose to be much more like Felipe Gonzalez – who presided over than a decade of economic growth and unemployment reduction in Spain – than Salvador Allende, the man who launched Chile into a political and economic disaster, due to his socialist receipts: nationalization, State command, inflation prone macroeconomic and sectorial policies, large benefits to workers and small peasants, economic pressure over capitalists or outright expropriation of large land tenures, and open hostility towards foreign investments.

Having learned a little from that, Lula disregarded his own party's “economists” guidance, and choose the rational way of applying practical economics. This was not an impediment to renew with some bad habits of the military regime (some of them were no so secretly admired by the leftist economists): growing State expenditures, the creation of public companies, the belief in the visible hand of the State guiding the markets, as well as some permanent beliefs of the Left: indexation of wages, generous dispensations for the workers and entitlements for the poor people, redistribution from above (that is, not by employment and the markets, but through the alleged social correctness of the technocrats), and so on.

To summing up, the results of Lula's moderate expansionary monetary and economic policies were: the rise of public expenditures (above and beyond economic growth and inflation levels), more crowding-out in face of an already low pattern of domestic savings,

an expanded bureaucracy, more public servants, and more regulations (much more than needed for a emerging market economy). Growth was pushed by external demand, mainly by China hunger for commodities (of which Brazil has plenty of), and by internal demand, also stimulated by the expansion of consumption credit (with a financial market characterized by a share of public banking equivalent to 40% of the total credit). Social policies were truly redistributive, albeit much more based on the over taxation of wage workers and entrepreneurs, than in expanded investments and reform; in fact, there was no elimination of poverty, only consumption subsidies to the poor channeled by means of Bolsa Familia, which is an important electoral device.

In terms of trade policy, Lula's government undertook the task of diversifying markets, not exactly as the outcome of a careful study of new opportunities in emerging countries, but as an decision taken on the basis of a political choice: Lula himself proclaimed the objective of "reducing the commercial dependence [sic] from the United States", and of creating a "new world trade geography" (whatever it meant). In 2009, China became, as a consequence, the first trade partner of Brazil, but a new dependence was created, worse than that supposedly prevailing in the bilateral trade with the U.S.: against the much more diversified trade relationship with the "American empire", the flows between China and Brazil were the perfect reproduction of former colonial ties from a century earlier, that is, commodities from Brazil (and just 5 or 6, that totaled 95% of Brazilian exports), and manufactures from China, plenty of them, electronics, textiles and apparel, shoes, parts and pieces, all kinds of gadgets.

In the end, Brazil reduced its historical external vulnerability – by accumulating huge foreign reserves – and expanded domestic levels of employment. But the absence of real economic reforms (specially in the taxation system), together with the erosion of the quality of economic policies (and even of public institutions, like the Parliament, no to mention public education), joined in a perverse combination of factors that led to the worsening of external (even domestic) competitiveness of Brazilian companies and to the precocious specter of "deindustrialization". Despite the favorable external climate for growth and development, and the adjustments made in the domestic policies by Cardoso's administration, Lula's years were a lost opportunity for

reform and for the strengthening of Brazilian economy to tackle the challenges of globalization.

## **6. WHAT WENT WRONG? BRAZIL RETROCEDES INTO PROTECTIONISM**

It is true that, despite the formal adherence to a set of typical Keynesian-like, Latin American developmentalist economic policies, Lula's two governments did not operated a full return to the worst aspects of the economic regime in place for many decades before Cardoso lead a conceptual revolution in the very heart of the Brazilian state. After promising to change everything – and creating the very crisis for which he accused his predecessor, telling about his "damned legacy" – Lula behave at least cautiously: privatizations were not reversed (albeit they were curtailed short), the intellectual property law granting patenting for previously excluded sectors was not abolished, neither were the many constitutional amendments by means of which most of the discrimination against foreign companies were eliminated; in short, neoliberalism was pursued, under new clothes.

But plenty of old and new devices were introduced to accomplish or strengthen some of the traditional obsessions of the "economic Left": the reintroduction of some type of market reserve for national companies; preeminence given, again, to the State companies, and the creation of new ones; a set of selective preferences in government procurement, based on an informal "national similarity law", including allowing for a 25% overprice for buying national; bureaucratic requirements of local content in high linkages productive branches; preservation of legal barriers to foreign investments in many sectors; a tentative limitation of land acquisition by foreigners; and an alternative foreign trade policy based on ideological sympathies towards narrowly defined "strategic partners", much more than in pragmatic considerations.

It is true, too, that Lula's administration did not surrendered to the worst instincts of that economic Left, such as the primitive protectionist devices of the import substitution era, the extensive currency and capital controls in practice for many decades before the 1990s, or an extensive manipulation of exchange rates; it also generally respected the autonomy – which does not

meant independence – of the monetary committee of the Central Bank in the management of interest rates and other exchange mechanisms. But it did nothing, conversely, to make advances in economic opening, to further trade liberalization or start real negotiations to achieve significant commercial agreements, besides a few totally irrelevant Mercosur preferential arrangements with a very limited number of partners. It must be clearly stated that it refrained from explicit protectionism normally preferred by the Left only because one of its priorities in foreign policy was the conclusion of the Doha Round of multilateral trade negotiations, in the framework of which it sought a Mercosur trade alliance with European Union; but there was no great enthusiasm to make greater concessions, including in new areas, as Lula government kept repeating the old mantra of “policy spaces for development policies”, which always represented an almost empty slogan.

Incidentally, the attraction of foreign direct investment, which was one of his constant appeals, was conceived much more as a means to create new domestic employment opportunities and to stimulate and increase the internal market, than as a full scope strategy to insert more vigorously the Brazilian economy in the globalization process. Mercosur, originally, was explicitly conceived with this objective in mind, but since Lula has been transformed in a political forum, voiding its true economic content.

Even the political offensive in South America, another of its priorities, was devised mainly to open new opportunities to big Brazilian companies in neighboring markets (with plenty of official financing coming at reduced rates from BNDES, the national development bank), instead of creating a truly integrated economic space in the region. By any means, the retrocession to economic nationalism, the state dirigisme and associated populist practices, in implementation by many of Lula’s “progressive” fellow presidents, is anything but conducive to real economic integration. Special preferences given to some “strategic partners” in the regional scenario (with the “Bolivarian states”, for instance) and in other continents (Russia and China, mainly, but also with some least commendable states, such as Iran) were devised and implemented with grand political objectives in view, beyond and aside more concrete national economic interests.

Albeit not resorting to the worst examples of “socialist” travails on the way in, and in the manner of,

Bolivarian countries, one country, Argentina, decided anyway to adopt a complete set of economic features which implied, in practice, many steps backwards towards the high times of import substitution industrialization and of protectionist policies of the 1960s and 70s. They were unleashed soon afterwards Nestor Kirchner started his presidency, in the middle of 2003, having already benefitted of the full political support from Lula in his campaign against the same Menem of “neoliberal” times. The first move by both presidents was an attempt to replace the well-known Washington Consensus – a practical guide for reform and adjustment in Latin American countries in ten big principles – by a so-called “Buenos Aires Consensus”: the document, negotiated almost secretly by radical Keynesians of both countries, before being approved by presidents in their first working summit, dispensed much more social receipts for a fair treatment of the poor people than prescribed macroeconomic or sectorial policies in substitution to the market recommendations of the original John Williamson synthesis. If they expected the new Consensus to be willingly adopted by other countries in South America, frustration was the sole response: only indifference gratified a bizarre search for an alternative to the hard realities of the market economy.

The conceptual framework under which the document was conceived offered, nevertheless, a basis for an overall dirigiste approach to economic policy, which was applied in Kirchner’s Argentina in a more consistent way than in Lula’s Brazil. It’s a fact that, from Kirchner (Nestor) to Kirchner (Cristina), Argentina went back many decades, in terms of macroeconomic and sectorial policies: starting with manipulating inflation indicators from 2007 up to our days – which finally prompted an official alert from the IMF – their governments gradually increased the array of interventionist measures in every sector of national economy: from abusive *retenciones* – that is, a levy on exports of grains, meat and other primary commodities – to the renationalization of foreign owned companies and economic pressure over non complying media vehicles, the two presidents exerted all types of government intrusion on private activities of companies and individuals. In a certain sense, Argentina was taken back to the 1960s’, as regards trade and investment policies, and perhaps to the 1930s’, as far as monetary and currency regimes are concerned; Brazil didn’t go, or is not (yet?) there.

Brazil started to adopt a vaguely similar economic model on the trade front only after Dilma Rousseff



became president, starting in 2011. But, in the meantime, Lula was highly tolerant towards the truly distorting protectionist devices that Argentina erected against imports in general, and to counter Brazilian exports in particular. In fact, Argentina was contradicting not only the letter and the spirit of Mercosur trade agreements – which commanded, in principle, a free trade zone among the four member countries, that should be in place since 1995 – but also opposing the very dispositions of the safeguards protocol of the Gatt system; in a word, Argentina was acting not only arbitrarily within Mercosur, but as well in an illegal and discriminatory manner in the context of the multilateral trade system administered by the WTO.

Indifferent to the fact that those abusive restrictions were hurting Brazilian industrialists – specially those of domestic utilities of the white line, and light industry in general – Lula adopted a passive posture when confronted with Argentinean protectionism in practice: the only argument was that Brazil showed a consistent surplus balance in the bilateral balance, and could, thus, display some kind of “generosity diplomacy”, giving Argentina a breathing space to reindustrialize the country after the 2001-2002 crisis. Argentina, struggling to resume normal economic life after the moratorium and the radical change in its monetary and exchange regimes, started to impose restrictions on external trade, that is, imports, even from its Mercosur partners.

First, Kirchner government tried to impose to Brazil a strictly balanced bilateral trade, allowing for compensations in case of exchange devaluation, quantitative limitations and other correction mechanisms; then, Brazil and Argentina agreed to establish some corrective mechanism of the bilateral commercial and financial imbalances. Sometime between 2004 and 2005, and after some squabble over the modalities of those compensating devices, the two countries implemented – not in the framework of Mercosur, which would be the more appropriate, but only bilaterally – a system to be designed as MAC, Mechanism of Competitive Adjustment, with the objective of legalizing the unilateral restrictions imposed by Argentina.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> It is relevant to clarify that, at the initial stages of the evaluation of Argentina’s proposal by the Brazilian government, the technical staff in Itamaraty – that is, its diplomatic corps engaged in integration affairs – was opposed to the mechanism of compensation suggested by Argentina, considering that its introduction was inconsistent with Mercosur rules, but the decision had already been taken,

In the end, even allowing for the resumption of bilateral trade and the normal increase in commercial and investment flows between the two countries after Argentina renewing with economic growth, a negative result of those restrictions was the relative decrease of the share of Mercosur in the total external exchanges of Brazil: from a high rate of almost 16% of its global foreign trade before the 1999 exchange crisis, intra-regional flows remained below 10% in the geographical Brazilian trade distribution, even with a progressive rise in volume and value (but always below the overall trade growth). Worse, with the growing inflation and exchange distortions cumulating in Argentina, its government started to multiply trade restrictions, which resulted in actual absolute decrease of Brazil’s exports to Argentina, the third major in importance (after China and the U.S., not counting the European Union as a bloc).

But those were concrete manifestations of the abusive trade restrictions taken unilaterally by Argentina, which could be considered, from a neutral standpoint, as unintended consequences of its adjustments to a post-crisis scenario. However, Brazil itself choose to implement its own trade restrictions, also renewing with old practices of the 1960s’ and 70s’. They were conceived, at first, to help the local automotive industry sustain the competition from cheaper vehicles imported from Asia, which were hurting the old local plants, mainly composed of American and European marks; it is true, also, that most of those industries are located near São Paulo, whose industrial suburbs are the core of metallurgical trade unions and of the workers central unions that were to be a basis for the creation of Lula’s Workers’ Party in 1980. The government imposed, starting in 2011, an extra-tax on imported vehicles not complying with a obviously abusive requirement of 60% local content, a decision which is clearly inconsistent with the WTO agreement on Trims (Trade related aspects of investment measures); again, it defined, afterwards, a policy to stimulate investments in the same area, which included many restrictive requirements regulated by Trims and other WTO agreements.

At the general level of trade policy, many new barriers were erected against imports of industrial competing manufactures according to a very used scenario: after complaints by entrepreneurs from exposed branches, the government invariably invoked some reason

politically, in the Presidency, to accept this bizarre scheme.

of high social impact – that is, unemployment – to adopt defensive measures, generally expressed in terms of tariff rises (but also antidumping). In the absence of fixes at Mercosur level – for instance, higher duties in the Common External Tariff – the products are included in a national exception list (which should be, in principle, temporary). In practice, taking into account the extension and variety of protectionist devices, it could be said that Brazilian government abandoned any perspective of finishing the Doha Round of multilateral trade negotiations.<sup>18</sup>

## 7. WHAT LIES AHEAD: A FORTRESS BRAZIL OR AN OPENING TO GLOBALIZATION?

In September 2013, a Brazilian diplomat, Roberto Azevedo, started as the new Director General of the WTO, after a tiresome campaign that led him to pay visits in every continent and to a vast number of member countries. This is simple a fact, being also facts that he received his many votes from the large majority of developing member countries and that he received less support, or scant votes, from the biggest trade partners, whose relative number is probably the inverse of their share of the world trade. But it is also a fact that developing countries, and some of the biggest trade players among them – such as China, the greatest importer and exporter in the world, together with Brazil, Russia, India, Indonesia, and many others – have today a larger participation in the world flows of goods than it was the case when WTO emerged, at the end of Uruguay Round.

The big question arising from those simple facts is to discern what his success in being chosen to lead an important organization as the WTO means for Brazil, as well as for the future of the multilateral trade? Having been the Brazilian representative in Geneva for the five previous years, and, before that, as the official responsible for trade negotiations in the Brazilian ministry of Foreign Affairs, Ambassador Azevedo was one of the most knowledgeable person about the Doha Round and the foreign trade policy of Brazil, having as such established his credentials as a fine negotiator and as a trustful person from the stand point of almost every

<sup>18</sup> Cf. RICUPERO, Rubens. A maior mudança da política externa. *Política externa*, v. 21, n. 3, p. 95-100, jan./mar. 2013.

one of the WTO members, including the advanced countries, that denied him their final votes.

No one, however, would deny his personal capacity and technical competence as a front line operator for Brazil during the agonizing phase of the Doha Round, from 2009 to our days. This is a fact, being also a fact that he was not among the policy makers behind the instructions he was receiving from Brasilia; those directives were taken at a higher decision level than was the case even when he was in charge of the multilateral economic affairs in the Itamaraty. There is another fact that one have to recognize that Itamaraty was no more the fulcrum of the decision making process in terms of trade policy, having being sideline from the center by people working at the two most important economic ministries: Finance and Foreign Trade.

It is clear, from what already has been said in the preceding sections, that Brazil became a, or returned to, a basic commodity exporter, which it was until the 1960s: much like its traditional concentration in a few primary commodities for centuries, until the industrialization drive of the middle 20<sup>th</sup> century, its trade balance became heavily dependent of five or six main agricultural products and iron ore. It is also clear that, policies and measures which could be supposed to have being abandoned since the 1990s, are back again, with a renewed impulse. Those are not the multilateral trading policies designed at Itamaraty, but a new set of guidelines arising from an little bunch of developmentalist Keynesians of the old style at the two other ministries.

Not that Itamaraty could be considered as a beacon of classical liberal thinking among the mercantilists; to the contrary: diplomats also share a distinct appreciation for developmentalist policies of the classical Cepalian kind, that is, Prebischian Keynesianism, albeit moderate and of a more sophisticated species. But they had to admit that ideological preferences of the new rulers were being tilted not towards Adam Smith, but in the direction of Friedrich List and Mihail Manoilescu.<sup>19</sup> In short, with the crisis of 2008-2009, and the

<sup>19</sup> Both well-known ideologues of the managed trade and of protectionism were always praised and much appreciated among and by economists, industrialists and decision makers in Brazil, since long; see ALMEIDA, Paulo R. Brazilian economic historiography: an essay on bibliographical synthesis. In: ANNUAL CONFERENCE OF THE ECONOMIC & BUSINESS HISTORICAL SOCIETY, 38., May 23-25, 2003, Baltimore, Maryland. *Historiografia econômica brasileira. Revista de Economia e Relações Internacionais*, v. 11, n. 21,

dim prospects of a successful conclusion of the Doha Round, together with the vanishing trade surpluses in Brazil's balance of payments, protectionism became the norm, not the exception. Irony of the ironies: the new (or renewed) condition of commodity specialization was construed at the same time that Lula's government declared very clearly its preference for a "strategic partnership" with China, which was supposed to establish a reciprocally beneficial relationship with Brazil (having become its first trading partner in 2009), including the full support of the Asian giant for the eternal Brazilian quest for a permanent chair in the UN Security Council. For the sake of its political coherence, Lula and Dilma administration never blamed China for any kind of disloyal trade, State subsidies or currency war, preferring to accuse both U.S. and EU of protectionism and "financial tsunami".

Having those facts into account, what could be future behavior of the new Director General of WTO?<sup>20</sup> To begin with, he will have to put in the agenda and tackle already made complaints by the most important trading partners of Brazil – U.S., EU and Japan, with the exception, for the moment, of China – against measures of trade and industrial policy which are unquestionably biased towards local companies, or national providers, discriminating against foreign suppliers, either by tariff devices or fiscal facilities conceded in connection with local content. Many of the defensive measures adopted in the last two years seems to violate the investment agreement (Trims) accepted by Brazil in the outcome of Uruguay Round and the creation of the WTO. Secondly, he has to balance his independence and neutrality as the General Director against the fact that he is also a relatively junior Ambassador who will probably return to his diplomatic career, after one or two mandates in the WTO management.

It is also almost an established fact that Brazil will continue to assist, in the foreseeable future, a progressive deterioration of its external position, which is surely to be reflected in growing transaction accounts deficits. Brazilian economy endures a standstill and persists in a quasi-stationary state, characterized by low growth rates and high inflation (in the average, the double of

other emerging countries); furthermore, its exporters lose competitiveness, abroad as well as in the internal market, and most of its entrepreneurs suffer from one of the most difficult business environment in the world, made of high taxation, bureaucratic entanglements, excessive State regulation, poor infrastructure, and many other negative features of its cartelized and over protected markets. If it was not for its high competitive agribusiness, and the relatively huge foreign currency reserves, the looming current transaction deficit might be already taken the format of a crisis.

In the absence of a courageous and serious attempt at structural reforms – which in any case would require some time to be effective – to improve productivity levels and give a new impetus to its weakening industrial basis, the most probable outcome of the current situation is a strengthening of the protectionist instincts of Dilma Rousseff's government and the continuation of its piece-meal approach to sectorial reforms, made of limited, partial and temporary tax reductions, together with credit largesse by the BNDES and extended financing by the official banks (which today are responsible for almost half of all financial borrowing in Brazil). The worsening fiscal situation will probably not facilitate the adoption of any huge horizontal program of innovation enhancement for the industry, and the initiatives at vertical stimulus to a selected chosen few of prospective "champions" at world level have already proved unsuccessful. The industrialists have also already perceived that limited tax reduction, modest currency devaluation and some official credits will not solve Brazilian structural problems; they will continue, then, to suggest "temporary" protection, more introversion towards internal market, and the negotiation of significant trade pacts to guarantee market access at targeted economies. But even that is showing uncertain or moderate alleviation from the current economic ills.

It seems improbable, then, that Brazil should take a decisive road towards globalization and a new economic opening, least of a radical departure from the economic ideology of its current leaders (or a fall in the tribulations of a new economic crisis). It is also unlikely the erection of a national commercial fortress, as Brazil has to abide to some existing rules of Mercosur and it can strengthen the economic ties in the South American context. But it is also true that Argentina and Venezuela are on the verge of serious domestic and external crises, and that the Pacific coast neighbors – namely Chile,

p. 5-21, jul. 2012.

<sup>20</sup> In an interview he gave shortly after being elected, Ambassador Azevedo stated very clearly his free trade credentials; Cf. AZEVEDO, Roberto. O novo guardião do livre mercado. *Veja*, n. 2322, May 22, 2013.

Peru, Colombia, not to mention Mexico, further North – are aggressively seeking expanded linkages, of commercial and investment types, with the whole Pacific basin. Even in its South American “chasse gardée”, China is making inroads of a multiple nature, which reduces a little more the maneuvering space of the Brazilian businessmen in the region. Incidentally, even initiatives that Brazil promoted in the recent past, in the wake of political enthusiasm with its “South-South diplomacy”, such as trade pacts among developing countries, have not yet received the signing of the presidency and the subsequent approval of the Congress; well, legislators will probably ax many tariff concessions in a growing range of endangered Brazilian industries.

Decidedly, times are not favorably for a bright Brazilian future in the new global economy, as it spent most of the last ten years surfing in the Chinese commodity bonanza, without taking the effort to reform and modernize its economic industrial basis or to run after trade pacts that could guarantee some market access and specialized niches in relevant countries. A probable evolution could be designed in the form of a continued erosion of its competitive position around the world, accompanied by an introspective posture that should reinforce the same traits that are being consolidated as defensive policies nowadays. Trade and industrial policies have always been devised and implemented as complementary tools in favor of the national sacred mission of industrialization. As the current national drama assumes the ugly feature of de-industrialization, Brazilian leaders will have to scrap old economic ideologies and start to thinking about structural reforms again. History is not kind with hesitant and dubitative leaders; decadence is not a better alternative.

[Hartford, May 14, 2013; revised: May 20]

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Marcelo de Paiva. *O Brasil e a economia mundial, 1930-1945*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- ALMEIDA, Paulo R. História do Mercosul (2): crise e perspectivas no século XXI, *Espaço da Sophia*, v. 5, n. 44, p. 143-170, oct./dec. 2011. Available at: <<http://www.espacodasophia.com.br/revista/>>.
- ALMEIDA, Paulo R. Brazilian economic historiography: an essay on bibliographical synthesis. In: ANNUAL CONFERENCE OF THE ECONOMIC & BUSINESS HISTORICAL SOCIETY, 38., May 23-25, 2003, Baltimore, Maryland. *Historiografia econômica brasileira. Revista de Economia e Relações Internacionais*, v. 11, n. 21, p. 5-21, jul. 2012.
- ALMEIDA, Paulo R. História do Mercosul: origens e desenvolvimento. *Espaço da Sophia*, v. 5, n. 43, p. 63-79, jul./sep. 2011.
- ALMEIDA, Paulo R. Never before seen in Brazil: Lula's grand diplomacy. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 53, n. 2, p. 160-177, 2010. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v53n2/09.pdf>>.
- ALMEIDA, Paulo R.: La diplomatie de Lula (2003-2010): une analyse des résultats. In: ROLLAND, Denis; LESSA, Antonio Carlos (Coord.). *Relations internationales du Brésil: les chemins de la puissance*. Paris: L'Harmattan, 2010. v. 1, p. 249-259. Available at: <<http://diplomattizzando.blogspot.com/2010/10/relations-internationales-du-bresil.html>>.
- ALMEIDA, Paulo R. Lula's foreign policy: regional and global strategies. In: BAER, Werner; LOVE, Joseph (Ed.). *Brazil under Lula*. New York: Palgrave-Macmillan, 2009. p. 167-183. Available at: <<http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1811BrForPolicyPalgrave2009.pdf>>.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Formação da diplomacia econômica no Brasil: as relações econômicas internacionais no Império*. 2. ed. São Paulo: Senac-SP, 2005.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1998.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações internacionais e política externa do Brasil: a diplomacia brasileira no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.
- AZEVEDO, Roberto. O novo guardião do livre mercado. *Veja*, n. 2322, May 22, 2013.
- BERGSMAN, Joel. *Brazil: industrialization and trade policies*. London: Oxford University Press, 1970.
- BETHELL, Leslie. The independence of Brazil. In: BETHELL, L. (Ed.). *Cambridge history of Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. v. 3.
- BAER, Werner. *The Brazilian economy: growth and development*. 6. ed. Lynne Rienner, 2007.



- CLEMENS, Michael; WILLIAMSON, Jeffrey. A tariff-growth paradox?: protection's impact the world around, 1875-1997. *NBER Working Paper*, Local, n. 8459, 2001. Annex: Import duties over imports, 35 countries, 1865-1950. Available at: <<http://www.nber.org/papers/w8459>>. Access: May 2, 2013.
- CLEMENS, Michael; WILLIAMSON, Jeffrey; BLATTMAN, Christopher. Who protected and why?: tariffs the world around 1870-1938. *Harvard Institute of Economic Research*, Discussion Paper n. 2010, jun. 2003 (available at: <<http://post.economics.harvard.edu/hier/2003papers/2003list.html>>. Access: May 2, 2013.
- FARIAS, Rogerio de Souza. *Industriais, economistas e diplomatas: o Brasil e as negociações comerciais multilaterais, 1946-1967*. 2012. Dissertation (Ph.D.)—Institute of International Relations, University of Brasília, Brasília, 2012.
- FRANCO, Gustavo. *O plano real e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1995.
- LEITÃO, Miriam. *Saga: a luta do povo brasileiro em defesa da sua moeda*. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- PRADO, Maria Clara R. M. do. *A real história do Real: uma radiografia da moeda que mudou o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- RICUPERO, Rubens. A maior mudança da política externa. *Política externa*, v. 21, n. 3, p. 95-100, jan./mar. 2013.
- TOPIK, Steven. *Political economy of the Brazilian State, 1889-1930*. Austin: University of Texas Press, 1987.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.
- VILLELA, Annibal Villanova; SUZIGAN, Wilson. *Política do governo e crescimento da economia brasileira, 1889-1945*. 2. ed. Rio de Janeiro: IPEA-INPES, 1975.
- WILCKEN, Patrick, *Empire adrift: the portuguese court in Rio de Janeiro, 1808-1821*. London: Bloomsbury, 2005.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Aspectos geopolíticos do GATT  
e da OMC**

**Geopolitical aspects of the Gatt  
and the WTO**

José Fontoura Costa

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW



José Fontoura Costa<sup>1</sup>**RESUMO**

O artigo discute o uso das teorias realistas das Relações Internacionais para compreender a história dos sistemas do GATT e da OMC, bem como um instrumento para estabelecer os possíveis cenários e estratégias da política exterior. Para alcançar tal objetivo, o texto apresenta as mudanças geopolíticas seguidas pelo desenvolvimento institucional do GATT e da OMC com vistas a identificar os limites e impulsos para o sistema multilateral de comércio devidos a considerações realistas. O artigo aponta para as preocupações estratégicas e de segurança como fortemente relacionadas com as decisões em matéria de relações econômicas internacionais e seu quadro institucional. Conclui-se que a análise realista e considerações estratégicas são e devem ser feitas para plasmar a política exterior nesse campo. Não há novos dados empíricos apresentados ou discutidos. Não obstante, a construção de um discurso que explica importantes decisões com referência à agenda de segurança dos Estados ajuda a estabelecer um quadro heurístico. Outros trabalhos podem relacionar decisões no campo do Direito internacional econômico a aspectos geopolíticos mediante entrevistas e análise documental, de maneira a auxiliar a compreensão da efetiva dinâmica das tomadas de decisões. A maior parte das discussões sobre as instituições do GATT ou da OMC se restringem a considerações de ordem jurídica ou econômica, como se não houvesse cenários estratégicos em questão. Portanto, o artigo ressalta o papel central de tal campo para estabelecer e implementar metas de política exterior.

**Palavras-chave:** GATT. OMC. Realismo. Institucionalização. Jurificação. Comércio internacional. Regimes internacionais.

**ABSTRACT**

The article discusses the use of realist theories of International Relations to understand the history of the GATT and WTO system as well as an instrument to set possible scenarios and strategies of foreign policy. To reach such objective the text presents the geopolitical changes followed by the institutional development of GATT and WTO in order to identify the constraints and impulses to the multilateral trade system due to realist considerations. The article points strategic and security concerns as strongly linked to decisions regarding international economic relations and its institutional framework. It follows that realistic analysis and strategic considerations are and shall be made to design the foreign policy in this field. There is no new empirical data presented or discussed. However, the construction of a discourse that explains important decisions with reference to the states security

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito de São Paulo (USP) e da Universidade Católica de Santos. Pesquisador produtividade do CNPq.

\* Recebido em 14/05/2012  
Aprovado em 22/05/2013

agenda does help to set a heuristic analysis reference charter. Further works that link decisions in the field of international economic law to geopolitical facts through interviews and documental analysis may help to understand the effective dynamics of decision-making. Most of discussions on GATT or WTO institutions use to be restricted to legal and economic considerations, as if there is no real strategic scenario at stake. Therefore, the article stresses the central role of such field to set and pursue foreign policy aims.

**Keywords:** GATT. WTO. Realism. Institutionalization. Legalization. International trad. International regimes.

## 1. INTRODUÇÃO

O surgimento da moderna teoria das relações internacionais é inseparável da reflexão política promovida pelo realismo e é quase impossível lidar com os seus pressupostos teóricos sem esbarrar em hipóteses realista. Assim, a avaliação e a análise de qualquer questão de política internacional ou externa devem passar, pelo menos desde Hans Morgenthau, pela atenção aos cenários traçados conforme os interesses em termos de poder.<sup>2</sup>

Portanto, o presente artigo discute a formação histórica das instituições internacionais que regulamentam o comércio entre os Estados projetando-as sobre os cenários realistas, compreendidos como aqueles em que o poder e as reflexões de caráter estratégico definem ou, pelo menos, limitam as ações políticas. Subjaz, decerto, a questão de se as instituições e regimes internacionais realmente importam ou se os tomadores de decisão sempre os desprezam. Nesse sentido, propõe-se que a necessidade de ter em conta as hipóteses e cenários realistas não elimina a possibilidade de institucionalizar ou jurificar aspectos das relações internacionais: há, entende-se, circunstâncias em que a regulação e o controle do comportamento produzem efeitos e condicionam a tomada de decisões. Em face de ameaças visíveis, porém, os pressupostos realistas tendem a predominar e as decisões estatais, ao fim e ao cabo, não podem ou devem estar desarticuladas das compreensões estratégicas e geopolíticas.

<sup>2</sup> MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações*. Brasília: EdUnB, IPRI; São Paulo: IOESP, 2003 [1948].

Observam-se, para a análise proposta, alguns momentos e movimentos históricos em que as políticas de defesa se articulam com as econômicas. Logo após a Segunda Guerra Mundial, o comércio era visto como um instrumento de garantir a estabilidade política nos Estados Unidos e na Europa Ocidental a partir da manutenção de padrões de vida elevados. Depois disso, as tensões entre capitalismo e comunismo possibilitam o afluxo da cooperação entre países do terceiro mundo, a qual está na raiz de alterações conceituais do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio (GATT) para favorecer os países mais pobres, mais recentes e menos estáveis. Quando caiu o Muro de Berlim, porém, as exigências desses países se debilitam e, por conseguinte, torna-se possível o aparecimento de uma Organização Mundial do Comércio (OMC) contra os interesses dos países em desenvolvimento. Por fim, avalia-se o contexto econômico e geopolítico atual, com ênfase nas incertezas decorrentes de uma profunda redefinição do papel da China nos cenários estratégico e econômico mundiais.

## 2. COMÉRCIO E SEGURANÇA

Se não em Yalta, pelo menos na Cúpula de Potsdam, antes do término da Guerra no Pacífico, as tensões entre EUA, Reino Unido (RU) e União Soviética (URSS) já se mostravam em vivas cores. Não obstante a percepção de que o conflito ideológico e o incremento das tensões entre as duas superpotências eram inevitáveis, tardaria uns poucos anos para se sedimentar. Com efeito, depois do Bloqueio de Berlim, ordenado por Stalin e que durou de junho de 1948 a maio de 1949, as esperanças de um ambiente internacional pacífico e cooperativo foram levadas embora pelos aviões da heróica ponte aérea.

A Segunda Guerra Mundial havia deixado profundos traumas e a relação de seu espocar com a crise econômica e a desorganização da economia mundial levaram a uma reflexão a respeito da necessidade de mecanismos estabilizadores, os quais se concentraram nas instituições de Bretton Woods.<sup>3</sup> Ao tema do comércio

<sup>3</sup> JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge (MA): MIT Press, 1997. JACKSON, John H. "The evolution of the world trading system: the legal and institutional context". In: BETHELEHEM, Daniel et al. (Org.). *The Oxford handbook of international trade law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.



internacional restava um papel menos prioritário.

O GATT nasce exatamente nesse contexto. Entre os 15 países que os Estados Unidos convidaram para negociar reduções tarifárias no final de 1945 estava a União Soviética,<sup>4</sup> cuja recusa em participar já dava mostras de que a profundidade das discrepâncias ideológicas e das pretensões estratégicas se estendia ao campo econômico. As Propostas para a Expansão do Comércio e Emprego Mundiais, feitas pelos Estados Unidos em novembro de 1945, representavam o resultado de negociações com o Reino Unido desde 1943 e acomodavam os interesses americanos de acesso a mercados aos interesses britânicos de manutenção das preferências imperiais. A política exterior de Roosevelt nunca deixou de buscar erodir o imperialismo britânico e, já na própria Carta do Atlântico, o acesso a recursos naturais e ao comércio surgia como um princípio (Artigo Quatro):

[Os aliados] irão envidar esforços, com o devido respeito às obrigações existentes, para facilitar o gozo por todos os Estados, grandes ou pequenos, vitoriosos ou derrotados, do acesso, em termos equitativos, ao comércio e às matérias-primas do mundo que sejam necessárias para sua prosperidade econômica.<sup>5</sup>

Os Estados Unidos, sendo o primeiro a fomentar o multilateralismo comercial, estavam originalmente mais preocupados com o estabelecimento de padrões de não discriminação, especialmente uma cláusula multilateral e automática de nação mais favorecida (NMF), do que com a redução de tarifas, a qual terminou por ser impulsionada pelo Reino Unido, como uma contrapartida à abertura de seu sistema colonial.<sup>6</sup>

É sob tais circunstâncias que o convite americano se estendeu a mais oito países<sup>7</sup> que, de abril a outubro de 1947,

reuniram-se em Genebra. Houve 123 grupos de negociação, que realizaram mais de mil reuniões, o que se chegou a denominar um “circo de três picadeiros”. Houve encontros para trabalhar na formulação da Organização Internacional do Comércio, para negociar reduções tarifárias e para estabelecer um código de conduta baseado no princípio da não discriminação e da NMF. Os resultados obtidos nas duas últimas matérias se consolidaram em um documento<sup>8</sup>: o GATT, aberto à assinatura em 30 de outubro de 1947.<sup>9</sup>

### 3. CAPITALISMO INCRUSTADO E NOVOS PAÍSES

Politicamente, o objetivo de um mecanismo multilateral de liberalização ia além da mera crença no mercado. A instabilidade interna que marcara as crises políticas que ocorreram no rescaldo da Primeira Guerra Mundial e voltaram a varrer a Europa com a crise anticíclica americana, simbolizada pela quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, era parte importante das preocupações do segundo pós-guerra. Assim, o GATT atenta aos efeitos internos da liberalização e às questões de bem-estar social para evitar qualquer desestabilização econômica que pudesse vir a repercutir na política, já que nas democracias ocidentais a sensibilidade aos temas econômicos é considerável.<sup>10</sup> Esses elementos de economia e política internas, que superam os limites da análise estrutural em Relações Internacionais, moldam as condições para o aparecimento do que John Ruggie denomina “capitalismo incrustado” (*embedded capitalism*), noção que ressalta a necessidade de sustentação política do sistema de mercado e, na outra via, a prosperidade gerada pela eficiência como condição da estabilidade política.<sup>11</sup>

em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min96\\_e/chrono.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/chrono.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2011.

<sup>8</sup> Conforme esclarece John Jackson, o documento foi propositalmente remodelado para que não fosse considerado uma organização e, portanto, ter de ser submetido ao Congresso americano, já que como acordo comercial poderia se beneficiar da autorização de 1945 para o governo negociar. JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge (MA): MIT Press, 1997.

<sup>9</sup> JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge (MA): MIT Press, 1997. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>10</sup> LIPSON, Charles. The transformations of trade: the sources and effects of regime change. In: KRASNER, Stephen D. (Org.) *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.

<sup>11</sup> RUGGIE, John G. International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order.

<sup>4</sup> Estes países foram África do Sul, Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Checoslováquia, China, Cuba, França, Holanda, Índia, Luxemburgo, Nova Zelândia, Reino Unido e União Soviética. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 25.

<sup>5</sup> A menos que indicado de modo diverso, as traduções são do autor.

<sup>6</sup> Reino Unido. GGIE, John G. International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order. In: KRASNER, Stephen D. (Org.) *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983. WINHAM, Gilbert R. “The evaluation of the world trading system: the economic and policy context”. In: BETHELEHEM, Daniel et al. (Org.) *The Oxford handbook of international trade law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>7</sup> Burma, Ceilão, Chile, Líbano, Noruega, Paquistão, Rodésia do Sul e Síria, que com os Estados Unidos e 14 dos convidados iniciais se converteram em membros originários do GATT. Lista disponível

Além de acomodar interesses americanos e europeus, o GATT também funcionou como mais uma cunha a forçar a ruptura dos laços coloniais, inclusive mediante o ingresso dos novos países. Logo, porém, o acirramento das tensões com a União Soviética e o início da Guerra Fria proporcionaram um maior alinhamento dos Estados Unidos com o Reino Unido, sem que se abandonasse o apoio à descolonização. Esse cenário atribuiu ao GATT uma nova função: fortalecer os laços dos países capitalistas, incrementando a interdependência e servindo como foro para distender as divergências em matéria comercial e econômica entre americanos e europeus.

A Guerra Fria tomava contornos globais e a disputa por zonas de influência se dava, também, nos territórios colonizados, dado o crescente apoio comunista a movimentos de libertação nacional. Do mesmo modo, as chamadas “guerras por procuração”, como a da Coreia (1950 a 1953), a do Vietnã (1957 a 1975), a Irã-Iraque (1980 a 1988) e a Soviético-afegã (1979 a 1989) serviam de campos de confronto para as superpotências que, em face da destruição mútua assegurada, mediam suas forças indiretamente e jamais se confrontaram em campo de batalha. Assim, a preocupação dos Estados Unidos em manter a força da Europa Ocidental se associou à necessidade de pôr atenção nas demandas dos novos países. O crescimento do número de Partes Contratantes do GATT é um dos fatos que indica essa tendência.

O número de Estados na ONU praticamente duplicou até o início dos anos 1960, indo dos 51 membros originários, em 1945, a 104 no final de 1961, passando a crescer em um ritmo menos acelerado até se estabilizar em um patamar de pouco menos de 160 ao longo dos anos 1980. A quase totalidade desses novos membros era composta por países em desenvolvimento, muitos recém saídos da condição colonial.

Assim, o campo para as disputas indiretas pelas zonas de influência aumentou significativamente desde o final da Segunda Guerra Mundial, em que o número de países ainda era relativamente baixo e a repartição feita em Potsdam parecia passível de ser mantida estável. Em face desse novo cenário, a abertura do GATT para novos membros não pode ser compreendida como um fenômeno que segue uma racionalidade exclusivamente econômica. A integração de novos países ao comércio internacional é também um instrumento de aproximação política e ideológica.

---

In: KRASNER, Stephen D. (Org.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.

Ingressar em um acordo de liberalização comercial demanda pressupostos a mais do que a condição de Estado amante da paz exigida pela ONU. Ainda assim, o GATT foi bastante ágil em voltar a reduzir a diferença em relação à ONU que, entre 1959 e 1962, saltou de 50 para 70, para a de 57 membros em 1963, no início da Rodada Kennedy, para em seguida manter um patamar abaixo de 60 até 1974. O salto no número de adesões em 1963 se deve, em parte, à existência de um mecanismo preferencial para as antigas colônias, que não necessitaram negociar uma agenda de diminuição tarifária, nos termos do Artigo XXXIII,<sup>12</sup> mas puderam aceitar as mesmas posições negociadas pela ex-metrópole, nos termos do Artigo XXVI, 4,<sup>13</sup> situação reconhecidamente menos dura do que a enfrentada por outros novos membros.<sup>14</sup>

O tema do desenvolvimento levou algum tempo até chegar ao GATT. As cinco primeiras Rodadas (Genebra, 1947; Anney, 1949; Torquay, 1950-1951, Genebra, 1955-1956 e Dillon, 1960-1962) trataram principalmente de reduções tarifárias e os eventos mais relevantes foram a entrada da República Federal Alemã, na Rodada Torquay, a sessão de revisão e a adesão japonesa na segunda Rodada de Genebra e a aceitação das Comunidades Europeias na Rodada Dillon. Os ventos, porém, começavam a mudar, com o recrudescimento da Guerra Fria e as crescentes tensões norte-sul.

---

<sup>12</sup> “ADESÕES: Todo Governo que não seja Parte Contratante no presente Acôrdo ou todo Governo que aja em nome de um território aduaneiro separado que goze de completa autonomia na execução de suas relações comerciais exteriores e nas demais questões tratadas no presente Acôrdo, poderá aderir ao presente Acôrdo em seu próprio nome ou em nome do citado território, nas condições que forem fixadas entre este Governo e as Partes Contratantes.” Para este e outros Artigos, texto brasileiro do Decreto 313/1948, Disponível em: <[http://www2.mrc.gov.br/dai/m\\_313\\_1948.htm](http://www2.mrc.gov.br/dai/m_313_1948.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2011.

<sup>13</sup> “ACEITAÇÃO, ENTRADA EM VIGOR E REGISTRO: 4. (...) Ademais, se um dos territórios aduaneiros em cujo nome uma parte contratante aceitou o presente Acôrdo possua ou adquira inteira autonomia na conduta de suas relações comerciais exteriores e nas demais matérias previstas no presente Acôrdo, esse território será considerado como uma Parte Contratante, como resultado do patrocínio, expresso através de uma declaração que certifique essa circunstância, da Parte Contratante responsável.”

<sup>14</sup> BARTON, John H. et al. *The evolution of the trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2006. JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge (MA): MIT Press, 1997. HOEKMAN, Bernard M; KOSTECKI, Michel M. *The political economy of the world trade system: the WTO and beyond*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Convertido o Japão em principal aliado dos Estados Unidos no Oriente, em face da expansão do comunismo, o seu ingresso no GATT, em 1955, não deixou de ter seus percalços. Como o país desenvolvia políticas industriais e comerciais agressivas, se não predatórias, fez-se uso abusivo da exceção do Artigo XXXV,<sup>15</sup> conforme a qual uma Parte Contratante poderia não estender suas obrigações no GATT a um novo aderente por razões políticas. Por ocasião da integração da economia nipônica ao clube que contava, até então, com trinta membros, quinze Estados, “[...] sem qualquer razão política para não estabelecer relações comerciais com o Japão [...] invocaram o Artigo XXXV para negar a aplicar aos produtos japoneses os benefícios de NMF.”<sup>16</sup>

Iniciada em 4 de maio de 1964, em Genebra, a Rodada Kennedy encontra um panorama bastante diverso do das anteriores. Se o Bloqueio de Berlim havia deixado a Guerra Fria às claras, em 1961, a cidade voltaria a ser palco de grandes tensões, com o ultimato de Krushchev para a saída das tropas ocidentais e a construção do muro. O ápice das tensões ainda estava por vir, em outubro de 1962, com a Crise dos Mísseis Cubanos. Ademais, o precedente da fracassada Invasão da Baía dos Porcos, o conflito no Vietnã e a deposição do General Kassem do governo do Iraque, para que o partido Baath, anticomunista, assumisse o poder, são outros eventos que marcaram os anos que antecederam a rodada.

A respeito do amor agridoce dos Estados Unidos em relação à CEE, cuja admissão se discutiu nessa rodada, deve-se ressaltar o predomínio das vantagens políticas da solução do problema da Alemanha combinada com o fortalecimento das democracias ocidentais sobre os eventuais prejuízos em termos de eficiência econômica. Como é bem sabido, “[...] o desvio de comércio piora a alocação internacional de recursos [...], reduz o bem-estar mediante o incremento de custos ou, alternativamente, a redução do ingresso mundial”,<sup>17</sup> mas seus efeitos são menos deletérios

em face de tarifas baixas e, de qualquer modo, encaixam-se bem na perspectiva de um liberalismo incrustado. Porém, as intenções americanas de dar mais do que receber estavam arrefecendo e a tônica da Rodada Kennedy seria a reciprocidade. Os Estados Unidos ofereciam benefícios desproporcionais “[...] para induzir as reduções multilaterais de tarifas e incorporar novos Estados no GATT”,<sup>18</sup> o que só se converteria na exigência de reciprocidade a partir da Rodada Kennedy.<sup>19</sup>

Mas se, por um lado, os fortalecimentos econômicos da Europa e do Japão davam, mediante sua estabilização interna, uma considerável margem de manobra para os Estados Unidos negociarem com maior vigor na seara comercial, por outro lado, a ação concertada dos países em desenvolvimento, politicamente instáveis, tomava corpo. Embora o tratamento especial tenha surgido na revisão do GATT de 1954 e 1955, a ruptura do consenso liberal ainda não figurava na ordem do dia. Quando foram interrogados temporariamente compromissos de redução tarifária para possibilitar o estabelecimento e fortalecimento da indústria nascente e para fins de equilíbrio da balança de pagamentos (Artigo XVIII, A e B) e autorizados alguns subsídios para exportação de bens industrializados (Artigo XVI), as alterações resultantes realçavam o caráter excepcional e temporário das medidas, como ajustes que iriam, com o aumento do comércio, desaparecendo paulatinamente.<sup>20</sup> Ainda não se percebia o subdesenvolvimento como estrutural.

#### 4. SOB A SOMBRA DO BILATERALISMO

A dificuldade de coordenação política entre países em desenvolvimento ocorreu porque após a Segunda Guerra Mundial os novos países, em uma primeira etapa, vincularam sua economia e seu comércio às antigas metrópoles e só depois assumiram como necessária a cooperação entre os países do sul.<sup>21</sup> Ainda na Rodada

<sup>15</sup> “1 – Sem prejuízo das disposições da alínea b do parágrafo 5 do artigo XXV ou das obrigações resultantes, para uma parte contratante, das disposições do parágrafo 1º do artigo XXIX, o presente Acórdão ou o artigo II do presente Acórdão não serão aplicáveis entre uma e outra parte contratante:

a) se as duas partes contratantes não entabularem negociações tarifárias entre elas, e

b) se uma ou outra das partes contratantes não consentir nessa aplicação, no momento em que se tornarem partes contratantes.”

<sup>16</sup> LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 36.

<sup>17</sup> CHACHOLIADES, Miltiades. *International economics*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1990. p. 229.

<sup>18</sup> LIPSON, Charles. The transformations of trade: the sources and effects of regime change. In: KRASNER, Stephen D. (Org.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983. p. 235.

<sup>19</sup> BARTON, John H et al. *The evolution of the trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2006. WINHAM, Gilbert R. The evaluation of the world trading system: the economic and policy context. In: BETHELEHEM, Daniel et al. (Org.). *The Oxford handbook of international trade law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

<sup>20</sup> HUDEC, Robert E. GATT and the developing countries. *Columbia Business Law Review*, New York, v. 1.992, n. 1, p. 67-80, 1992.

<sup>21</sup> NASSER, Rabih A. *A OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

Kennedy, a disputa por zonas de influência passava pela ajuda internacional aos novos países e as tensões norte-sul ainda se concentravam nas expropriações de investimentos estrangeiros e os padrões de compensação.<sup>22</sup>

As elevadas tensões políticas do período dessa rodada do GATT, assim, atribuíram à disputa por zonas de influência um peso excepcional. Conscientes da possibilidade de obter ganhos desproporcionais a seu poder efetivo e orientados por uma retórica de comunidade de interesses, os novos países demandaram benefícios persistentes. De uma perspectiva realista, portanto, as necessidades estratégicas estadunidenses se refletiram nas negociações comerciais, favorecendo o fortalecimento europeu e a cooptação dos países do Terceiro Mundo.

Ao final das contas, a Rodada Kennedy terminou por enfocar a metodologia e a extensão das concessões tarifárias europeias, com resultados menores do que os esperados, além de estabelecer um código antidumping de pouco alcance e um protocolo, natimorto, sobre a avaliação aduaneira estadunidense.<sup>23</sup> A participação dos países em desenvolvimento já se fazia sentir e a inclusão da Parte IV do GATT, Comércio e Desenvolvimento, apesar de seu caráter predominantemente exortatório, marca uma clara ruptura no princípio da não discriminação, fazendo surgir uma clara noção de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e admitindo teses do estruturalismo econômico. O GATT já não era um monumento monolítico erigido em honra do liberalismo com bem-estar social dos países industrializados.

As quedas de braços entre Estados Unidos e Comunidades Europeias, as demandas dos países em desenvolvimento e a agressividade das políticas industriais e comerciais asiáticas apontavam para uma ruptura do consenso ideológico e, portanto, para a necessidade da busca de soluções institucionais, que seria a tônica da Rodada Tóquio.

Em termos geopolíticos, o período dessa rodada experimentou uma distensão da Guerra Fria, marcada por negociações entre Estados Unidos e União Soviética, a visita de Nixon à China em 1972, o arrefecimento das guerras por procuração e a unificação do Vietnã

em 1975. Embora a Revolução Iraniana e a ocupação soviética do Afeganistão viessem a acirrar novamente as tensões, o fato é que a estagnação das economias americana e soviética redirecionou atenções. Nos Estados Unidos, o aumento dos gastos estatais e o esforço militar no Vietnã, combinados com as crises do petróleo de 1973 e 1979, reduziram o ritmo de crescimento e exerceram pressão inflacionária. No bloco soviético, apesar dos lucros petrolíferos, a estagnação econômica, particularmente no setor agrícola, ensejava preocupações. Nos novos países industrializados acelera-se o endividamento externo, principalmente a partir do mecanismo que ficou conhecido como a reciclagem dos petrodólares, acompanhado por uma redução do ritmo de crescimento.<sup>24</sup> A questão do desenvolvimento, acirrada pela escassez de capitais e pela necessidade de tomada de empréstimos privados, passou a ser discutida com maior intensidade na Rodada Tóquio.

Além disso, com a Revolução Iraniana, mitigou-se a percepção de que a prosperidade econômica é, necessariamente, sinônimo de estabilidade política. Como analisa Raymond Aron, a crença de que a estabilidade política é uma função direta do crescimento econômico não se confirmou em países de cultura diferente da ocidental, onde “[...] os protestos contra as dificuldades da existência urbana se misturavam com as saudades do tempo perdido ou com o reflorescer de crenças antigas violadas pela modernização”.<sup>25</sup>

Assim, o risco de crises políticas capazes de redirecionar as alianças de países periféricos se mostrava particularmente alto. Dadas as causas estruturais e institucionais de tal instabilidade, retomadas por Huntington para explicar a terceira onda de democratização,<sup>26</sup> reconhecer a diversidade de concepções e as possibilidades de resistência foi a consequência necessária do crescimento de tensões internacionais, de modo que a consideração do desenvolvimentismo como uma ideologia legítima – e não apenas uma tolice engendrada por maus economistas – entrou para a ordem do dia.

<sup>22</sup> COSTA, José A. F. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010. SCHRJIVER, Nico. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. SORNARAJAH, M. *The international law of foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>23</sup> JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge (MA): MIT Press, 1997.

<sup>24</sup> CHACHOLIADES, Miltiades. *International economics*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1990.

<sup>25</sup> ARON, Raymond. *Sobre Clausewitz*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2009. p. 113

<sup>26</sup> HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: democratization in the late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991. Sem embargo, o mesmo autor adota perspectiva pautada por um enfoque culturalista em HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations: remaking the world order*. Nova Iorque, Touchstone, 1997.



O poder de barganha dos países em desenvolvimento havia sido incrementado pelo maior número de Partes Contratantes e pela ameaça crível de que, sob a liderança soviética, eles sairiam em bloco do GATT para coordenar o comércio internacional desde a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD).<sup>27</sup> Além disso, em 1974, estabelecem-se os documentos da Nova Ordem Econômica Internacional (Noei),<sup>28</sup> adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) sem o consentimento dos países industrializados, que se caracterizaram como opositores persistentes, impedindo a formação de costume contra si.<sup>29</sup>

Se em 1968 já havia sido criado o Sistema Geral de Preferências e, em 1970, os *waivers*, a coesão que redundou nos documentos da Noei também provocou seus efeitos no GATT, de maneira que, entre os resultados da Rodada Tóquio, incluíram-se: (1) a Cláusula de Habilitação, que permite exceções especiais; e (2) algumas decisões que criaram privilégios, como o direito à proteção da indústria nascente e a inclusão em todos os Códigos de regras sobre desenvolvimento. Talvez o mais eloquente exemplo seja a extensão aos países subdesenvolvidos, mediante tratamento de NMF, dos códigos negociados em Tóquio, conforme destacam BARTON *et al.* ao narrar que, no fechamento da rodada, os funcionários americanos da área comercial não conseguiram apoio do Departamento de Estado para a criação do GATT-Plus, com os novos acordos sem NMF, já que se temia uma “[...] UNCTADização dos países em desenvolvimento num mundo bipolar”.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> HUDEC, Robert E. GATT and the developing countries. *Columbia Business Law Review*, New York, v. 1.992, n. 1, p. 67-80, 1992.

<sup>28</sup> São os principais documentos que compõem a face jurídica da Noei (ABELLÁN, Victoria. «La cooperación internacional en la solución de problemas de carácter económico y social». In: DIEZ DE VELASCO, Manuel (Org.). *Las organizaciones internacionales*. Madri: Tecnos, 2003. 13ª ed.; MELLO, Celso D. de A. *Curso de Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. II.): (1) Declaração para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional – Resolução AGNU 3.201 (S-VI), de maio de 1974; (2) Programa de Ação para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional – Resolução AGNU 3.202 (S-VI), de maio de 1974 e (3) Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados – Resolução AGNU 3.281 (XXIX), de dezembro de 1974.

<sup>29</sup> BROWNLEE, Ian. The methodological problems of international law and development. *Journal of African Law*. London, v. 26, n. 1, p. 8-11, 1982. NASSER, Rabih A. *A OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. SCHRJIVER, Nico. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

<sup>30</sup> BARTON, John H. et al. *The evolution of the trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO*. Princeton:

Princeton University Press, 2006.

Foram, portanto, significativas as vantagens obtidas pelos países em desenvolvimento estirados à sombra das tensões leste-oeste. Tais benefícios se deveram muito a questões geopolíticas e não estritamente econômicas, o que ressalta a necessidade de um tratamento realista como parâmetro de análise das relações internacionais manifestadas mediante institucionalização em áreas diversas da defesa.

## 5. DESENVOLVIMENTO, ESTAGNAÇÃO E (NEO) LIBERALISMO

Decerto, os anos 1980 viram, em escala internacional, o sucesso do projeto político neoliberal, em especial com os governos Thatcher e Reagan. Além de uma agenda interna de desregulamentação, reduções tarifárias e contínua erosão das conquistas sociais, a qual teve por objetivo devolver à elite econômica parte do poder que esta perdera com as transformações democráticas que reduziram seu controle direto e captura das instâncias estatais<sup>31</sup>, o projeto também tinha uma dimensão internacional, voltado a favorecer a liberalização comercial e a especialização internacional, com divisão do trabalho. Essas finalidades, associadas à contínua afirmação de uma globalização econômica liberal inevitável, marcariam a agenda de negociações da Rodada Uruguai.

Se, em setembro de 1986, o início da Rodada se deu em Punta del Este para simbolizar o compromisso com o desenvolvimento, considerando as dificuldades enfrentadas nos anos 1980 na crise de endividamento, seu final, com a constituição da OMC, em 1994, já divisava um panorama bastante diverso, resultante da queda do comunismo e das preocupações com a globalização.

Embora ainda longe do pico alcançado em 1962, as tensões entre Estados Unidos e União Soviética superavam as do final da Rodada Tóquio. Havia pouco da Revolução Iraniana e havia as guerras Irã-Iraque e Soviético-afegã. Apesar da *Glasnost* e da *Perestroika*, os ânimos seguiam acirrados. No entanto, a linha europeia parecia bastante estabilizada, assim como a situação no Extremo Oriente.

No início, era impossível prever a mudança da ordem internacional que se seguiria à queda do Muro de

Princeton University Press, 2006.

<sup>31</sup> HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Berlim e o fim da União Soviética. Os satélites da Europa Oriental, sem a ameaça de intervenções militares, libertaram-se em revoluções que, à exceção de umas poucas escaramuças, foram marcadas pelo suave toque do veludo. A dissolução da Federação Iugoslava, mais sangrenta e longa, já não foi uma guerra por procuração, mas uma guerra civil em que a presença multilateral da ONU buscou mitigar os efeitos maléficos.

A Rússia, reduzida a uma potência regional, perde peso estratégico. Suas tensões geopolíticas se deslocam para a Ásia Central, onde as presenças militares chinesa e estadunidense ensejam a disputa por influência. A Guerra do Golfo ainda seguia a metodologia do chamado *posse system*,<sup>32</sup> sem haver uma articulação tipicamente multilateral e, muito menos, orquestrada a partir do Conselho de Segurança da ONU. Discutia-se a existência de uma plena hegemonia americana ou um multilateralismo assimétrico, com predominância estratégica estadunidense.

Se a Agenda de Punta del Este era audaciosa, incluindo temas como serviços, propriedade intelectual, bens agrícolas, têxteis e regras sobre subsídios, muitos dos temas que interessavam aos países em desenvolvimento foram relegados a um segundo plano por ocasião do fechamento em Marraqueche, a 15 de abril de 1994. O relativo equilíbrio inicial entre os interesses dos diferentes grupos de países se havia desfeito, mas não como um resultado das negociações de uma diplomacia parlamentar econômica no seio da Rodada, mas da recomposição de forças em escala global, possibilitando que, pela primeira vez desde as Rodadas Dillon e Kennedy, os países centrais pudessem exercer livremente seu poder. A aliança atlântica, entre Estados Unidos e Comunidades Europeias, agia sem temer qualquer concorrência em face de um Terceiro Mundo desarticulado e sem alternativas.

Pouco menos de um ano depois da Queda do Muro de Berlim, em outubro de 1990, a aliança havia adotado o conceito de *single undertaking*, de modo que o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio (Trims) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Pro-

priedade Intelectual Relacionadas ao Comércio (Trips) foram consagrados, ao mesmo tempo em que se relegavam as discussões sobre produtos agrícolas e têxteis a um patamar secundário, o que possibilitou uma manobra concertada que não dava opção aos países em desenvolvimento.<sup>33</sup> A retirada da CE e dos Estados Unidos do GATT forçou a adesão desses Estados à OMC, já que ficar sem garantias de acesso aos mercados americano e europeu seria bem pior que aceitar as novas regras do jogo.<sup>34</sup>

Tal resultado não poderia ocorrer nas condições que marcaram a Guerra Fria. A OMC tem um sentido estratégico bastante diverso daquele do GATT, especialmente à medida que deixa de ser o palco do fortalecimento e da cooptação de aliados do bloco ocidental para se tornar efetivamente universal.

## 6. A OMC EM FACE DE NOVOS DESAFIOS

O sucesso da Rodada Uruguai pode ser explicado a partir do vácuo de poder que se seguiu à queda do sistema soviético, a qual deu maior liberdade aos negociadores comerciais. Não obstante, a utopia de uma *Pax Americana* duradoura, após o sucesso da transição europeia, desmoronaria a partir do 11 de setembro e do relativo insucesso da reconstrução institucional do Afeganistão e do Iraque. Isso levou a certo grau de dissenso realista, ensejando discussões sobre a redefinição do sistema internacional, o qual parece tender a uma multipolarização. Como aponta Fareed Zakaria, os Estados Unidos são a única superpotência, mas “[...] a multipolaridade não é um fenômeno binário [e] o mundo não continuará unipolar por décadas e, então, repentinamente, tornar-se multipolar do dia para a noite”<sup>35</sup> e em outras esferas, como a econômica e a cultural, já não existe predomínio americano.

As novas hipóteses variam da unimultipolaridade estratégica de Parag Khanna<sup>36</sup> à não polaridade enten-

<sup>32</sup> No velho oeste americano, o xerife reunia os bons cidadãos para ajudar a perseguir os bandidos, o que recebe o nome de *posse*. Por conseguinte, se denomina *posse system* a maneira *ad hoc* e não institucionalizada de arrematar aliados para intervenções militares internacionais.

<sup>33</sup> NASSER, Rabih A. *A OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

<sup>34</sup> BARTON, John H et al. *The evolution of the trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

<sup>35</sup> ZAKARIA, Fareed. The future of American power: how America can survive the rise of the rest. *Foreign affairs*, New York, v. 87, n. 3, p. 43, 2008.

<sup>36</sup> KHANNA, Parag. *O segundo mundo: impérios e influência na nova ordem global*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008.

dida por Richard Haass como “[...] um mundo dominado não mais por um, dois ou alguns poucos Estados, mas por dezenas de atores exercendo vários tipos de poder”,<sup>37</sup> passando ainda pelo choque de civilizações de Samuel Huntington,<sup>38</sup> e por modelos mais próximos do realismo clássico, como o da erosão da paz europeia<sup>39</sup> e o da ascensão da ameaça chinesa.<sup>40</sup>

Nesses cenários a China protagoniza papéis centrais, inclusive com sua adesão à OMC que, depois de 15 anos do início das tentativas, completou-se em 11 de dezembro de 2001, por decisão da Conferência de Ministros (WT/L/432).<sup>41</sup> Depois dessa data, o país quadruplicou as exportações e triplicou as importações, passando a representar cerca de 10% do comércio mundial, sendo que 45% de suas exportações são destinadas à Ásia e 21% aos Estados Unidos e à CE.<sup>42</sup> A longa duração e complexidade do processo se deveram a sentimentos contraditórios em relação à economia chinesa, capaz de oferecer manufaturas de baixo preço, enquanto também representa um mercado gigantesco para produtos e serviços. Por outro lado, a preocupação com a imposição dos critérios do Trips para coibir a pirataria também é significativa. Do ponto de vista da regulação econômica, é melhor incluir a China no sistema da OMC e evitar que esta atue como *free rider*.

Por outro lado, foi significativa a posição da China no fracasso das negociações da Rodada Doha em 2008, inclusive pelo seu caráter simbólico de marcar uma posição de liderança ao lado da Índia. Isso, entretanto, gera temores de ordem geopolítica em face da possível conversão de capacidade econômica em militar, o que é particularmente sensível quando se considera um país que detém tecnologia nuclear e aeroespacial. Em artigo de 1999, Gerald Segal destaca que a China tem armas nucleares apontadas para os Estados Unidos, rouba segredos militares americanos e faz exercícios de guerra que simulam ataques a posições estadunidenses na Coreia e Japão: não se deve fingir uma aliança estratégica

inexistente na prática. Ainda assim, a situação “[...] se parece menos com a União Soviética dos anos 1950 do que com o Iraque dos anos 1990: uma ameaça regional a interesses regionais, não um rival ideológico global”.<sup>43</sup>

Certamente muito precisas para o momento analisado, mas as preocupações de John Mearsheimer ou Richard Bernstein e Ross Munro,<sup>44</sup> entre outros, não parecem ser puramente paranoicas. Apesar dos esforços diplomáticos de aproximação da Rússia com Europa e Estados Unidos e da solução de questões territoriais com diversos países da Ásia Central,<sup>45</sup> a posição americana, depois de lutar três guerras (Japão, Coreia e Vietnã) na região para evitar a consolidação de algum país hegemônico, não tende a se inverter facilmente. A percepção americana da China, como adverte David Lampton, revela-se na visão daquela como vendedora e exportadora, mas não como potencial compradora e investidora, enquanto se subestima o poder intelectual, cultural e simbólico. A ênfase está, então, equivocada, pois são nos âmbitos econômico e intelectual que o poder chinês cresce mais rápido e os americanos estão “[...] jogando o jogo errado, no campo errado, com o time errado”.<sup>46</sup>

Essa percepção tríplice do poder (militar, econômico e cultural) não é estranha ao realismo, já que, pelo menos desde Morgenthau, esses elementos fazem parte do cálculo do poder estatal. A China, porém, não é apenas uma potência média regional, apesar da pouca capacidade convencional de extrapolar suas fronteiras e o caráter mais dissuasivo do que ofensivo do seu crescente poder nuclear. No final da primeira década do século XXI, a China continua a crescer e a preocupar. Apesar do aumento de tensões geopolíticas, deve-se atentar às observações de John Ikenberry, que admite a impossibilidade de deter o crescimento do poder chinês e a decadência da hegemonia americana, mas entende que a transição de poder dos Estados Unidos para a China pode ser pacífica e negociada, facilitando a adoção do próprio sistema ocidental para a nova ordem mundial.<sup>47</sup>

<sup>37</sup> HAASS, Richard N. The age of nonpolarity: what will follow U.S. dominance. *Foreign affairs*, New York, v. 87, n. 3, p. 44, 2008.

<sup>38</sup> HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations: remaking the world order*. Nova Iorque: Touchstone, 1997.

<sup>39</sup> KAGAN, Robert. *Do paraíso e do poder: os Estados Unidos e a Europa na nova ordem mundial*. São Paulo: Rocco, 2003.

<sup>40</sup> MEARSHEIMER, John J. *The tragedy of great powers politics*. Nova Iorque: W.W. Norton, 2001.

<sup>41</sup> Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/completeacc\\_e.htm#chn](http://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/completeacc_e.htm#chn)>. Acesso em: 20 jun. 2009.

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *International trade statistics 2008*. Genebra: OMC, 2008.

<sup>43</sup> SEGAL, Gerald. Does China matter. *Foreign affairs*, New York, v. 78, n. 5, 1999.

<sup>44</sup> BERNSTEIN, Richard; MUNRO, Ross H. The coming conflict with America. *Foreign Affairs*, New York, v. 76, n. 2, 1997.

<sup>45</sup> MEDEIROS, Evan S.; FRAVEL, M. Taylor. China's new diplomacy. *Foreign affairs*, v. 82, n. 6, 2003.

<sup>46</sup> LAMPTON, David M. The faces of chinese power. *Foreign affairs*, New York, v. 86, n. 1, 2007.

<sup>47</sup> IKENBERRY, G. John. The rise of China and the future of the West: can the liberal system survive? *Foreign Affairs*, New York, v. 87,

Assim, a integração da China à economia internacional pode ser vista como uma possível estratégia interdependentista de cooptação. Assim, não é razoável, nem factível, pretender evitar o crescimento do poder chinês a partir de restrições comerciais e econômicas. Por conseguinte, a adesão da China à OMC é consistente com as percepções realistas, mesmo que seja praticamente certa, senão já consumada, a conversão do Império do Meio em uma potência global.

Além disso, em 2012 e após quase duas décadas de negociações, a Rússia completou o processo de adesão à OMC. É certo que, apesar de uma estrutura política que inspira uma análise cuidadosa e elementos de dirigismo econômico que colocam em dúvida a situação de economia de mercado, espera-se um fortalecimento do comércio internacional a partir do crescimento das importações a serem pagas com o superávit decorrente das vendas internacionais de petróleo e gás.

Do ponto de vista estratégico, o afrouxamento das tensões com os Estados Unidos e a Europa, associado ao marcado retrocesso de conquistas territoriais que colocam a Rússia mais longe das pretensões históricas de controlar a saída do Mar Negro e os Bálcãs, reaviva tensões asiáticas e, particularmente, a vizinhança incômoda da China. É, ainda, uma incógnita qual será o desenvolvimento de suas relações comerciais e econômicas, mas, até o presente, possíveis laços de interdependência econômica parecem mais robustos entre os chineses e seus parceiros ocidentais do que com os russos, cujas principais relações se dão, evidentemente, com os importadores europeus de seus recursos naturais. Assim, faz sentido considerar que tensões estratégicas entre China e Rússia venham a mitigar as possibilidades de cooperação econômica, sobretudo daquela mediada por transferência de tecnologia e investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Houve, portanto, não apenas um considerável aumento do número de Membros da OMC, mas o ingresso de grandes e importantes economias pode ter tornado as negociações mais difíceis e a possibilidade de se conquistar novamente o sucesso das rodadas de negociação parecem mais distantes. Não que um conjunto mais amplo e variado de participantes prejudique a possibilidade de gerar consensos e obter resultados, pois, conforme Barbara Koremenos<sup>48</sup>, quanto mais agudo o proble-

ma distributivo, maior a tendência a abranger âmbitos temáticos mais amplos, o que possibilita transações e concessões cruzadas entre diferentes áreas. Entretanto, a dinâmica de formação de grupos de interesses, homóloga à de coalizões parlamentares, tende a ser pouco estável e com elevados custos para a formação em sistemas nos quais o alinhamento de interesses tende a ser episódico e as tentações de traição constantes, como é o caso de sistemas multipartidários<sup>49</sup>, como o brasileiro. Sem papéis claros de “países em desenvolvimento” e “países desenvolvidos” e na ausência de uma ideologia claramente dominante, tanto a barganha entre grupos contrapostos quanto a formação de novos consensos se torna mais difícil.

A existência de um novo cenário estratégico mundial, no qual várias posições estão pouco definidas, tampouco vem em auxílio das negociações. Postas fora da OMC e, apesar da crescente importância das Nações Unidas e seu Conselho de Segurança, sem um âmbito multilateral de negociação, as tensões geopolíticas podem dificultar a formação de grupos de interesses coesos, bem como de facilitar os planos econômicos de um possível rival militar. Assim, a possibilidade de sucesso das negociações comerciais e econômicas multilaterais parece cada dia mais distante.

## 7. A NECESSIDADE DA PERSPECTIVA REALISTA

A formação e os primeiros anos do GATT fazem sentido como instrumento de fortalecimento das alianças entre as democracias ocidentais, ao mesmo tempo em que, mediante a cláusula multilateral de NMF, desferem o *coup de grâce* nas preferências britânicas. Mediante a flexibilidade e a sensibilidade aos desequilíbrios internos, conservava a coesão política dos Estados e reduzia os riscos de conflito. O livre comércio garantia o acesso a matérias-primas estratégicas para o setor de defesa, reduzindo os atritos entre os países da Organização do Tratado do Atlântico Norte – o que foi fortalecido pela criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

Mais adiante, o realismo preveria a adaptação do regime econômico às necessidades estratégicas premen-

n. 1, 2008.

<sup>48</sup> KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan.

The Rational Design of International Institutions. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *The Rational Design of International Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>49</sup> HEYWOOD, Andrew. *Politics*. 4. ed. Basingstoke: Palgrave, 2013.



tes. Com a Guerra Fria em seu ápice, não seria racional que os Estados Unidos recrudescessem as tensões com os países europeus ocidentais e deixassem de favorecer políticas coesivas, inclusive no que dizia respeito à questão alemã, favorecendo a aceitação da CEE no GATT. O Japão também foi admitido, de modo a fortalecer os seus vínculos com as políticas ocidentais. Por outro lado, a cooptação dos novos países, todos em desenvolvimento, promovida mediante ajuda financeira associada à assistência técnica e ao auxílio imediato de iniciativas como a Aliança para o Progresso e a *Peace Corps*, foi estendida ao âmbito comercial, com o parcial sacrifício do multilateralismo.

Da perspectiva realista, portanto, é corroborada a tese de que as instituições pouco importam, senão como um instrumento auxiliar de política exterior. O multilateralismo não discriminatório já havia servido a seu objetivo original – ajudar a desbaratar o Império Britânico e a fortalecer a presença americana em áreas de tensão e conflito – e devia, portanto, ser flexibilizado para aceitar novos países e acomodar os interesses econômicos. Contrariando a tese do equilíbrio hegemônico, conforme a qual as instituições internacionais são criadas e mantidas apenas como um discurso jurídico que espelha os interesses de uma potência claramente dominante,<sup>50</sup> a possibilidade de estabelecer consensos em termos de interesses em um âmbito de negociação multilateral pode ser considerada um instrumento da *Realpolitik* ou, pelo menos, como não contrastante com seus objetivos.

Caído o Muro de Berlim, o predomínio dos Estados Unidos, com a colaboração das CE, possibilitou a difusão de padrões de comércio internacional para os países em transição, sem necessidade de novas concessões aos

em desenvolvimento. A ausência de uma tensão estratégica global, apesar de inúmeras tensões regionais, abriu o espaço de manobra suficiente para que os negociadores comerciais americanos e europeus forçassem o final da Rodada Uruguai, de maneira a favorecer seus interesses.

Atualmente, quando não há uma posição acadêmica única sobre a configuração estrutural do poder, a OMC cumpre o importante papel de fomentar a prosperidade e a interdependência resultantes do incremento dos fluxos comerciais. O caráter multifacetado do poder e a consciência da conversibilidade, em médio prazo, de condições econômicas e culturais em vantagens estratégicas, apontam para a necessidade de negociar com a China para facilitar seu integral ingresso em uma ordem internacional originalmente talhada por artesãos ocidentais, mas cuja abertura – que, pelo menos em parte, decorreu da necessidade americana de expandir geograficamente o alcance do GATT nos anos 1950 e 1960 – pode conduzir a uma redefinição pacífica das posições de poder.

Nada disso, porém, invalida os axiomas realistas e em situações extremas, nas quais as questões estratégicas ganham vulto e os Estados se percebem militarmente ameaçados, a prevalência dos objetivos estratégicos retorna à tona. Nenhum Estado ignora essa realidade e, mesmo que diga o contrário, deve manter a atenção necessária às questões do equilíbrio do poder. Mesmo que se busque um distanciamento desse pessimismo fundamental, conforme o qual os fantasmas do conflito rondam as mais harmoniosas moradas, a realidade é persistente em resistir a uma visão cândida.

Portanto, confundir a análise realista com a adoção pura e simples da hipótese de institucionalização baseada no equilíbrio hegemônico é tratar a corrente fundadora das Relações Internacionais de maneira superficial. Para compreender as conformações institucionais e organizacionais é mister ter em conta as questões geopolíticas e, para tanto, o princípio dos interesses em termos de poder de Hans Morgenthau e a análise estrutural de Kenneth Waltz<sup>51</sup> continuam sendo instrumentos preciosos. Aquele que perde essa dimensão, mesmo que desenvolvendo um discurso sofisticado, corre o risco da inocência idealista. Avaliar os cenários estratégicos e compreender as possíveis ações estatais de maximização

<sup>50</sup> Hipótese surgida em KINDLEBERGER, Charles P. *The world in depression: 1929-1939*. Berkeley: University of California Press, 1973. Para sua discussão, veja-se também BALDWIN, David A. Neoliberalism, neorealism, and world politics. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Neorealism and neoliberalism: the contemporary debate*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993; GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José A. F. *Governança Global e Regimes Internacionais*, São Paulo: Almedina, 2011; HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTMER, Volker. *Theories of international regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997; KEOHANE, Robert O. *After Hegemony: cooperation and discourse in the world political economy*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2005; KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In KRASNER, Stephen D. (Org.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983; OYE, Kenneth A. Explaining cooperation under anarchy: hypotheses and strategies. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Cooperation under anarchy*. Princeton: Princeton University Press, 1986.

<sup>51</sup> WALTZ, Kenneth N. *Teoria das relações internacionais*. Lisboa: Gradiva, 2002.

do poder, portanto, é necessário para traçar um pano de fundo adequado a outros níveis de análise, como os propostos pelo neoliberalismo institucionalista ou pelo próprio construtivismo, já que os limites impostos pela segurança do Estado estarão presentes, pelo menos, por muito tempo.

## 8. CONCLUSÃO

A análise proposta no presente artigo sugere, a partir do estudo do desenvolvimento das instituições do GATT e da OMC, que a dimensão geopolítica das relações internacionais é de fundamental importância para a compreensão do sucesso e das transformações pelas quais as Organizações Internacionais passam. Por conseguinte, afirma-se que as tentativas teóricas de reduzir sua dinâmica a quaisquer aspectos que desprezem a importância dos interesses estatais em termos de poder e sua centralidade tendem a produzir leituras enviesadas e insuficientes para explicar os fenômenos internacionais.

No momento em que a escolha de um latino americano para a função de Diretor Geral da OMC, o diplomata brasileiro Roberto Carvalho de Azevêdo, faz soprar novos ventos de esperança, as dificuldades são de proporção hercúlea. Em primeiro lugar, as resistentes crises americana e europeia são um evidente óbice à maior abertura dos mercados e internacionalização de regras e padrões que possam representar qualquer redução da capacidade nacional de propor e implementar políticas sociais. Ao mesmo tempo, a já identificada dificuldade de alinhar interesses e generalizar consensos a partir de posições muito diversas de economias muito relevantes tende a facilitar a ação de filibusteiros e oportunistas, congelando o progresso. Por fim, havendo identificado o provável empastelamento das negociações multilaterais, alguns atores centrais no comércio internacional passaram a adotar estratégias marcadas pela expansão de acordos bilaterais, setoriais e regionais, os quais têm uma abrangência temática mais ampla – aproveitando-se das concessões cruzadas – e são arquitetados para não se chocarem com o sistema multilateral, seja pela incidência da exceção do Artigo XXIV do GATT ou pelas preferências garantidas a países em desenvolvimento.

Não obstante as enormes dificuldades já detectadas, a situação geoestratégica também representa limites importantes às possíveis alternativas para a OMC. A

recente crise, não completamente resolvida, da Coreia do Norte e as tensões referentes aos possíveis projetos bélicos iranianos não indicam, exatamente, condições de paz e tranquilidade para a Ásia oriental e central, de modo a envolver, exatamente, as duas potências – militares e econômicas – que ingressaram recentemente no sistema multilateral de comércio. Além disso, para quase completar os BRIC, as históricas tensões envolvendo Índia e Paquistão tampouco apontam para uma tranquilidade digna de monges budistas.

Historicamente, a cooperação econômica sempre recua quando há interesses estratégicos em jogo. Os motivos para identificar um tampão econômico no presente, um tempo em que a globalização festejada há pouco mais de dez anos parece estar estagnada ou regredindo, não parecem ser suficientes para gerar uma crença na existência de laços econômicos e sociais tão vigorosos que tornariam os conflitos tão custosos a ponto de garantir a paz.

A euforia neoliberal de um suposto fim da história durou pouco, apesar de haver ajudado a desemperrar algumas negociações que já pareciam fadadas ao fracasso, como a da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e a própria OMC. Hoje, a ausência de um cenário geopolítico claro, como o que existia no período da Guerra Fria e do equilíbrio pelo terror, inspira tensões, dúvidas e ambiguidades que nem ajudam a levar todos os problemas a uma mesa aberta de negociações, nem a suplantar os interesses e medos pela esperança de bem estar econômico. Nesse sentido, infelizmente, a estagnação da OMC parece receber considerável apoio do âmbito estratégico.

## REFERÊNCIAS

- ARON, Raymond. *Sobre Clausewitz*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2009.
- BALDWIN, David A. Neoliberalism, neorealism, and world politics. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Neorealism and neoliberalism: the contemporary debate*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.
- BARTON, John H. et al. *The evolution of the trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BERNSTEIN, Richard; MUNRO, Ross H. The coming conflict with America. *Foreign Affairs*, New York, v. 76, n. 2, 1997.

- BROWNLIE, Ian. The methodological problems of international law and development. *Journal of African Law*, London, v. 26, n. 1, p. 8-11, 1982.
- CHACHOLIADES, Miltiades. *International economics*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1990.
- COSTA, José A. F. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.
- GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José A. F. *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011.
- HAASS, Richard N. The age of nonpolarity: what will follow U.S. dominance. *Foreign affairs*, New York, v. 87, n. 3, 2008.
- HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter and RITTBERGER, Volker. *Theories of international regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- HEYWOOD, Andrew. *Politics*. 4. ed. Basingstoke: Palgrave, 2013.
- HOEKMAN, Bernard M; KOSTECKI, Michel M. *The political economy of the world trade system: the WTO and beyond*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- HUDEC, Robert E. GATT and the developing countries. *Columbia Business Law Review*, New York, v. 1.992, n. 1, p. 67-80, 1992.
- HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations: remaking the world order*. Nova Iorque: Touchstone, 1997.
- HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: democratization in the late Twentieth Century*. University of Oklahoma Press, 1991.
- IKENBERRY, G. John. The rise of China and the future of the West: can the liberal system survive? *Foreign Affairs*, New York, v. 87, n. 1, 2008.
- JACKSON, John H. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. Cambridge, MA: MIT Press, 1997.
- JACKSON, John H. The evolution of the world trading system: the legal and institutional context. In: BETHLEHEM, Daniel et al. (Org.). *The Oxford handbook of international trade law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- KAGAN, Robert. *Do paraíso e do poder: os Estados Unidos e a Europa na nova ordem mundial*. São Paulo: Rocco, 2003.
- KEOHANE, Robert O. *After Hegemony: cooperation and discourse in the world political economy*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- KHANNA, Parag. *O segundo mundo: impérios e influência na nova ordem global*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008.
- KINDLEBERGER, Charles P. *The world in depression: 1929-1939*. Berkeley: University of California Press, 1973.
- KOREMENOS, Barbara; LIPSON, Charles; SNIDAL, Duncan. The Rational Design of International Institutions. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *The Rational Design of International Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *International Regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- LAMPTON, David M. "The faces of chinese power". *Foreign affairs*, New York, v. 86, n. 1, 2007.
- LIPSON, Charles. The transformations of trade: the sources and effects of regime change. In: KRASNER, Stephen D. (Org.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MEARSHEIMER, John J. *The tragedy of great powers politics*. Nova Iorque: W.W. Norton, 2001.
- MEDEIROS, Evan S.; FRAVEL, M. Taylor. China's new diplomacy. *Foreign affairs*, New York, v. 82, n. 6, 2003.
- MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações*. Brasília: EdUnB, IPRI; São Paulo: IOESP, 2003 [1948].
- NASSER, Rabih A. *A OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *International trade statistics 2008*. Genebra: OMC, 2008.
- OYE, Kenneth A. Explaining cooperation under anarchy: hypotheses and strategies. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Cooperation under anarchy*. Princeton: Princeton University Press, 1986.

- RUGGIE, John G. International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order. In: KRASNER, Stephen D. (Org.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- SCHRJIVER, Nico. *Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- SEGAL, Gerald. Does China matter. *Foreign affairs*, New York, v. 78, n. 5, 1999.
- SORNARAJAH, M. *The international law of foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- WALTZ, Kenneth N. *Teoria das relações internacionais*. Lisboa: Gradiva, 2002
- WINHAM, Gilbert R. The evaluation of the world trading system: the economic and policy context. In: BETHELEHEM, Daniel (Org.). *The Oxford handbook of international trade law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ZAKARIA, Fareed. The future of American power: how America can survive the rise of the rest. *Foreign affairs*, New York, v. 87, n. 3, 2008.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente**

**The international regulation of agricultural subsidies: the contemporaneity of the realistic paradigm for the understanding of the current international agricultural tradesystem.**

Natália Fernanda Gomes

# **A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente**

**The international regulation of agricultural subsidies: the contemporaneity of the realistic paradigm for the understanding of the current international agricultural tradesystem.\***

Natália Fernanda Gomes<sup>1</sup>

## **RESUMO**

Considerando os efeitos perversos que a concessão indiscriminada de subsídios pelos países centrais pode causar aos países em desenvolvimento e, ainda, que a regulação internacional existente sobre o tema não foi capaz de solucionar esse problema, o presente artigo científico busca analisar, a partir dos preceitos estabelecidos pelo paradigma realista das relações internacionais, as forças de poder atuantes e os interesses dos Estados subjacentes às negociações internacionais estabelecidas para regular o setor agrícola. Por meio de levantamento bibliográfico e a partir da análise crítica e histórica da legislação internacional existente sobre a concessão de subsídios agrícolas, o presente estudo demonstra o predomínio das nações centrais, mormente dos Estados Unidos da América e da União Europeia, nos deslindes do regramento internacional vigente, o qual terminou por consolidar os interesses internos desses países, mesmo quando em detrimento de outras nações. Destinado aos estudiosos de relações internacionais e de direito internacional, o presente trabalho é original e se demonstra salutar para a compreensão não apenas das normas existentes para regular a concessão de subsídios agrícolas pelos países, mas também das forças de poder atuantes na formação da regulação vigente, de modo a demonstrar a contemporaneidade dos preceitos estabelecidos pelo paradigma realista das relações internacionais para a compreensão do sistema internacional como um todo.

**Palavras-chave:** Subsídios agrícolas. Paradigma realista das relações internacionais. Organização Mundial do Comércio. Acordo sobre agricultura. Acordo sobre medidas compensatórias. Desenvolvimento.

## **ABSTRACT**

Considering the perverse effects that the indiscriminate granting of subsidies by the central countries may cause to developing ones, and that the existing international regulation on the subject has not been able to solve this problem, this paper seeks to analyze, from the precepts established by the realistic paradigm of international relations, the forces and the interests of the States

<sup>1</sup> Especialista em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e mestranda em Direito Agrário pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Email: nataliagomesadv@gmail.com

\* Recebido em 17/10/2012  
Aprovado em 03/02/2013



underlied in the international negotiations established to regulate the agricultural sector. Through bibliographical survey and from a historical and critical analysis of the existing international legislation on agricultural subsidies, the present study demonstrates the predominance of the central nations, especially the United States of America and the European Union, in the established international laws, which ended up consolidating the internal interests of these countries, even in detriment of other nations. Intended for scholars of international relations and international law, the present work is original and able to help the understanding not only of the existing regulations about the granting of agricultural subsidies by countries, but also of the powers active in the formation of the current regulation, being able to demonstrate the contemporaneity of the precepts established by the realistic paradigm of international relations for the understanding of the current international system as a whole.

**Keywords:** Agricultural subsidies. Realistic paradigm of the international relations. World trade organisation. Agreement on agriculture. Agreement on subsidies and countervailing measures. Development.

## 1. INTRODUÇÃO

A concessão de subsídios agrícolas, em situações específicas e em níveis razoáveis, pode ser justificada sob a perspectiva do aumento do bem-estar social, podendo ser legitimamente utilizada pelos Estados como forma de investimento em infraestrutura, tecnologia e transporte, de promoção do desenvolvimento rural e regional, de redistribuição de renda e, ainda, de proteção do meio ambiente. Por isso, todos os países, em maiores ou menores graus, subsidiam suas produções agrícolas.<sup>2</sup>

Contudo, no atual contexto de integração dos mercados propiciado pela globalização econômica mundial, os mecanismos internos governamentais de política

agrícola podem produzir efeitos no comércio internacional, atingindo terceiros países.

Assim, dependendo da quantidade de recursos alocados, do tamanho da economia que os concede e do setor beneficiado, os subsídios distorcem os preços, alteram a quantidade de produtos produzidos e consumidos, realocam recursos e privilegiam determinados grupos em detrimento de outros, causando distorções comerciais que extrapolam o âmbito interno e atingem as relações estabelecidas multilateralmente.

Isso decorre do fato de que, tais medidas, mesmo quando direcionadas à produção interna, dependendo de seu vulto, propiciam a formação de excedentes exportáveis a preços abaixo do custo de produção que, uma vez no mercado internacional, diminuem a competitividade dos produtores não subsidiados.

Como os países em vias de desenvolvimento geralmente subsidiam seu setor agrícola em níveis muito inferiores aos realizados pelos países desenvolvidos, essas políticas podem ter, em longo prazo, efeitos perversos à sua soberania alimentar e ao seu crescimento econômico e agroindustrial, constituindo obstáculos ao desenvolvimento, precisamente no setor em que possuem vantagens comparativas de produção.

Nesse sentido, estudos da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), desenvolvidos junto à Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), apontam que os subsídios fornecidos pelos países desenvolvidos estariam associados ao aumento das importações de alimentos pelos países em desenvolvimento e à diminuição da produção agrícola interna.<sup>3</sup>

Em função disso, países tradicionalmente exportadores de alimento, como a República do Gana, teriam se tornado, nos últimos 20 anos, dependentes exclusivamente da importação de alimentos subsidiados.<sup>4</sup>

Nesse mesmo sentido, o Banco Mundial estima que os subsídios fornecidos pelos países desenvolvidos ao setor agrícola custam aos produtores dos países em vias de desenvolvimento mais de US\$30 bilhões por ano e

<sup>2</sup> Nesse sentido, estudos desenvolvidos pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OECD) apontam que, no período entre 2009 e 2011, o país com o menor nível de subsídio ao setor agrícola foi a Nova Zelândia (1% da renda agrícola), seguido da Austrália (3%) e do Chile (4%). Nos EUA, o percentual de subsídio aplicado sobe para 9% da renda agrícola, 16% no Canadá e 20% nos países que compõem a União Europeia. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Agricultural policies in OECD countries and emerging economies*. OECD Publishing, 2011.

<sup>3</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Addressing the global food crises: key trade, investment and commodity policies in ensuring sustainable food security and alleviating poverty*. New York and Geneva, 2008.

<sup>4</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The 2008 food price crises: rethinking food security policies*. *G24 Discussion Paper Series*, 2009.

que, se todos esses subsídios fossem extirpados, o setor teria lucro anual adicional de cerca de U\$ 250 bilhões, dos quais quase U\$150 bilhões seriam provenientes de países em desenvolvimento.<sup>5</sup>

Trata-se de um tema controverso que envolve contraposições internas entre os interesses de pequenos e grandes agricultores ao mesmo tempo em que envolve interesses distintos entre países centrais e periféricos.

Por isso, a regulação internacional do setor agrícola representa um desafio às negociações multilaterais, estando a limitação à concessão de subsídios agrícolas pelos países no núcleo dos principais impasses da atualidade acerca da regulação do comércio agrícola internacional.

De fato, trata-se de um dos temas centrais das atuais discussões travadas no âmbito da Rodada Doha da Organização Mundial do Comércio (OMC) e sobre o qual o consenso entre os países, a fim de alcançar maior liberalização do setor agrícola, torna-se cada vez mais difícil de ser alcançado.

O embate se trava essencialmente entre os países desenvolvidos, em especial os Estados Unidos da América (EUA) e os países da União Europeia (UE) cujas tradicionais políticas agrícolas intervencionistas se consubstanciam na concessão indiscriminada de subsídios ao setor agrícola, e os países em desenvolvimento, especialmente aqueles que compõem os BRICS<sup>6</sup> (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), os quais consideram os subsídios fornecidos pelos países centrais desleais por distorcerem os preços e as condições de concorrência no comércio agrícola internacional e, por isso, pleiteiam a extirpação deles do sistema.

<sup>5</sup> FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Subsidies, food imports and tariffs: key issues for developing countries*. 2003. Disponível em: <<http://www.fao.org/english/newsroom/focus/2003/wto2.htm>>. Acesso em: 16 out. 2012.

<sup>6</sup> A sigla, que foi criada pelo banco Goldman Sachs em 2001 como “Bric” para se referir ao bloco de países com economias emergentes – formado por Brasil, Rússia, Índia e China – capaz de influenciar decisivamente nas esferas política e econômica mundiais, passou a incluir a África do Sul em 2011, tornando-se “Brics”, também conhecida como “os cinco grandes”. Depois de cunhada, a sigla passou a ser amplamente utilizada como um símbolo de mudança no poder econômico global, em contraposição ao grupo dos países desenvolvidos e, embora ainda não se trate de um bloco econômico ou uma associação de comércio formal, os países que o compõem buscam alianças e estratégias conjuntas para tentar converter seu crescimento econômico em maior influência geopolítica.

Em que pese, a partir da década de 1990, ter-se buscado, em nível internacional, a regulação do setor agrícola a fim de minar as distorções existentes no mercado e suas consequências, esse processo regulatório não foi capaz de estabelecer um sistema de comércio agrícola justo e orientado pelo mercado, que proporcione progressivas e substanciais reduções nas formas de apoio, para corrigir e prevenir distorções no mercado agrícola global.<sup>7</sup>

Pelo contrário, os acordos, iniciados no âmbito da OMC pelo Acordo sobre Agricultura (ASA)<sup>8</sup> e pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC),<sup>9</sup> são apontados por estudiosos<sup>10</sup> como mecanismos que, embora tenham representado um avanço na regulamentação internacional do setor, possuem lacunas e permitem exceções que acomodam as práticas distorcíveis presentes nas políticas agrícolas dos EUA e da UE ou dificultam a apuração e o controle dessas práticas.

A acomodação das práticas distorcíveis das nações centrais por esses acordos, principalmente das já praticadas pelos EUA e UE, foi fruto do predomínio desses países na condução e no progresso das negociações travadas durante a Rodada Uruguai.

Vislumbra-se, então, a ocorrência de uma evidente desconexão entre a retórica liberal desses países e suas ações, especialmente no que tange ao setor agrícola, no qual o nível de apoio oferecido se mantém elevado apesar dos compromissos firmados.

Nesse sentido, por exemplo, no que tange aos EUA, observa-se que, após a ratificação do ASMC e do ASA, o montante do apoio interno concedido ao setor agrícola quase triplicou de 1995 a 2001, passando de um valor aproximado de US\$7,7 bilhões, em 1995, para pouco mais de US\$ 21 bilhões, em 2001.<sup>11</sup> Esse montante, ape-

<sup>7</sup> Objetivos lançados no ASA, presentes nos Recitais dois e três do acordo. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on agriculture*. 1995. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/14-ag.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2012.

<sup>8</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on agriculture*. 1995. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/14-ag.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2012.

<sup>9</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on subsidies and countervailing measures*. 1995. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2012.

<sup>10</sup> Dentre os quais: DANTAS, Adriana. *Subsídios agrícolas: regulação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>11</sup> FIGUEIREDO, Adelson Martins et al. Impacto dos subsídios agrícolas dos Estados Unidos na expansão do agronegócio brasileiro. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 40, 2010.



sar de ter sofrido modestas variações em períodos específicos, continua a aumentar.

De fato, a magnitude dos subsídios fornecidos pelos EUA é tão expressiva que o Congresso norte-americano já teria, inclusive, reconhecido que o custo total de produção de determinadas *commodities* poderia ser coberto apenas com os subsídios fornecidos pelo governo americano.<sup>12</sup>

Há, portanto, um cenário no qual os países centrais se portam de modo ambivalente, defendendo a liberalização comercial apenas nos setores e nas medidas que lhes convém, e no qual os interesses de alguns países são defendidos internacionalmente em detrimento dos demais, por mais graves que possam ser as consequências porventura advindas dessas ações.

Para auxiliar a compreensão desse cenário, recorreremos, neste trabalho, aos preceitos estabelecidos pelo paradigma realista e por suas derivações para fundamentar a compreensão da realidade internacional.

Tais preceitos, embora inicialmente elaborados após a Segunda Guerra Mundial para a compreensão do sistema internacional que se formava, estabelecem princípios e elementos que ainda se demonstram presentes nas relações estabelecidas atualmente entre os países no âmbito global, fornecendo elementos que nos auxiliarão na compreensão do sistema internacional vigente e das forças de poder nele atuantes.

O paradigma realista não compreende, contudo, uma única versão. Abrange desde seus teóricos tradicionais, como Edward Carr em sua obra “Vinte Anos de Crise” e Hans Morgenthau em seu clássico “A Política entre as Nações”, todos fortemente marcados pela perspectiva de divisão bipolar mundial vigente durante o período de Guerra Fria, até as versões mais modernas que enquadram na análise as novas variáveis econômicas que surgiram no cenário internacional após a queda do muro de Berlim, como as defendidas pelos autores Joseph Nye Júnior e Robert Keohane.

Todas essas perspectivas teóricas, entretanto, de forma mais ou menos acentuada, apresentam características gerais e premissas comuns acerca do funcionamento do sistema internacional que podem ser destacadas para caracterizar o paradigma realista como um todo.

<sup>12</sup> DANTAS, Adriana. *Subsídios agrícolas: regulação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 168.

Tais elementos fundamentais e gerais da teoria realista serão, em um primeiro momento, objeto de análise do presente trabalho.

Analizadas as características e a forma como o paradigma realista retrata o sistema internacional, buscar-se-á analisar as forças de poder atuantes e os interesses subjacentes à regulação internacional existente sobre subsídios agrícolas.

Posteriormente, serão correlacionados os principais pontos do paradigma realista com as negociações internacionais firmadas no âmbito multilateral para formação da regulação existente acerca dos subsídios agrícolas.

Verificar-se-á, então, se o paradigma realista das relações internacionais ainda se demonstra adequado para a compreensão das relações estabelecidas pelos Estados na elaboração das normas internacionais vigentes.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Noções elementares do paradigma realista das relações internacionais

A teoria realista das relações internacionais surgiu no século XX, visando criar um arcabouço teórico capaz de compreender a realidade internacional que surgia no contexto imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, na qual a formação de dois blocos econômicos antagônicos e rivais e a constante ameaça de guerra atômica colocavam em xeque as possibilidades de se alcançar a paz mundial, nos termos até então defendidos pelos teóricos idealistas.<sup>13</sup>

Fortemente inspirado nos pensamentos do filósofo inglês Thomas Hobbes,<sup>14</sup> o realismo construiu seus preceitos a partir da noção hobbesiana de que os ho-

<sup>13</sup> Até então considerados correntes dominantes na compreensão das relações internacionais, os teóricos idealistas, inspirados em Kant, acreditavam na perfectibilidade humana e defendiam a possibilidade de haver paz entre as nações por meio da cooperação entre Estados e do aperfeiçoamento das instituições internacionais. GONÇALVES, Williams. *Relações internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 17.

<sup>14</sup> Motivo pelo qual é também conhecido pela denominação de “Paradigma Hobbesiano das Relações Internacionais”. GONÇALVES, Williams. *Relações internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 31.

mens, no estado de natureza, qual seja, em um ambiente no qual inexistente autoridade superior capaz de impor e implementar regras de convivência, vivem em uma situação de conflito permanente, na qual todos disputam pelo acúmulo de poder e cada um se torna responsável pela própria preservação, em um jogo de “soma zero”, no qual os recursos disponíveis são escassos e não compartilháveis, o que ocasiona permanente disputa.<sup>15</sup> Tal estado permanente de guerra “de todos contra todos” só poderia ser revertido, possibilitando a convivência humana, caso os indivíduos se submetessem, por um pacto social, a um governo forte e capaz de controlar as tendências destrutivas humanas.<sup>16</sup>

Esse cenário hobbesiano foi transposto pelos autores realistas para o contexto global, estabelecendo paralelos entre o estado de natureza e o sistema internacional vigente, uma vez que nele não existe um governo central ou uma autoridade suprema acima dos próprios Estados.

Desse modo, o sistema internacional é caracterizado como anárquico, contendo múltiplos Estados soberanos que buscam satisfazer seus próprios interesses, agindo livremente para fazer o que desejam.

Nesse ambiente de anarquia, os Estados se portam politicamente como os indivíduos retratados por Hobbes, ou seja, egoisticamente e movidos predominantemente pela busca da satisfação de seus próprios interesses, e não por noções morais, éticas, religiosas ou ditas universais.<sup>17</sup>

Assim, o Estado é apresentado como um agente internacional unitário e racional, que representa seus nacionais, buscando maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas, na satisfação de seus próprios interesses, no cenário internacional.<sup>18</sup>

A liberdade geral que os Estados possuem de agir na busca de seus interesses, mesmo quando em detrimento dos demais Estados, cria constante desconfiança entre as nações e um ambiente internacional hostil, no qual há um estado permanente de conflito ou disputa por poder que faz com que os Estados busquem meios para sua permanência no sistema ou, em alusão a Hobbes, meios para “garantir a sua própria sobrevivência”.<sup>19</sup>

A liberdade de agir é limitada apenas pela capacidade dos outros Estados, ou seja, pelas relações de poder estabelecidas frente aos demais. Essas relações de poder garantem a dominação do Estado mais forte sobre o mais fraco e justificam a formação de alianças entre Estados para garantir hegemonia, poder ou a própria segurança.

O direito e as organizações internacionais, criadas e mantidas pelos Estados, para os realistas, demonstram-se pouco eficazes em reverter essa dinâmica de poder e dominação, pois suas ações refletem as relações de poder já estabelecidas e os interesses dos Estados dominantes.

Vale frisar que, embora para a teoria realista tradicional de Carr e Morgenthau a noção de poder dos Estados se baseasse, mormente, à sua capacidade militar-estratégica e bélica, essa noção foi ampliada, pelos neorealistas, para incluir as variáveis econômicas, que também permitem relações de poder e dominação.

Nesse sentido, autores como Joseph Nye Jr. e Keohane atualizaram a teoria realista retratando o aspecto econômico como uma verdadeira expressão de poder, por ser um recurso político eficaz, mais até mesmo do que a capacidade militar, para garantir a dominação dos Estados sobre os demais e a própria permanência hegemônica deles no sistema.

Assim, pode-se compreender que as relações de poder, travadas no âmbito militar ou econômico, em um cenário no qual há um natural antagonismo entre os Estados, criam uma ordem internacional momentânea e precária, baseada em um cálculo de vantagens e interesses que pode ser quebrado a qualquer momento.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> LACERDA, Gustavo Biscaia de. Algumas teorias das relações internacionais: realismo, idealismo e grocianismo. *Revista Intersaberes*, v.1, n.1, 2006, p. 59. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/intersaberes/index.php/revista/article/view/87>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

<sup>16</sup> SILVA, Marcos Valle Machado da. O Leviatã de Thomas Hobbes como base para o entendimento do paradigma realista das relações internacionais. *Revista Iuminart, Sertãozinho*, v. 1, n.6, 1984, p. 108.

<sup>17</sup> Reinhold Niebuhr (1892 – 1971), em sua obra “Moral Man and Immoral Society”, considera hipócritas e pouco eficientes as políticas externas executadas a partir de princípios morais universais. No mesmo sentido: MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações*. Trad. Oswaldo Biato. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

<sup>18</sup> ROSAS, Geraldine M. M. B. Hobbes versus Locke: a contribuição do estado de natureza para as perspectivas realista e pluralista das relações internacionais. *Revista e-Civitas*, v. 2, n. 1, 2009.

Disponível em: <<http://revistas2.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/25>>. Acesso em: 7 ago. 2012.

<sup>19</sup> ROSAS, Geraldine M. M. B. Hobbes versus Locke: a contribuição do estado de natureza para as perspectivas realista e pluralista das relações internacionais. *Revista e-Civitas*, v. 2, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revistas2.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/25>>. Acesso em: 7 ago. 2012. p. 08.

<sup>20</sup> BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. As relações internacionais no pensamento de Thomas Hobbes. *Revista Philosophos*, Goiânia, v. 14, n.

Esse ambiente instável culmina em problemas de governabilidade que são contornados, segundo os realistas, de forma sintética, por três princípios que regem o sistema internacional, quais sejam: a oligarquia, a hierarquia e o equilíbrio entre poderes.<sup>21</sup>

A oligarquia se refere à multiplicidade de atores existentes no cenário internacional, cada qual com poderes e capacidades variadas, dos quais poucos, efetivamente, possuem poder de decisão política. Assim, apenas poucos Estados são capazes de decidir como todo o sistema internacional funcionará.

Há, então, uma hierarquia na relação entre as nações, na qual, quanto mais poder possuir um país, maior seu potencial de decisão autônoma e de controle e comando sobre os demais.

Originam, daí, vários níveis de comando e de poder no sistema internacional, em um sistema complexo piramidal, em que os Estados mais poderosos podem decidir de forma autônoma, conforme seus interesses internos, e impor suas decisões às nações mais fracas.

Contudo, entre países com o mesmo nível hierárquico existe certo equilíbrio de poder, estabelecido por meio de alianças, de modo que todas as potências mantenham alguma paridade de capacidade de decisão autônoma, que neutralizariam entre si seu potencial crescente de dominação sobre as demais nações mais fracas.

A dinâmica de poder do sistema, advinda desses três princípios básicos, garantiria governabilidade ao sistema internacional, estando o direito ou as organizações internacionais, inclusive, submetidos a essa dinâmica, razão pela qual, para os realistas, esses institutos têm pouca eficácia prática para determinação de mudanças no ambiente internacional.

Nesse sentido, as organizações e as regulações internacionais existentes seriam criadas para garantir as relações de poder já estabelecidas, submeter os países mais frágeis aos interesses das nações mais poderosas e legitimar ações que privilegiam o grupo mais forte em detrimento dos demais.

1, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/10034#UBkzVILgzso>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

<sup>21</sup> LACERDA, Gustavo Biscaia de. Algumas teorias das relações internacionais: realismo, idealismo e grocianismo. *Revista Intersaberes*, v.1, n.1, 2006. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/intersaberes/index.php/revista/article/view/87>>. Acesso em: 07 ago. 2012. p. 61.

## 2.2 As forças de poder e os interesses subjacentes à regulação multilateral existente acerca dos subsídios agrícolas

Ao término da Segunda Guerra Mundial, as principais nações mundiais decidiram impulsionar e regular suas relações econômicas internacionais com o objetivo de propiciar maior interação entre os povos e diminuir os problemas econômicos que poderiam influir nessas relações, garantindo assim alguma perspectiva de paz entre as nações.

Nesse contexto, foi criado em 1947, durante as negociações tarifárias da Rodada de Genebra, um conjunto de normas e concessões tarifárias que passou a ser denominado Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

Embora tenham sido criados, originalmente, para constituir um foro de negociações e de conciliação de práticas comerciais internacionais, os termos de aprovação do GATT sofreram forte influência dos EUA, cujo apoio era fundamental, no momento histórico do pós-guerra, para a efetividade e a própria existência de qualquer acordo comercial.

Nesse contexto, os EUA determinaram a regulação da ordem comercial mundial que se consolidava “[...] apenas ao que lhes afigurava como prioritário, ou seja, a conquista de novos mercados para garantir a vazão da sua produção, superaquecida pelo esforço de guerra, e evitar uma nova fase recessiva”.<sup>22</sup>

A liberalização comercial prevista nesse acordo não foi estendida, contudo, ao setor agrícola. De fato, o setor foi excepcionado de todas as rodadas de negociações que compuseram o GATT, inclusive do Código de Subsídios firmado na Rodada Tóquio especificamente para regular a concessão de subsídios pelos Estados.

Em que pese a busca dos países periféricos por negociações que estendessem a regulação comercial ao setor agrícola, inclusive no que tange à concessão de subsídios, os primeiros passos estabelecidos internacionalmente, nesse sentido, ocorreram apenas em 1994, na Rodada Uruguai, com a instituição da OMC e a concomitante assinatura do ASMC e do ASA.

<sup>22</sup> MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 76.

O ASMC e o ASA, no entanto, apesar de representarem um avanço na regulamentação internacional do setor, abrigam lacunas e permitem exceções que acomodam práticas distorcivas praticadas pelas nações centrais ou dificultam a apuração e controle dessas práticas.

A acomodação de práticas distorcivas, principalmente das já praticadas pelos EUA e pela UE, foi fruto do predomínio desses países na condução e no progresso das negociações travadas, na qual os seus aceites foram claramente condicionados à acomodação de seus interesses internos aos compromissos multilaterais que surgiam.

Nesse sentido, Adriana Dantas destaca que: “Verificou-se, na prática, que os pontos mais sensíveis foram solucionados de forma bilateral (entre EUA e UE) e, depois, estendidos às demais partes envolvidas na negociação, os futuros membros da OMC”.<sup>23</sup>

A evidente desconexão entre a retórica liberal desses países, as suas ações e os seus interesses em influenciar os deslindes do regramento internacional, no que tange ao setor agrícola, decorrem do fato de que, apesar de os países em desenvolvimento possuírem maior dependência econômica com relação às atividades agrícolas, o setor é efetivamente dominado no mercado internacional pelas nações desenvolvidas, sendo a UE e os EUA não apenas os principais exportadores mundiais no setor, mas também os maiores subsidiadores mundiais de suas produções.<sup>24</sup>

Consistindo em um primeiro esforço de regulamentação internacional do setor agrícola, o ASMC e o ASA não baniram a concessão de subsídios pelos Estados, reconhecendo a existência de medidas de apoio oferecidas pelos governos que devem ser toleradas, por promoverem o aumento do bem-estar social ou garantirem certo nível de segurança às políticas comerciais das nações.

Contudo, nem todas as medidas excepcionadas e lacunas existentes nesses acordos podem ser justificadas sob esses parâmetros, como será demonstrado a seguir. Vislumbra-se, ao contrário, que muitas das exceções foram estabelecidas para acomodar práticas que beneficiam os países centrais, direta ou indiretamente.

A começar pela definição de subsídios acordada no ASMC, que é a primeira e a única definição multilateral existente sobre o tema, a qual caracteriza os subsídios como uma forma de intervenção governamental na atividade econômica, pela transferência de recursos para produtores ou consumidores específicos, com o objetivo de garantir ou suplementar renda, de reduzir custos e riscos de produção, ou de assegurar pagamentos.

Analisando esse conceito, vislumbra-se que os subsídios, para serem cobertos pela regulação da OMC, devem atender simultaneamente a quatro requisitos, quais sejam: serem medidas que constituam uma contribuição financeira ou que sustentem a renda do produtor ou o preço da produção, serem direta ou indiretamente financiados por um Governo, entidade pública ou, ainda, por uma entidade particular exercendo funções tipicamente governamentais, conferirem um benefício competitivo e, ainda, serem direcionados a um setor, empresa ou atividade específicos.

Essa definição, embora abrangente, revela-se insuficiente para alcançar todos os tipos possíveis de subsídios, deixando em aberto algumas possibilidades de práticas estatais de caráter intervencionista.

Dentre essas possibilidades, destacam-se as políticas omissivas (*policy failure*), como nos casos de deliberada omissão governamental em impor requisitos ambientais para o desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, as quais não são tratadas como subsídios pelo referido acordo, mas podem efetivamente funcionar como tais.<sup>25</sup>

Por outro lado, ao trazer o requisito da especificidade, o ASMC restringe o âmbito de atuação da OMC, pois excepciona de seu regramento os subsídios não específicos, ou seja, aqueles que não são direcionados a uma atividade, empresa ou setor específicos.

Esse requisito prejudica os países mais pobres, cujas baixas poupanças privadas e pequenas economias conduzem o ônus de investir na produção aos próprios Estados e não ao setor privado. Esses governos, diante da insuficiência de recursos para investir em setores amplos, acabam tendo que estabelecer algum critério seletivo e direcionar seus investimentos a setores específicos, atuação que pode, por sua especificidade e caráter go-

<sup>23</sup> DANTAS, Adriana. *Subsídios agrícolas: regulação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.65.

<sup>24</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Agricultural policies in OECD countries and emerging economies*. OECD Publishing, 2011.

<sup>25</sup> MOLKE, Konrad Von. *Negotiating subsidy reduction in the world trade organization*. Winnipeg: IISD, 2003. Disponível em: <[http://www.iisd.org/pdf/2003/trade\\_cancun\\_research\\_paper.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_cancun_research_paper.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2012.



vernamental, ser atingida e restringida pelo regramento multilateral.<sup>26</sup>

As críticas, contudo, não repousam apenas nessa restrição do objeto do acordo que, quando não beneficia as nações centrais, também não atua favoravelmente às nações periféricas.

De fato, o disciplinamento da especificidade dos subsídios estabelecida pelo ASMC é bastante similar à definição legal previamente existente sobre o tema na lei sobre medidas compensatórias estadunidenses.<sup>27</sup> Esse fato reflete a relutância que países centrais apresentam nas negociações internacionais em serem signatários de regramentos que estejam em desacordo com suas leis nacionais.

Tal postura é problemática, pois não apenas pode se traduzir como uma vantagem comparativa a favor dos EUA, como também demonstra a forte influência desse país no desfecho dos acordos firmados e na interpretação dos temas nele regulados. Nos dizeres de Molke:

É geralmente problemático quando a lei internacional segue a lei doméstica muito proximamente, e o GATT/OMC tem sido influenciado com frequência pelas leis e práticas estadunidenses. O país em questão passa a usufruir de uma vantagem imediata na implementação (da medida regulada). Ele desfruta de vantagens na interpretação em razão de seus especialistas estarem mais familiarizados com o texto. Essa prática também sugere aos decisores políticos do país em questão que todos os outros países devam interpretar o texto da mesma maneira que eles o interpretam em suas relações multilaterais e unilaterais. Ainda que cada país deva adaptar o texto internacional dentro de seu próprio sistema político, legal e administrativo [...], a tendência é que siga a doutrina legal norte-americana existente [...]<sup>28</sup> (tradução nossa).

<sup>26</sup> MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 123.

<sup>27</sup> MOLKE, Konrad Von. *Negotiating subsidy reduction in the world trade organization*. Winnipeg: IISD, 2003. Disponível em: <[http://www.iisd.org/pdf/2003/trade\\_cancun\\_research\\_paper.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_cancun_research_paper.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2012. p. 07.

<sup>28</sup> “It is generally problematic when an international text follows domestic Law of a single country too closely, but the GATT/WTO has often been influenced by U.S. Law and practice. The country in question enjoys immediate advantage in implementation. It enjoys a further advantage in interpretation by virtue of the fact that its experts are more familiar with the text. Such a practice also suggests to policy-makers of the country in question that all other countries should read the texts in the same manner as they implement them multi-unilaterally. Yet each country must adapt international legal texts into its own political, legal and administrative systems, with the

A primazia dos interesses dos países centrais também é percebida no regime de controle da concessão de subsídios estabelecido pelo ASMC e pelo ASA, restando consolidada nesses acordos uma clara assimetria entre a regulação aplicável aos produtos agrícolas e aos bens industriais.

Enquanto o ASMC proíbe, em qualquer circunstância para o setor industrial, os subsídios destinados a financiar o desempenho exportador, otimizando-lhe os resultados, ou o produtor, pelo uso preferencial do produto de origem nacional em detrimento do produto estrangeiro,<sup>29</sup> visando coibir a concessão pelos Estados de subsídios que interfiram diretamente no desempenho exportador dos países; essa completa restrição não foi estendida ao setor agrícola, no qual todo subsídio, inclusive os direcionados à exportação ou à substituição das importações, é permitido até certo limite, estabelecido no ASA.

Desse modo, são proibidos apenas os subsídios à exportação que não estejam explicitamente consolidados nas listas de compromissos individuais constantes no ASA, sendo autorizada a concessão de todas as medidas consolidadas, nos níveis estabelecidos nas listas de compromissos.

A esse respeito, vale frisar que os EUA apenas tiveram seu programa governamental “*Step 2*” condenado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC em 2005, no procedimento que ficou conhecido como “Contencioso do Algodão”, pois o programa conferia subsídios à exportação do algodão, produto que não estava inscrito na lista estadunidense de compromissos em termos de subsídios à exportação.<sup>30</sup>

De modo geral, a regulação internacional firmada não foi capaz de reduzir o uso dos subsídios à exportação pelos países, principalmente pelas nações desenvolvidas, que representam cerca de 98% da utilização desse tipo de medida, ou seja, quase a totalidade da utilizada no cenário global.<sup>31</sup>

result that there will be significant variations from one country to the next. The tendency to follow U.S. legal doctrine reflects both the dominance of U.S. economic concepts in international economic negotiations and the deep reluctance of U.S. policy-makers to accept any international legal text that does not conform to existing U.S. law.” Cf. Idem.

<sup>29</sup> MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 122-123.

<sup>30</sup> CEDRO, Rafael Rosa. *Desenvolvimento rural e a OMC: a experiência do Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 118.

<sup>31</sup> CEDRO, Rafael Rosa. *Desenvolvimento rural e a OMC: a experiência*

Isso decorre do fato de os níveis de apoio autorizados nas listas individuais de concessão da ASA serem bastante altos. Na prática, os níveis se demonstram suficientes não apenas para preservar boa parte das políticas agrícolas estruturadas na concessão de subsídios à exportação, mas também para fornecer margem de aplicabilidade substancialmente maior do que a atualmente praticada, especialmente para os países centrais.

Desse modo, apesar da queda de cerca de 60% na concessão de subsídios à exportação agrícola ocorrida entre 1995 e 2000 na UE, os integrantes das comunidades europeias estariam autorizados pelo ASA a conceder cerca de US\$ 7 bilhões em medidas como essas, valor equivalente ao montante mundial de subvenções concedidas à exportação no ano de 1995.<sup>32</sup>

Isso demonstra que a redução ocorrida pode cessar e ser revertida a qualquer momento, não tendo sido determinada pela regulação internacional existente, mas sim em virtude de prioridades e necessidades estratégicas nacionais momentâneas.

A respeito da assimetria posta entre os subsídios proibidos aos setores industrial e agrícola, leciona Magalhães que:

A não-extensão dos subsídios proibidos ao setor agrícola) representa o caráter sob medida dos acordos da OMC em favor dos interesses hegemônicos, já que o acúmulo de conquistas sócio-trabalhistas, carga tributária e, por vezes, as próprias condições naturais para o cultivo de certas lavouras, encarecem a produção agrícola nos países ricos.<sup>33</sup>

Os subsídios não proibidos podem ser questionados junto ao OSC/OMC pelos países membros da OMC mediante a comprovação de que provocam, ou têm o potencial de provocar prejuízos graves.

O procedimento junto ao OSC/OMC, nesse caso, requer a prova da existência do efetivo dano grave ou do risco iminente de seu implemento e do nexo causal entre a medida questionada e o dano apontado.

Trata-se, contudo, de um procedimento moroso, com atividade probatória extenuante, que representa alto custo aos países, em especial aos mais pobres, razão pela qual nem sempre lhes é viável utilizá-lo.

Sobre esse aspecto, Magalhães ressalta o fato de os pagamentos dos elevados custos, resultantes dos procedimentos e da defesa dos direitos junto ao OSC/OMC, terem que ser realizados na Suíça, onde se localiza a sede da OMC, em moeda forte (euro), o que representa clara desvantagem aos países mais pobres quando eles precisam se valer do procedimento.<sup>34</sup>

Há, enfim, aqueles subsídios que são protegidos pela regulação internacional, por trazerem benefícios sociais ou garantirem certo nível de segurança política aos países. Trata-se de medidas governamentais que, em princípio, não podem ser questionadas, por não serem consideradas distorcivas ao comércio internacional.

Integram essa categoria os subsídios não específicos e os subsídios específicos que se destinarem à atividade de pesquisa, à redução das desigualdades regionais ou à adaptação de instalações existentes às exigências legais de caráter ambiental.

Foram resguardados também os subsídios considerados importantes para o desenvolvimento social e econômico dos países, em especial dos mais pobres. Nesse sentido, o ASMC oferece regras de tratamento especial e diferenciado para os países de menor desenvolvimento relativo, autorizando-os a desenvolver algumas políticas intervencionistas.

Tais regras, contudo, são tratadas como medidas excepcionais e não se demonstram suficientes para induzir o desenvolvimento dos países que delas socialmente necessitam, pois têm suas possibilidades lícitas de admissão em casos muito restritos.

Assim, há limites percentuais aos subsídios destinados à pesquisa e à adaptação de unidades produtivas às leis de preservação ambiental, e, quanto ao fomento das regiões economicamente carentes, ele só ocorre sem maiores restrições quando for destinado a áreas nitidamente identificadas, se o problema a ser sanado não for considerado temporário, se o desemprego na região for 10% maior do que no resto do país e a renda *per capita* for inferior a 85% da média nacional.<sup>35</sup>

do Brasil. Curitiba: Juruá, 2011. p. 132.

<sup>32</sup> CEDRO, Rafael Rosa. *Desenvolvimento rural e a OMC: a experiência do Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 132.

<sup>33</sup> MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 126.

<sup>34</sup> MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 137.

<sup>35</sup> MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 139.

Esses critérios são bastante questionáveis, pois, em se tratando de países onde o subdesenvolvimento campeia todo o território nacional, torna-se absurdo estabelecer gradações de miséria para que um Estado possa intervir em determinados setores ou regiões.

Vale destacar, ademais, que existem dúvidas quanto ao atual *status* de vigência dessa proteção oferecida aos países de menor desenvolvimento relativo, pois, nos termos do ASMC, esse disciplinamento seria aplicável por apenas cinco anos, contados a partir de 1995 – período que não foi renovado por qualquer acordo posterior.

O não resguardo dessas medidas é preocupante, pois teria o condão de ampliar ainda mais as assimetrias existentes entre os países centrais e periféricos, não apenas em suas relações comerciais internacionais, mas inclusive em termos de desenvolvimento nacional.

A respeito da categoria dos subsídios ditos não acionáveis, de sua vigência e de sua aceitabilidade, Magalhães alerta que se trataria de:

[...] apenas uma concessão politicamente correta por parte das potências econômicas. Foi criada como uma espécie de válvula de escape temporária de forma a manter as aparências nobres do acordo, cooptando o necessário apoio numérico dos países pobres.<sup>36</sup>

No que tange à regulação dos subsídios concedidos como medidas de política agrícola doméstica, o ASA criou mecanismos de controle por meio do enquadramento dessas medidas em três diferentes grupos, ou “caixas”, segundo a linguagem de praxe da OMC.

A primeira categoria, denominada “caixa verde”, abarca as medidas que, por não apresentarem impactos sobre o comércio e o volume de produção, ou apresentá-los em mínima intensidade, não são submetidas a qualquer compromisso de redução. A segunda categoria, conhecida como “caixa amarela”, abarca as medidas que, por afetarem a produção e o comércio, estão sujeitas a compromissos progressivos de redução. A terceira categoria, conhecida como “caixa azul”, enquadrada as políticas que, embora incidam sobre a produção e o comércio (e, por isso, possam ser categorizadas como de caixa amarela), são direcionadas à limitação de produção daqueles produtores que recebem subsídios.

<sup>36</sup> MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 139.

Os termos consolidados nesse sistema de regulação, assim como nos casos já analisados, sofreram clara influência dos interesses dos países centrais.

Inicialmente, apesar do caráter restritivo das políticas enquadradas na “caixa amarela”, os compromissos de redução dessa categoria foram contabilizados em Medida Agregada de Apoio (AMS, sigla em inglês),<sup>37</sup> cujo teto máximo foi calculado, por país, com base no montante médio desse tipo de política aplicado entre os anos de 1986 e 1988. A partir desse ponto de partida, foi estabelecido um corte, a ser aplicado gradualmente, de 20% para os países desenvolvidos e 13% para os países em desenvolvimento.

Apesar de o corte aplicado aos países em desenvolvimento ser menor do que o concedido às nações desenvolvidas, isso não representou nem um equacionamento das medidas globalmente concedidas, nem um efetivo benefício em favor das nações que mais necessitam de políticas internas de incentivo para seu desenvolvimento.

Isso se deveu ao fato de o teto da AMS ter sido calculado com base em períodos nos quais os membros desenvolvidos, em especial os EUA e UE, tinham concedido altos níveis de subsídios internamente. Assim, o corte realizado perpetuou um desequilíbrio histórico, pois culminou na autorização de concessão de níveis maiores de subsídios domésticos potencialmente distorcivos aos países membros que historicamente já praticavam montantes mais elevados dessas medidas.<sup>38</sup>

As medidas protegidas na terceira categoria, conhecida como “caixa azul”, por outro lado, não foram permitidas para fomentar o desenvolvimento periférico, como aparentemente pode transparecer. A categoria foi, de fato, criada para acomodar o Plano *MacSharry* de 1992, de reforma da Política Agrícola Comum (PAC) das Comunidades Europeias.<sup>39</sup>

Vislumbra-se aqui, mais uma vez, uma prática recorrente dos países centrais nas negociações multilaterais: apenas avançar nas negociações com base em normas já internalizadas, segundo as prioridades de suas políticas internas. A esse respeito, no que tange a UE, destaca Cedro:

<sup>37</sup> Referente ao termo “Aggregate Measurement of Support”.

<sup>38</sup> CEDRO, Rafael Rosa. *Desenvolvimento rural e a OMC: a experiência do Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 112.

<sup>39</sup> CEDRO, Rafael Rosa. *Desenvolvimento rural e a OMC: a experiência do Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 113.

Uma prática recorrentemente utilizada por esse bloco econômico é apenas avançar nas negociações multilaterais com base nas reformas prévias da sua política que já tenham sido feitas internamente. Assim, por um lado, ele tende a negociar apenas quando o tratado em discussão contemple um grau razoável de margem para acomodar as prioridades de política interna. Por outro lado, ele 'vende' os movimentos que ele próprio já tinha interesse de fazer e que aprovou em reformas de sua política [...].<sup>40</sup>

Pelo exposto, pode-se, portanto, perceber a forte influência das nações centrais, em especial dos EUA e dos países que integram a UE, nos deslindes do ASA e do ASMC e o caráter sob medida desses acordos para atender aos seus interesses internos, sem se preocupar em resguardar os interesses dos países periféricos.

### 2.3 A análise da regulação do comércio agrícola internacional sob uma perspectiva realista

Da análise do ASMC e do ASA, vislumbra-se que, apesar de se tratar de um pleito dos países periféricos, a regulação do comércio agrícola mundial, especialmente no que tange à limitação à concessão de subsídios pelos Estados, foi determinada pelos interesses dos países mais poderosos no sistema internacional, ou, nos dizeres realistas, dos mais capazes.

Desse modo, percebe-se que, embora tenha sido constituída para funcionar como um fórum de negociação e conciliação entre os países, de fato, a OMC promoveu uma hierarquização da participação dos Estados, de modo que os interesses das nações centrais preponderaram sobre os interesses dos demais países.

Essa hierarquização permitiu que as leis e as práticas internas desses países fossem resguardadas pelo sistema da OMC e restassem aplicáveis a todas as demais nações, atendendo aos seus interesses internos, mesmo quando em detrimento dos demais.

Surge, assim, um claro sistema piramidal no qual os Estados mais poderosos podem decidir de forma autônoma, conforme seus interesses internos, e impor suas decisões às nações mais fracas, por mais nefastas que possam ser as consequências dessas ações para tais nações.

Nesse diapasão, apesar de todos os membros da OMC teoricamente terem o mesmo nível de direitos

e de proteção, na prática, há uma oligarquia instituída, na qual poucos, efetivamente, têm poder autônomo de decisão.

Na prática, para a formação do regramento analisado da OMC, apenas alguns Estados, mormente os EUA e os que compõem a UE, decidiram como todo o sistema internacional comercial deveria funcionar.

Essas nações mais poderosas, no que tange aos pontos mais sensíveis a serem regulados, negociaram a solução de forma bilateral, para impor, então, sua decisão aos demais países. A formação de alianças entre as nações de mesmo nível hierárquico garantiu a perpetuação do equilíbrio de poder então vigente.

Às demais nações, menos capazes, restou acatarem as decisões autônomas dos Estados mais fortes, como meio de se inserir no sistema de comércio internacional e garantir sua permanência nesse sistema, ou seja, sua sobrevivência.

Assim, a regulação do comércio internacional, embora criada para garantir a paz entre as nações, na prática, acabou por funcionar como uma forma de legitimação dos interesses racionais das nações mais poderosas no globo e não como um meio de promoção de princípios morais ou universais.

Por isso, a regulação do ASA não foi capaz de atingir seus objetivos traçados, quais sejam: estabelecer um sistema de comércio agrícola justo e orientado pelo mercado, que proporcione progressivas e substanciais reduções nas formas de apoio, para corrigir e prevenir distorções no mercado agrícola global.

Nesse sistema de poder estabelecido hierarquicamente e diante da impossibilidade de negociação isolada dos países em desenvolvimento com as nações centrais para o estabelecimento de regras mais benéficas, a coalizão terceiro-mundista ocorrida a partir 2003, com a formação do G-20, foi essencial para o estabelecimento de uma nova balança de poder capaz, efetivamente, de conceder aos países periféricos algum poder de negociação. Nesse sentido, pode-se dizer que:

Em certa medida, o G-20 que se forma na reunião de Cancun, no México em 2003, representa um renascimento da coalizão terceiro-mundista agora, porém, em torno dos interesses agrícolas dos países em desenvolvimento e na explicitação da hipocrisia da posição de negociação dos países desenvolvidos.

<sup>41</sup>

<sup>40</sup> CEDRO, Rafael Rosa. *Desenvolvimento rural e a OMC: a experiência do Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.p.113.

<sup>41</sup> LIMA, Maria Regina Soares de. A política externa brasileira e os



A formação dessa aliança alterou o espaço de ação e de negociação dos governos periféricos e possibilitou a defesa de seus interesses na Rodada Doha de Negociações, que passou a ter como núcleo central a discussão das adequações que deveriam ser feitas às regras multilaterais aplicáveis ao setor agrícola.

Em que pese essa rodada de negociações não ter apresentado grandes resultados, ela representou uma clara alteração dos eixos de negociação e da balança de poder vigente, com formação de eixos combinados de cooperação horizontal e vertical com capacidade de negociação,<sup>42</sup> tendo, pela primeira vez, apresentado algum potencial de alteração do sistema multilateral que operasse em favor dos interesses das nações periféricas.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concessão de subsídios agrícolas pode ser legitimamente utilizada pelos Estados como forma de investimento em infraestrutura, tecnologia e transporte, de promoção do desenvolvimento rural e regional, de redistribuição de renda e, ainda, de proteção do meio ambiente.

Essas políticas, contudo, nos níveis praticados pelas nações desenvolvidas, podem causar, em longo prazo, efeitos perversos à soberania alimentar e ao crescimento econômico e agroindustrial dos países em desenvolvimento.

Em que pese o conhecimento dos efeitos perversos que essas medidas podem causar, a regulação internacional existente sobre o tema não foi capaz de estabelecer um sistema de comércio agrícola justo e orientado pelo mercado.

Foi demonstrado no presente trabalho que esse fato decorre do predomínio das nações centrais, mormente dos EUA e da UE, nos deslindes do regramento internacional firmado, no qual restaram consolidados os interesses internos desses países, mesmo quando em detrimento de outras nações.

---

desafios da cooperação sul-sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 48, n. 1, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v48n1/v48n1a02.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

<sup>42</sup> PECEQUILLO, Cristina Soreanu. A política externa do Brasil no século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 51, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v51n2/v51n2a09.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

Esse predomínio foi fruto do poder hierárquico desses Estados frente aos demais no cenário internacional, o que permitiu que eles monopolizassem e equalizassem entre si o poder de decisão autônoma durante as negociações multilaterais.

Tal balança de poder só passou a ser revertida quando as nações mais fracas se uniram, formando um grupo mais forte e com certa capacidade de negociação frente às potências centrais.

Esse cenário, no qual as normas internacionais não decorrem de noções universais de justiça ou moral, mas sim de forças de poder, remete-nos aos aspectos primordiais do paradigma realista das relações internacionais, o qual, embora elaborado inicialmente no contexto pós-guerra, ainda se demonstra atual para a compreensão do sistema internacional vigente.

### REFERÊNCIAS

ANDERSON, Kym; MARTIN, Will. *Agriculture, trade reform, and the Doha Agenda*. Washington: World Bank, 2006.

ANDERSON, Kym; VALENZUELA, Ernesto. The relative importance of agricultural subsidies and market access. *World Bank Policy Research Paper* 3900, 2006.

BARNABÉ, Gabriel Ribeiro. As relações internacionais no pensamento de Thomas Hobbes. *Revista Philosophos*, Goiânia, v. 14, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/10034#.UBkzVILgzso>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

BEDIN, Gilmar Antônio et. al. *Paradigmas das relações internacionais*. Ijuí: UNIJUI, 2000.

BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues; Azevedo, André Filipe Zago de; Massuquetti, Angélica. Os subsídios à agricultura no comércio internacional: as políticas da União Europeia e dos Estados Unidos da América. *Revista Ciência Rural*, Santa Maria, v.42, n.4, 2012.

CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Condicionantes internacionais e domésticos: o Brasil e o G-20 nas negociações da Rodada Doha. DADOS, *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.52, n.2, 2010.

CEDRO, Rafael Rosa. *Desenvolvimento rural e a OMC: a experiência do Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

- D'ÁVILA, ANDRÉ LUIZ BETTEGA. *O direito do comércio internacional no setor agrícola: subsídios à exportação*. Florianópolis. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.
- DANTAS, Adriana. *Subsídios agrícolas: regulação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- EDWARDS, Chris. *Agricultural subsidies*. CATO Institute, 2007. Disponível em <<http://www.downsizinggovernment.org/agriculture/subsidies>>. Acesso em: 16 out. 2012.
- FIGUEIREDO, Adelson Martins et. al. Impacto dos subsídios agrícolas dos Estados Unidos na expansão do agronegócio brasileiro. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 40, 2010.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *Subsidies, food imports and tariffs: key issues for developing countries*. 2003. Disponível em: <<http://www.fao.org/english/newsroom/focus/2003/wto2.htm>>. Acesso em: 16 out. 2012.
- GONÇALVES, Williams. *Relações internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- LACERDA, Gustavo Biscaia de. Algumas teorias das relações internacionais: realismo, idealismo e grociani-smo. *Revista Intersaberes*, v.1, n.1, 2006. Disponível em: <<http://www.grupouninter.com.br/intersaberes/index.php/revista/article/view/87>>. Acesso em: 07 ago. 2012.
- LIMA, Maria Regina Soares de. A política externa brasileira e os desafios da cooperação sul-sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 48, n.1, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v48n1/v48n1a02.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2012.
- MAGALHÃES, Luiz Roberto Paranhos de. *Subsídios na disciplina da Organização Mundial do Comércio – OMC: a necessidade de maior liberdade para a ação governamental nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MOLKE, Konrad Von. *Negotiating subsidy reduction in the world trade organization*. Winnipeg: IISD, 2003. Disponível em: <[http://www.iisd.org/pdf/2003/trade\\_cancun\\_research\\_paper.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_cancun_research_paper.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2012.
- MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações*. Trad. Oswaldo Biato. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.
- NAKADA, Minoru. *OMC e o regionalismo: análise do art. XXIV e dispositivos afins do acordo de Marraqueche*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Agricultural policies in OECD countries and emerging economies*. OECD Publishing, 2011.
- PECEQUILO, Cristina Soreanu. A política externa do Brasil no século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 51, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v51n2/v51n2a09.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2012.
- ROSAS, Geraldine M. M. B. Hobbes versus Locke: a contribuição do estado de natureza para as perspectivas realista e pluralista das relações internacionais. *Revista e-Civitas*, v. 2, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revistas2.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/25>>. Acesso em: 7 ago. 2012.
- SILVA, Marcos Valle Machado da. O Leviatã de Thomas Hobbes como base para o entendimento do paradigma realista das relações internacionais. *Revista Iluminart*, Sertãozinho, v. 1, n.6, 1984.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Addressing the global food crises: key trade, investment and commodity policies in ensuring sustainable food security and alleviating poverty*. New York and Genebra, 2008.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The 2008 food price crises: rethinking food security policies*. *G24 Discussion Paper Series*, 2009.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on agriculture*. 1995. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/14-ag.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on subsidies and countervailing measures*. 1995. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/24-scm.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2012.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Acordo TRIPS:  
one-size-fits-all?**  
**TRIPS Agreement:  
one-size-fits-all?**

Tatianna Mello Pereira da Silva

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

## Acordo TRIPS: one-size-fits-all?

### TRIPS Agreement: one-size-fits-all?\*

Tatianna Mello Pereira da Silva<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente artigo pretende investigar a adequação e efetividade do modelo padronizado de proteção da Propriedade Intelectual no fomento e difusão da inovação tecnológica e na promoção do balanceamento entre os interesses de produtores e usuários de tecnologia. Para tanto, inicialmente será feita uma incursão histórica que visa recuperar o contexto de inclusão da temática da Propriedade Intelectual na Rodada Uruguaí de negociações do GATT. Posteriormente, a partir da análise do texto do Acordo TRIPS e da revisão da literatura especializada, serão identificados os objetivos subjacentes ao acordo e apontados alguns dos inconvenientes decorrentes da adoção do modelo padronizado de proteção da Propriedade Intelectual. Os dados históricos e teóricos coletados serão confrontados com dados empíricos extraídos do Sistema PCT (*Patent Cooperation Treaty*) e conduzirão à conclusão de que há um conflito entre o modelo de proteção adotado pelo tratado e seus objetivos declarados. Isto porque, a abordagem *one-size-fits-all*, que prevê um *tamanho* único de proteção à Propriedade Intelectual que supostamente serviria ao interesse de todos os membros, vem sendo manipulada de forma dissonante dos objetivos que deveriam norteá-la, em prol tão-somente dos interesses dos Estados-membros desenvolvidos e mais especificamente das empresas transnacionais. Visando contribuir para o debate acadêmico e para a maior efetividade do Acordo TRIPS na promoção de seus objetivos, propõe-se uma mudança de olhar sobre o tratado, que já não pode mais ser interpretado como simples mecanismo de comoditização da Propriedade Intelectual, devendo assumir o papel de um sistema internacional de fomento à inovação.

**Palavras-chaves:** Propriedade intelectual. Acordo TRIPS. Modelo padronizado de proteção. Inovação tecnológica. Comoditização da propriedade intelectual.

#### ABSTRACT

This article aims to investigate if the minimum international standards of intellectual property protection set on the TRIPS Agreement are adequately and efficiently fomenting technological innovation and promoting the balance between the interests of producers and users of technology. Therefore, a historical incursion will take place in order to contextualize the inclusion of the Intellectual Property topic in the Uruguay Round of GATT

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista CAPES. Email: tatiannampsilva@gmail.com

\* Recebido em 22/07/2012

Aprovado em 23/01/2013



negotiations. Subsequently, by means of analysing the text of the TRIPS Agreement and reviewing the specialized literature, the objectives underlying the agreement will be identified and some of the drawbacks of the adoption of a standardized model of protection of the intellectual property will be singled out. The historical and theoretical data collected will then be confronted with empirical data extracted from the PCT System (Patent Cooperation Treaty), what will lead to the conclusion that there is a contradiction between the standardized model of protection adopted by the agreement and its declared goals. Indeed, the *one-size-fits-all* approach, which provides a unique standard of intellectual property protection that allegedly would serve the interests of all members, has been manipulated in a way inconsistent with the objectives established by the TRIPS Agreement, favoring solely the interests of developed states and more specifically transnational corporations. Aiming to contribute to academic debate and to enhance the effectiveness of the TRIPS Agreement on the implementation of its objectives, we will propose a different look over the agreement, that can no longer be interpreted as a mechanism of intellectual property commoditization, but rather has to assume the role of an international system aimed at fostering innovation.

**Keywords:** Intellectual property. TRIPS agreement. Standardized model of protection. Technological innovation. Commoditization of intellectual property.

## 1. INTRODUÇÃO

O Acordo sobre Aspectos Comerciais Relativos aos Direitos de Propriedade Intelectual, ou simplesmente Acordo TRIPS (*Trade-related aspects of Intellectual Property Rights*), constitui o Anexo 1-C do Acordo de Marraqueche,<sup>2</sup> instituidor da OMC (Organização Mundial do Comércio), sendo dele parte integrante, conforme art. II. 2 do Acordo de Marraqueche.<sup>3</sup> Nessa qualidade, figura entre os pilares da estrutura legal básica da referida organização,<sup>4</sup> não estando, portanto, sujeito à

<sup>2</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

<sup>3</sup> “Art. II.2. Os acordos e instrumentos legais associados incluídos nos Anexos 1, 2 e 3 (doravante denominados como Acordos Comerciais Multilaterais) são parte integrante deste Acordo, vinculativos para todos os membros.”

<sup>4</sup> O Sistema OMC estrutura-se sobre 6 acordos principais: 1.

adesão em apartado, tornando-se automaticamente vinculativo para o Estado uma vez que se torne membro da OMC.

Fruto das deliberações encetadas durante a Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*),<sup>5</sup> o Acordo TRIPS entrou em vigor em janeiro de 1995 e tem como objetivos imediatos o estabelecimento de princípios básicos e padrões internacionais mínimos – de adoção compulsória pelos Estados-membros – de proteção da Propriedade Intelectual.

Dentre os princípios, que em linhas gerais visam coibir o tratamento discriminatório entre os nacionais de cada um dos Estados-membros da OMC no que diz respeito à proteção da Propriedade Intelectual, inclui-se o *tratamento nacional* (art. 3º), segundo o qual os Estados-membros devem conferir aos nacionais de outros Estados-membros tratamento não menos favorável do que aquele conferido aos seus próprios nacionais; e a *nação mais favorecida* (art. 4º), que obriga os Estados-membros a estender, imediata e incondicionalmente, aos nacionais de todos os Estados-membros quaisquer vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidas aos nacionais de um Estado-membro.

Já no que pertine aos padrões internacionais mínimos, o Acordo TRIPS fixou diretrizes a serem introduzidas pelos Estados-membros em suas respectivas legislações, estabelecendo para tanto sete formas de proteção da Propriedade Intelectual: direitos autorais e relacionados; marcas; indicação geográfica; desenho industrial; patentes; topografias de circuitos integrados; e segredo industrial.

A observância dos princípios e a implementação dos padrões pelos Estados-membros conduziria o Acordo TRIPS ao alcance de seus objetivos mediatos declarados em seu art. 7º, quais sejam: (i) a promoção da inovação

Acordo de Marraqueche (estabelece a OMC); 2. Acordo Multilateral sobre Comércio de Bens; 3. Acordo Multilateral sobre Comércio de Serviços (GATS); 4. Acordo sobre Aspectos Comerciais Relativos aos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS); 5. Acordo sobre Resolução de Controvérsias; 6. Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais.

<sup>5</sup> O GATT, ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio, foi estabelecido em 1947, ao lado do FMI (Fundo Monetário Internacional), do BIRD (Banco Mundial) e da OIC (Organização Internacional do Comércio) – esta última sequer chegou a entrar em vigor –, logo após o término da 2ª Guerra Mundial, com a finalidade de liberalizar o comércio e combater práticas protecionistas, por meio da harmonização das políticas tarifárias.

tecnológica; (ii) a transferência e disseminação da tecnologia; (iii) a geração de vantagens mútuas para produtores e usuários do conhecimento tecnológico, de forma a promover o bem-estar social e econômico e equilibrar direitos e obrigações.

Não obstante, muito se tem discutido quanto à eficiência do Acordo TRIPS na consecução de seus objetivos mediatos, o que se pode atribuir à insatisfação frequentemente externada pelos Estados-membros em desenvolvimento, que reivindicam a interpretação conferida ao referido acordo pelos Estados-membros desenvolvidos e as demandas pelo estabelecimento de um *TRIPS-plus* adicional – aumentando o grau de proteção da Propriedade Intelectual – ignoram suas necessidades locais, interesses nacionais, capacidade tecnológica e institucional e condições de saúde pública.<sup>6</sup>

De fato, ao longo dos 16 anos de vigência do Acordo TRIPS, a concretização dos positivos efeitos prometidos e enunciados quando de sua negociação foi, no mínimo, tímida, não se podendo dizer que tenha efetivamente colaborado para a promoção da transferência de tecnologia dos Estados-membros desenvolvidos para os em desenvolvimento, por exemplo. Essa constatação nos conduz ao seguinte questionamento: a ineficácia do Acordo TRIPS na consecução de seus objetivos mediatos decorreria da incompatibilidade entre tais objetivos e a adoção de um modelo padronizado de proteção da Propriedade Intelectual?

A resposta para tal questão será construída a partir da confrontação de dados históricos, referentes ao contexto de inclusão da temática da proteção da Propriedade Intelectual na Rodada Uruguaia de negociações do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*); teóricos, referentes ao modelo padronizado de proteção adotado pelo Acordo TRIPS a serem obtidos por meio de revisão da literatura especializada; e ainda empíricos, referentes aos maiores depositários de patentes pelo Sistema PCT (*Patent Cooperation Treaty*) antes da entrada em vigor do Acordo TRIPS (1994) e no ano de 2011.

Os dados levantados permitirão a exploração do problema em suas diversas facetas, conduzindo à confirmação da hipótese de que a ineficácia do Acordo TRIPS na consecução de seus objetivos decorre da intrínseca contradição em seu bojo encerrada, visto que o modelo padronizado de proteção adotado no acordo é absolutamente

conflitante com seus objetivos declarados, servindo unicamente como meio de favorecimento dos interesses dos Estados-membros desenvolvidos e mais especificamente de um seletivo grupo de empresas transnacionais.

Propor-se-á, portanto, como forma de aviventar os objetivos adormecidos no corpo do texto do Acordo TRIPS, uma mudança de olhar sobre o referido acordo, que já não pode mais ser interpretado como simples mecanismo de comoditização da Propriedade Intelectual, devendo assumir o papel de um sistema internacional de fomento à inovação.

Ao promover a contextualização histórica da elaboração do Acordo TRIPS e externar uma perspectiva crítica acerca do modelo padronizado de proteção da Propriedade Intelectual em seu bojo adotado, embasada em dados teóricos e empíricos, o artigo pretende oferecer uma abordagem original, enriquecendo os debates acerca de questão de atualidade constante e somando-se às vozes que denunciavam a negligência dos objetivos subjacentes ao referido Acordo, provocando, assim, a atenção dos leitores para a necessidade de adequação das disposições inseridas em seu texto, a fim de que se tornem instrumentos efetivos de implementação de seus objetivos.

Importante destacar que a crítica externada pelo presente artigo volta-se exclusivamente para o modelo padronizado de proteção da Propriedade Intelectual promovido pelo Acordo TRIPS, não se dedicando a contestar a proteção em si do instituto da Propriedade Intelectual.

## 2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CENÁRIO INTERNACIONAL

A Propriedade Intelectual, segundo a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), é um instituto jurídico que se refere à gama de direitos atribuídos pela lei aos produtos da atividade intelectual nos ramos industrial, científico, literário e artístico, como forma de salvaguardar os criadores e produtores de bens e serviços intelectuais por meio da outorga do direito de controlar, por determinado período de tempo, a confecção de seus produtos, conferindo-lhes, assim, expressão moral e econômica, e, por conseguinte, promovendo a criatividade e encorajando o comércio justo em prol do desenvolvimento econômico e social.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> YU, Peter K. *The objectives and principles of the TRIPS Agreement*. Disponível em: <<http://www.peteryu.com/correa.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

<sup>7</sup> WIPO. The concept of intellectual property. In: WIPO. *Intellectual*

Não obstante remontarem as origens arcaicas da Propriedade Intelectual para a Roma antiga – ao menos do ponto de vista dos países de tradição jurídica romano-germânica, quando já se tinha um esboço do que viriam a ser os direitos autorais –, a proteção dos frutos do intelecto humano, seja sob a forma de manifestações linguísticas ou inventos, só começou a ganhar os contornos que atualmente a identificam a partir da Idade Média. Àquela época, os monarcas, com o intuito político-religioso de controlar as informações que circulavam em seus reinos, passaram a outorgar a determinadas corporações de ofício – associações de artesãos – o direito de regular um setor produtivo específico.

A questão, contudo, só ganhou notoriedade internacional com o advento da Revolução Industrial, desencadeadora da intensificação do desenvolvimento de tecnologias, do fluxo de mercadorias e da internacionalização do mercado, fatores que apontavam para a necessidade de harmonização das legislações nacionais como meio de superar problemas práticos advindos de sua diversidade e dotar de maior efetividade a proteção conferida à Propriedade Intelectual.

A insegurança gerada pela ausência de um tratado internacional que versasse sobre Propriedade Intelectual ficou clara quando, em 1873, o governo do Império austro-húngaro convidou inventores de diversas nacionalidades para exporem seus trabalhos em uma feira científica organizada em Viena e, como resposta, recebeu manifestações de apreensão e desconfiança motivadas pela inadequação da proteção legal oferecida aos inventos exibidos.

Como forma de incentivar a participação da comunidade internacional na mencionada feira científica, o governo austro-húngaro promulgou um decreto de vigência transitória com a finalidade de proteger as invenções produzidas por expositores estrangeiros.<sup>8</sup> Essa medida, todavia, era meramente paliativa e serviu apenas para impulsionar ainda mais os debates que se instalavam sobre a temática, fomentando a organização de congressos por toda a Europa, os quais invariavelmente culminavam na elaboração de cartilhas elencando os

princípios que deveriam nortear a construção de um sistema efetivo de proteção da Propriedade Intelectual e na conclamação dos governantes para a construção de um entendimento internacional acerca da proteção patentária.

O mais importante deles foi o Congresso Internacional de Propriedade Industrial, realizado em Paris em 1878, quando foi planejada uma Conferência Diplomática Internacional para a qual seriam convidados representantes de diversos países com o fim de determinar as bases para o estabelecimento de uma legislação uniforme de proteção da Propriedade Intelectual.

A referida Conferência, convocada para o ano de 1880, resultou na elaboração de uma proposta de união internacional para a proteção da Propriedade Intelectual, que foi finalmente aprovada e originalmente assinada por 11 países<sup>9</sup> durante a Conferência Diplomática subsequente igualmente realizada em Paris, no ano de 1883, e que, portanto, recebeu o nome de Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial.<sup>10</sup>

Por meio do tratado em comento, em linhas gerais, comprometeram-se as partes contratantes a: (i) conferir ao inventor estrangeiro, desde que domiciliado em país signatário do tratado, proteção igual àquela dispensada ao inventor nacional; (ii) conceder prioridade de tramitação ao pedido de patente que já estivesse depositado perante os órgãos competentes de um dos países signatários, de modo que todos os demais pedidos considerar-se-iam como depositados no mesmo dia em que feito o primeiro depósito, desde que formulados em até 12 (doze) meses a contar do último; (iii) considerar os pedidos de patente independentemente, de forma que a concessão de patente em um dos países signatários do tratado não obriga os demais a conceder a patente, até mesmo porque cada país signatário tem sua própria legislação.

Posteriormente à Convenção de Paris, ainda como resultado do esforço internacional de implementação de um sistema eficaz de proteção da Propriedade Intelectual, foi elaborada, em 1886, a Convenção de Berna para a Proteção de Trabalhos Artísticos e Literários,<sup>11</sup> que igualmente

*property handbook*: policy, law and use. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

<sup>8</sup> WIPO. *International treaties and conventions on intellectual property*. In: WIPO. *Intellectual property handbook*: policy, law and use. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

<sup>9</sup> Bélgica, Brasil, El Salvador, Espanha, França, Guatemala, Holanda, Itália, Portugal, Sérvia e Suíça. Assim que a Convenção entrou em vigor, um ano mais tarde (julho/1884), Equador, Tunísia e Reino Unido aderiram.

<sup>10</sup> Originalmente promulgada no Brasil pelo Decreto nº 9.233, de 28 de junho de 1884.

<sup>11</sup> Originalmente promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.541, de 6 de fevereiro de 1922.



redundou na formação de uma união internacional, por meio da qual, basicamente, comprometeram-se as partes signatárias a: (i) conferir ao autor nacional e ao estrangeiro a mesma proteção, sem qualquer diferenciação; (ii) conceder a proteção ao autor independentemente de qualquer formalidade ou registro, ou seja, automaticamente; e (iii) garantir o gozo e a fruição dos direitos autorais independentemente da existência de concessão de proteção ao trabalho no país de origem.<sup>12</sup>

Cada uma dessas Convenções ensejou a formação de escritórios administrativos, que se uniram em 1893, originando o Escritório Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual (BIRPI – *Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*), localizado em Genebra e supervisionado pelo governo suíço.

No entanto, durante a Conferência de Estocolmo, realizada em 1967, com o fim de revisar os termos das Convenções de Paris e de Berna, seguindo a onda instalada no cenário internacional no contexto pós-Segunda Guerra, os membros signatários decidiram transformar o BIRPI em uma organização intergovernamental cuja coordenação passou a ser compartilhada por todos e não mais supervisionada pela Suíça, a qual se convencionou chamar Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), formalmente estipulada pela Convenção para o Estabelecimento da OMPI.<sup>13</sup>

Essa alteração estrutural, contudo, apesar de seguida pela transformação da OMPI em agência da ONU, por meio de acordo assinado em 1974, não foi suficiente para conter a insatisfação dos países desenvolvidos com o sistema internacional de proteção da Propriedade Intelectual, até então em vigor, assentado precipuamente sobre as Convenções de Paris e de Berna que, não obstante terem explícito intuito harmonizador, dotavam os Estados signatários de ampla liberdade legislativa, exigindo-lhes apenas paridade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.<sup>14</sup>

Essa característica, aliada à progressiva globalização do mercado e à ausência de um mecanismo próprio

de solução de controvérsias, sendo da competência da Corte Internacional de Justiça dirimir eventuais disputas concernentes à aplicação das referidas Convenções,<sup>15</sup> era interpretada pelos países desenvolvidos como evidência da precariedade e incipiência do sistema.

Deve-se ter em mente que, apesar da relativa ampliação de suas atividades ao longo de sua existência, mormente a partir da assinatura do Tratado de Cooperação em Matéria Patentária (PCT – *Patent Cooperation Treaty*), concluído em Washington em 1970, quando se tornou responsável pelo registro de pedidos internacionais de depósito de patentes, a OMPI sempre teve suas atribuições marcadas pelo caráter precipuamente administrativo, de gerenciamento dos tratados internacionais em matéria de Propriedade Intelectual. Faltava em sua estrutura um mecanismo de punição efetivo, o que gerava por parte dos países desenvolvidos constantes questionamentos acerca da efetividade da pretendida proteção da Propriedade Intelectual que intentava promover.

A situação se agravou durante a década de 1980, quando diversas empresas estabelecidas em países em desenvolvimento lançaram mão de artifícios como a imitação<sup>16</sup> e a pirataria<sup>17</sup> na tentativa de fazer o *catching-up* tecnológico e aumentar sua parcela de participação no mercado internacional. Em resposta, as grandes empresas produtoras de inovação tecnológica, principalmente as dos setores de software, microeletrônicos, entretenimento, indústria química e farmacêutica e biotecnologia, oriundas de países desenvolvidos, notadamente dos Estados Unidos, percebendo a Propriedade Intelectual como um patrimônio estratégico e notando as perdas de oportunidades comerciais no exterior, iniciaram um processo de *lobby*,<sup>18</sup> pressionando seus respectivos governos para que buscassem, no cenário internacional, estabelecer níveis adequados de proteção para seus inventos.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> Art. 28 da Convenção de Paris e art. 33 da Convenção de Berna.

<sup>13</sup> Utilização fraudulenta dos conhecimentos agregados ao produto, muitas vezes descobertos por meio de engenharia reversa, com finalidade de elaboração de outro similar.

<sup>14</sup> Cópia não autorizada do produto, sem recolhimento dos *royalties* devidos ao autor ou inventor.

<sup>15</sup> Pressão exercida por um grupo ou indivíduo contra membros dos Poderes Públicos, a fim de obter decisões favoráveis aos seus interesses.

<sup>16</sup> VARELLA, Marcelo Dia; ROCHA DA SILVA, Alice. A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 49, n. 2, jul/dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 13 abr. 2012.

<sup>12</sup> WIPO. The berne convention for the protection of literary and artistic work. In: WIPO. *Intellectual property handbook: policy, law and use*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

<sup>13</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975.

<sup>14</sup> GONTIJO, Cícero. *As transformações do sistema de patentes, da Convenção de Paris ao Acordo TRIPS*: a posição brasileira. Disponível em: <[http://fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publicationen/C\\_cero-FDCL.pdf](http://fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publicationen/C_cero-FDCL.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2012.

O governo dos Estados Unidos, já desgostoso dos progressos feitos pela OMPI na proteção da Propriedade Intelectual, e percebendo que o seu crescimento econômico e geração de vantagem comparativa atrelavam-se cada vez mais profundamente ao comércio global de informações e conhecimento<sup>20</sup>, iniciou, com o apoio dos países integrantes da então Comunidade Econômica Europeia (CEE), forte campanha para inclusão da temática no fórum de negociações comerciais multilaterais do GATT.

Não obstante o fracasso inicial da tentativa de adoção de um Código Anticontrafação no seio do GATT, o que foi idealizado – porém não aprovado – na Rodada Tóquio (1973/1979), durante a Conferência Ministerial de Punta del Este, realizada em 1986, os Estados Unidos e a CEE lograram inserir entre as questões a serem tratadas no mandato da Rodada subsequente de negociações (Rodada Uruguai), a discussão acerca dos Aspectos Comerciais Relativos aos Direitos de Propriedade Intelectual, apesar da relutância dos países em desenvolvimento, capitaneados por Brasil e Índia, que reputavam que o fórum adequado para tanto seria a OMPI e não o GATT.

No entanto, seja por terem equivocadamente acreditado que os direitos de Propriedade Intelectual representariam apenas mais um dentre os vários temas inseridos no mandato da Rodada Uruguai, permanecendo céticos quanto à sua sobrevivência até o final das negociações, seja por terem vislumbrado a temática como moeda de troca para inserção de outras questões que lhes eram interessantes, como a discussão acerca de produtos têxteis e agrícolas, seja ainda por temerem retaliações comerciais, ou até mesmo por outras veladas razões, fato é que os países em desenvolvimento foram coniventes com a adesão do tópico à agenda de negociações.

### 3. O ACORDO TRIPS

Uma vez inserida a temática dos direitos de Propriedade Intelectual no mandato da Rodada Uruguai (1986-1994), rapidamente cuidaram os países desenvolvidos, sob os auspícios de Estados Unidos, CEE, Japão, Suíça e Aus-

<sup>20</sup> DRAHOS, Peter. Global property rights in information: the story of TRIPS at the GATT. *Prometheus*, v. 13, n.1, jun. 1995. Disponível em: <[http://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/articles/pdfs/1995globalproprightsinfo\\_drahos.pdf](http://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/articles/pdfs/1995globalproprightsinfo_drahos.pdf)>.

trália, de elaborar, já nos primeiros meses de 1990, o esboço do que viria a ser o Acordo TRIPS, em evidente contraste ao que era estabelecido pela Convenção de Paris de 1883. Em vez de três princípios básicos, a proposta previa regras-padrão mínimas que estabeleciam uma série ampla de conceitos e exigências a serem incluídos nas legislações dos Estados-membros, em uma espécie de tratado moldura/quadro (*framework convention*); em contraposição à marcante flexibilidade, introduzia determinações rígidas acerca da forma como as leis nacionais dos Estados-membros, referentes à Propriedade Intelectual, deveriam ser aplicadas no âmbito administrativo e judicial; por fim, estipulava que os dissídios afetos à temática da Propriedade Intelectual deveriam ser submetidos a um mecanismo internacional de solução de controvérsias, cuja criação igualmente figurava como objeto da pauta de negociação da Rodada Uruguai.<sup>21</sup>

Tal proposta foi recebida com irresignação pelos países em desenvolvimento, visto que representava o recrudescimento do sistema, até então vigente, de proteção da Propriedade Intelectual, contra o qual já se voltavam, pretendendo uma maior flexibilização, desde a década de 1970 quando lograram rever internacionalmente alguns pontos da Convenção de Paris. E, então, como resposta ao que reputavam ser uma afronta à sua soberania, os países em desenvolvimento se uniram e elaboraram uma contraproposta de regulamentação internacional da Propriedade Intelectual muito mais limitada em escopo e com poucos aspectos normativos.<sup>22</sup>

Em virtude da industrialização tardia, o que refletia em sua incipiente capacidade tecnológica, os países em desenvolvimento não tinham qualquer intenção de fortalecer a proteção da Propriedade Intelectual, visto que essa mudança não proporcionaria vantagens competitivas para as suas empresas no mercado internacional. Do ponto de vista dos países em desenvolvimento, portanto, os benefícios supostamente advindos de tal proteção, como o incremento do progresso tecnológico mundial, eram suplantados pelas desvantagens de não mais poder adaptar a tecnologia estrangeira, ou importar produtos vindos de fontes alternativas ou mais acessíveis.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> GONTIJO, Cícero. *As transformações do Sistema de Patentes, da Convenção de Paris ao Acordo TRIPS: a posição brasileira*. Disponível em: <[http://fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publikationen/C\\_cero-FDCL.pdf](http://fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publikationen/C_cero-FDCL.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2012.

<sup>22</sup> YU, Peter K. *The objectives and principles of the TRIPS agreement*. Disponível em: <<http://www.peteryu.com/correa.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

<sup>23</sup> CAROLAN, Michael S. Making Patents and Intellectual Property work: the asymmetric “harmonization” of TRIPS. *Organization and*

O indissolúvel conflito entre os interesses de países desenvolvidos e em desenvolvimento, no que diz respeito à temática da Propriedade Intelectual, instalou um impasse de difícil transposição nas negociações da Rodada Uruguai, que se encontrava travada pela ausência de consenso também em outros tópicos da agenda. Contudo, foi exatamente o antagonismo entre os propósitos de países desenvolvidos e em desenvolvimento que viabilizou um desfecho exitoso para a Rodada Uruguai, porque permitiu que as negociações progredissem por intermédio de concessões mútuas. Tivessem os pontos da agenda sido negociados isoladamente, muito provavelmente não se teria logrado alcançar um acordo.

Graças a essa dinâmica de negociações, que proporcionava aos países em desenvolvimento a possibilidade de auferir ganhos comerciais e melhorar o acesso ao mercado internacional em setores como agricultura, têxteis, produtos tropicais e salvaguardas, aliada ao temor da adoção de medidas unilaterais retaliatórias por parte dos países desenvolvidos caso a proteção da Propriedade Intelectual não fosse incorporada ao sistema do GATT e ainda à percepção de que os benefícios advindos da resolução multilateral das diferenças acerca da temática seriam muito mais vantajosos do que por meio de tratativas bilaterais,<sup>24</sup> o Acordo TRIPS foi aprovado.<sup>25</sup> E, assim como os demais acordos resultantes das deliberações encetadas ao longo da Rodada Uruguai, dentre os quais destaque-se o Acordo estabelecendo a OMC, integra o compromisso único (*single undertaking*) firmado pelos Estados signatários do Ato Final da rodada, em Marraqueche, aos 15 de abril de 1994, de modo que a adesão à OMC implicaria a aceitação de todos os resultados da Rodada Uruguai, sem exceção.

A versão final do Acordo TRIPS, que em seu teor (art. 72) veda a possibilidade de aceitação do texto com ressalvas – já prevenindo as distorções e a perda de efetividade que das ressalvas poderiam resultar –, espelhava a proposta editada pelos países desenvolvidos. Continua, pois, normas-padrão mínimas de proteção da Pro-

priedade Intelectual a serem incorporadas na legislação nacional dos Estados-membros; estipulações acerca da forma como tal proteção deveria ser internalizada nos âmbitos administrativo e judicial; além da previsão de submissão de eventuais dissídios afetos à temática da Propriedade Intelectual ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

As considerações dos países em desenvolvimento, por sua vez, foram refletidas apenas em dois dispositivos, quais sejam os artigos 7º e 8º – abaixo transcritos –, responsáveis por delinear os objetivos e princípios norteadores do Acordo TRIPS, respectivamente:

#### Artigo 7º - Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de Propriedade Intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

#### Artigo 8º - Princípios

1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de Propriedade Intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

## 4. O PARADOXO ENTRE OS OBJETIVOS E A REALIDADE EVIDENCIADA PELO ACORDO TRIPS

Desde que entrou em vigor, em 1º de janeiro de 1995, o Acordo TRIPS tem sido fonte de inúmeras controvérsias.<sup>26</sup> Alguns se insurgem contra o modelo padronizado

*Environment*. v. 21, n. 3, p. 295-310, sept. 2008. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/10518.pdf>>.

<sup>24</sup> SHEKHAR, Soumya. TRIPS and developing countries. *Legal India: legal service network & free law resource portal*, 2008(?). Disponível em <<http://www.legalindia.in/trips-and-developing-countries>>.

<sup>25</sup> MICHALOPOULOS, Constantine. Special and differential treatment of developing countries in TRIPS. *Quaker United Nations Office (QUANO)*, Geneva, 2003. Disponível em: <[http://www.geneva.quano.info/pdf/SDT\(Euro\)final.pdf](http://www.geneva.quano.info/pdf/SDT(Euro)final.pdf)>.

<sup>26</sup> O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC já apreciou 28 casos envolvendo questões afetas à proteção da Propriedade Intelectual, dentre os quais se destacam: DS 79 (Comunidade Europeia x Índia – Proteção Patentária para produtos farmacêuticos e químicos agricultáveis, 1997); DS 199 (EUA x Brasil – Medidas que afetam a proteção patentária, 2000); DS 362 (EUA x China – Medidas que afetam a proteção e aplicação dos direitos de Propriedade Intelectual, 2007); DS 408 (Índia x Comunidade Europeia – Apreensão



de proteção adotado pelo indigitado acordo, arguindo ser ineficiente para promover os objetivos em seu bojo declarados; outros apontam que a proteção da Propriedade Intelectual empreendida pelo Acordo TRIPS seria contrária ao propósito de liberalização do comércio intrínseco à OMC; e há ainda aqueles que, partindo para um debate mais aprofundado, contestam a própria legitimidade da proteção da Propriedade Intelectual.

Não obstante o interesse de que se cercam tais discussões, o presente estudo ficará circunscrito à análise das questões envolvendo a ineficiência do modelo padronizado de proteção adotado pelo Acordo TRIPS na consecução dos objetivos que elenca, sendo os demais pontos controvertidos analisados apenas de forma secundária e tangencial, nos estritos limites de sua interseção com a questão central do presente trabalho.

Pois bem. Os críticos do modelo de uniformização das legislações nacionais promovido pelo Acordo TRIPS advogam que a abordagem *one-size-fits-all*, que impõe a todos os Estados-membros, independentemente de seu grau de desenvolvimento, os mesmos patamares mínimos e compulsórios de proteção da Propriedade Intelectual, não seria adequada para promover os objetivos subjacentes à criação do Acordo TRIPS, enunciados em seu texto por meio do supramencionado art. 7º, quais sejam: promover a inovação tecnológica, a transferência e a difusão da tecnologia; contribuir para as vantagens mútuas entre produtores e usuários de tecnologia, de modo conducente ao bem-estar social e econômico e ao equilíbrio entre direitos e obrigações.

Em última análise, o acordo em comento encerraria uma contradição interna, visto que o modo como operacionalizado não seria idôneo a alcançar a finalidade última em seu bojo declarada.<sup>27</sup> Isso porque o impacto da proteção da Propriedade Intelectual no fomento dos objetivos supradecorados, mormente no desenvolvimento econômico e social, seria sensível ao contexto, estando, pois, sujeito a variações de acordo com o setor industrial e, princi-

palmente, conforme o país analisado:

[...] há um crescente consenso no sentido de que o impacto da proteção da propriedade intelectual seja significativamente sensível ao contexto. Há boas razões para concluir, por exemplo, que o papel da patente no processo de desenvolvimento do setor automotivo é bastante diverso do papel da patente no desenvolvimento do setor farmacêutico. Similarmente, há boas razões para concluir que o papel da proteção da propriedade intelectual seja diferente entre as economias dos países industrializados, em desenvolvimento e menos desenvolvidos, e que até mesmo entre estas amplas categorias de desenvolvimento econômico haja variações dependendo de inúmeros fatores, como tamanho do mercado, capacidade local para inovação e assim por diante.<sup>28</sup>

Tendo em vista as especificidades de cada país – políticas, mercadológicas, sociais, econômicas –, constatação diversa não se poderia esperar, e o equívoco do Acordo TRIPS parece residir exatamente em não ter dado a devida e merecida atenção a essas peculiaridades. É que, quando da celebração do referido acordo, os Estados contratantes encontravam-se em diferentes estágios de desenvolvimento, havendo entre alguns deles um considerável – e em curto prazo intransponível – hiato.

Não obstante, esse fator foi considerado tão somente para fins de fixação do termo inicial de vigência do acordo, tendo sido concedido aos Estados-membros em desenvolvimento e menos desenvolvidos a possibilidade de postergação da data inicialmente avençada (arts. 65 e 66 do Acordo TRIPS).

A dilação do prazo para entrada em vigor do Acordo TRIPS, passível de alcançar um período de até 11 anos no caso dos países contratantes menos desenvolvidos, poderia ser suficiente para que cada Estado-membro procedesse às adequações necessárias na sua legislação nacional, amoldando-a aos padrões previstos pelo referido acordo. Contudo, de forma alguma seria o bastante para que os Estados que a ela faziam jus estruturassem seus respectivos sistemas nacionais de inovação a pon-

de produtos genéricos em trânsito, 2010); DS 409 (Brasil x Comunidade Europeia – Apreensão de produtos genéricos em trânsito, 2010).

<sup>27</sup> CORREA, Carlos. Review of the TRIPS Agreement: fostering the transfer of technology to developing countries. *TWN: Third world network*, 2000 (?). Disponível em: <<http://www.twinside.org.sg/tite/foster.htm>>. No mesmo sentido: LESSER, William. The effect of TRIPS-mandated intellectual property rights on economic activities in developing countries: 2000. *World intellectual property organization (WIPO)*. Disponível em: <[http://www.wipo.int/about-ip/en/studies/pdf/ssa\\_lesser\\_trips.pdf](http://www.wipo.int/about-ip/en/studies/pdf/ssa_lesser_trips.pdf)>.

<sup>28</sup> No original: “[...] *there is an emerging consensus that the impact of IPRs is likely to be significantly case sensitive. There are sound reasons to conclude, for example, that the role of the patent in the process of development of an automotive sector is quite different from the role of the patent in the development of the pharmaceutical sector. Similarly, there are sound reasons to conclude that the role of IPRs will be different in the economies of industrialized, developing and least developed countries, and that even among these broad categories of economic development there will be variations depending on a number of factors such as market size, local capacity for innovation and so forth*”. (ABBOTT, Frederick M. The enduring enigma of TRIPS: a challenge for the world economic system. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, v. 1, art. 4, p. 497-521.

to de colocar o próprio setor interno de pesquisa e desenvolvimento (P&D) em condições de operabilidade e competitividade no cenário internacional.

Há que se ter em mente que a proteção da Propriedade Intelectual é uma mera ferramenta legal idealizada para funcionar como mola propulsora de um processo de causa e efeito que parte da diminuição dos riscos intrínsecos à atividade de pesquisa, passa pela atração de investimentos para o setor de P&D, pelo estímulo e incremento da atividade inovativa e criativa, pela disseminação da tecnologia, colaborando, ao longo desse percurso, para a promoção do desenvolvimento econômico e social.

Todavia, seria demasiadamente ilusório acreditar que a proteção da Propriedade Intelectual isoladamente considerada fosse capaz de provocar o completo desenrolar de todo o processo supradescrito, sendo presumível que há uma gama de outros fatores determinantes que podem obstar que seu fim último seja colimado. O primeiro e mais fundamental deles, pressuposto da efetividade da proteção da Propriedade Intelectual, é, certamente, a existência de um sistema nacional de inovação organizado, com objetivos e estratégias definidas, sem o qual nenhum desses benéficos efeitos poderia ser sentido.

Ocorre que, a própria experiência dos países desenvolvidos demonstra que não se constrói um sistema nacional de inovação operante e eficiente da noite para o dia, ou sequer em uma década, mormente quando se trata de países em grau incipiente ou intermediário de industrialização.

Um sistema nacional de inovação é formado pela coordenação orquestrada de diversos atores – tais como empresas, universidades, institutos de pesquisa – e setores da economia, pressupondo políticas públicas orientadas para o avanço tecnológico e para o fomento do comércio internacional, e demandando investimentos internos, mormente na área de educação, a fim de injetar no mercado pessoal qualificado e capacitado:

Uma importante característica que distingue países que apoiam empresas competitivas e inovadores reside nos sistemas de educação e treinamento que fornecem a estas firmas um fluxo de pessoas com conhecimento e habilidades. [...] Os exemplos de Coreia e de Taiwan, e de outros ‘tigres’ asiáticos, podem ser vistos como casos notavelmente bem-sucedidos de crescimento orientado pela educação. Assim, de acordo com os autores de seus estudos, a capacidade das empresas desses países em evoluir rapidamente dos produtos relativamente simples

que fabricavam nos anos 1950 e 1960 para outros mais complexos e tecnologicamente sofisticados que passaram a produzir com sucesso nos anos 1980, tornou-se possível graças à disponibilidade local de uma força de trabalho jovem dotada da escolaridade necessária para esses novos empregos. Por seu lado, os casos da Argentina e Israel sugerem, no entanto, que a disponibilidade de uma força de trabalho educada não é suficiente em si. [...]

Outro fator que parece diferenciar os países cujas empresas são efetivamente inovadoras daqueles que não as possuem está no pacote de políticas fiscais, monetárias e de comércio internacional. Nos casos em que as exportações se tornaram atraentes para as empresas, estas foram induzidas a inovar e competir. Nos casos em que as exportações têm sido difíceis ou insuficientemente atrativas, as empresas tenderam a satisfazer-se com seus mercados locais e a pedir proteção quando estavam em perigo. [...] O que se quer dizer com isso é que os incentivos à exportação são importantes porque para a maioria dos países, se as empresas não competem no mercado mundial, elas nunca chegam a competir fortemente.<sup>29</sup>

Para que os primeiros resultados sejam sentidos, é necessário, portanto, não só que as políticas se desenvolvam de forma continuada, como igualmente que transcorra um significativo lapso temporal.

Quando da entrada em vigor do Acordo TRIPS, em 1995, entretanto, apenas os Estados-membros desenvolvidos possuíam um sistema nacional de inovação estruturado e um setor de P&D em condições de gerar densidade considerável de conhecimento e tecnologia. O resultado é que a incorporação dos patamares mínimos internacionais de proteção da Propriedade Intelectual pelos Estados-membros em desenvolvimento não trouxe o estímulo e os benefícios locais idealizados por estes e propagandeados pelos Estados-membros desenvolvidos quando da negociação do Acordo TRIPS.

Certamente, pouco ou nenhum efeito concreto poderia advir de uma legislação nacional que minimiza os riscos inerentes à atividade de pesquisa a partir do aumento da apropriabilidade do conhecimento empregado e da tecnologia desenvolvida, quando se está diante de um país com um sistema de inovação precário e insipiente – muitas vezes até mesmo inexistente.

Tais benéficos efeitos, em verdade – e nada surpreendentemente –, foram quase que exclusivamente sentidos pelos próprios Estados-membros desenvol-

<sup>29</sup> NELSON, Richard R. *As fontes do crescimento econômico*. Trad. Adriana Gomes de Freitas. São Paulo: Unicamp, 2006. p. 446.

vidos – ressalva feita para a China, cuja regra é exatamente que seja a exceção –. Tanto é assim que, após 17 anos de vigência do Acordo TRIPS, ainda é irrisória a produção tecnológica dos Estados-membros em desenvolvimento frente à pujança dos desenvolvidos. É o que evidenciam as tabelas a seguir, elaboradas a partir de informações extraídas da base de dados do Sistema PCT, que trazem os 15 países que mais depositaram pedidos de patentes nos anos de 1994 – imediatamente anterior à entrada em vigor do Acordo TRIPS – e de 2011:

**Tabela 1** – 15 maiores depositários de pedidos de patente através do Sistema PCT no ano de 1994 por país de origem.

	País de origem	Nº pedidos	% do total
1	EUA	14,798	43.39
2	Alemanha	4,294	12.59
3	Reino Unido	3,212	9.42
4	Japão	2,290	6.71
5	França	1,631	4.78
6	Suécia	1,250	3.67
7	Austrália	803	2.35
8	Holanda	780	2.29
9	Canadá	748	2.19
10	Suíça	640	1.88
11	Finlândia	592	1.74
12	Dinamarca	523	1.53
13	Itália	518	1.52
14	Rússia	343	1.01
15	Áustria	258	0.76
	Demais Países	1424	4.17
	Total Geral	34,104	100

Fonte: WIPO - PCT Yearly Review, 1994.

**Tabela 2** – 15 maiores depositários de pedidos de patente através do Sistema PCT no ano de 2011 por país de origem.

	País de origem	Nº pedidos	% do total
1	EUA	48,596	26.7
2	Japão	38,888	21.4
3	Alemanha	18,568	10.2
4	China	16,406	9.0
5	Rep. Coreia	10,447	5.7
6	França	7,664	4.2

7	Reino Unido	4,844	2.7
8	Suíça	3,999	2.2
9	Holanda	3,494	1.9
10	Suécia	3,466	1.9
11	Canadá	2,923	1.6
12	Itália	2,671	1.5
13	Finlândia	2,080	1.1
14	Austrália	1,740	1.0
15	Espanha	1,725	0.9
	Demais Países	14,389	7.9
	Total Geral	181,900	100

Fonte: WIPO - PCT Yearly Review, 2012.

No ano de 1994, imediatamente anterior à entrada em vigor do Acordo TRIPS, quando o PCT contava com 73 Estados-partes, os 15 maiores depositários – todos eles países desenvolvidos – eram responsáveis por mais de 95% do total dos pedidos de depósito de patente. Os 58 países restantes representavam a parcela ínfima de 4,17% do total dos pedidos, o que significa que sua participação média era equivalente a 0,07%.

Em 2011, o número de signatários do PCT cresceu para 146 países, contudo, os 15 maiores depositários ainda representavam mais de 92% do total dos pedidos de depósito internacional de patentes, enquanto que os 131 restantes – a quase totalidade dos quais países em desenvolvimento –, representavam um volume de apenas 7,9% desse total, isto é, uma média de 0,06% por país.<sup>30</sup>

Note-se que dentre os 15 maiores depositários de pedidos de patentes no ano de 2011, 12 já se encontravam entre os 15 maiores depositários desde 1994. Apenas China, República da Coreia e Espanha ascenderam ao grupo tomando o lugar que antes era ocupado por Dinamarca, Rússia e Áustria, observando-se ainda alguns pequenos rearranjos nas colocações.

Importante destacar, todavia, que a ascensão da China – único país dentre os 15 maiores depositários que é classificado como país em desenvolvimento –, ao grupo dos 15 maiores depositários de pedidos de patentes por meio

<sup>30</sup> Em 2011, o Brasil depositou por meio do Sistema PCT, 572 pedidos de patentes, ou 0,31% do total de pedidos no ano, o que representa um enorme crescimento se comparado com os valores de 1994, quando o país depositou apenas 48 pedidos de patente – o que representava 0,14% do total –. A performance do Brasil, todavia, ainda é tímida e bastante insipiente se comparada com o desempenho de países emergentes como China, com 16.406 pedidos em 2011, Índia, com 1.430, e Rússia, com 964.



do Sistema PCT não está de forma alguma atrelada a um eventual incremento de seu setor de pesquisa e desenvolvimento proporcionado pelo Acordo TRIPS. Muito pelo contrário, isso se fez possível graças à estratégica utilização do prazo estendido de transição que lhe foi concedido para se adequar às disposições do Acordo TRIPS, período ao longo do qual se valeu de alguns artifícios de juridicidade duvidosa para impulsionar sua indústria manufatureira.

O que se verifica, portanto, é que, longe de atuar como mecanismo de promoção do desenvolvimento econômico e inovativo dos diversos Estados-membros da OMC, em consonância com o interesse público subjacente à proteção da Propriedade Intelectual e na esteira do objetivo último em seu bojo enunciado, o Acordo TRIPS, em verdade, vem servindo de meio de perpetuação e agravamento do hiato tecnológico existente entre Estados-membros desenvolvidos e em desenvolvimento, inviabilizando a concretização do *catching-up*.

Desde o princípio, referido acordo vem sendo manipulado de modo convergente aos interesses de um seletivo grupo de empresas que lograram alcançar posição de influência no cenário político e econômico internacional,<sup>31</sup> e que, coincidentemente ou não, correspondem à quase integralidade dos 50 maiores depositários de patentes, por meio do sistema PCT, conforme demonstra a tabela abaixo:

**Tabela 3** - Ranking das 50 empresas que mais depositaram patentes através do Sistema PCT, no ano de 2010.

Posição	Empresa	País de origem	Nº de Pedidos
1º	Panasonic	Japão	2.154
2º	ZTE	China	1.863
3º	Qualcomm	EUA	1.677
4º	Huawei	China	1.528
5º	Philips	Holanda	1.435
6º	Bosch	Alemanha	1.301
7º	LG	R. Coreia	1.298
8º	Sharp	Japão	1.286
9º	Ericsson	Suécia	1.149
10º	NEC	Japão	1.106
11º	Toyota	Japão	1.095
12º	Siemens	Alemanha	833

<sup>31</sup> NELSON, Richard R. *As fontes do crescimento econômico*. Trad. Adriana Gomes de Freitas. São Paulo: Unicamp, 2006. p. 435.

13º	Basf	Alemanha	818
14º	Mitsubishi Elet.	Japão	726
15º	Nokia	Finlândia	632
16º	3M	EUA	586
17º	Samsung	R. Coreia	578
18º	HP	EUA	564
19º	Fuji	Japão	476
20º	Microsoft	EUA	469
21º	Dupont	EUA	452
22º	IBM	EUA	416
23º	Mitsubishi Ind.	Japão	391
24º	Canon	Japão	379
25º	Hitachi	Japão	373
26º	Bosch	Alemanha	371
27º	Procter Gamble	EUA	359
28º	Sony	Japão	347
29º	Nokia/Siemens	Finlândia	345
30º	NXP	Holanda	320
30º	Sumitomo	Japão	320
32º	Toshiba	Japão	313
33º	Applied Materials	EUA	313
34º	Thomson	França	311
35º	Honda	Japão	309
36º	Comissariado Energia Atômica	França	308
37º	Baker	EUA	307
38º	U. Califórnia	EUA	306
38º	Murata	Japão	306
40º	Fraunhofer	Alemanha	298
40º	NTT	Japão	298
42º	Motorola	EUA	290
42º	Pioneer	Japão	290
44º	Sony Ericsson	Suécia	289
44º	Dow Global	EUA	289
44º	Medtronic	EUA	289
47º	Kodak	EUA	284
48º	Kyocera	Japão	279
49º	Alcatel	França	275
49º	Fujifilm	Japão	275
49º	Henkel	Alemanha	275

Fonte: WIPO - PCT Yearly Review, 2011.

É interessante notar que a maioria das empresas transnacionais elencadas no ranking é oriunda de países desenvolvidos, sendo que para galgar a posição ora observada, muitas delas recorreram a subterfúgios não ortodoxos contra os quais hoje se voltam, empenhando-se em taxá-los de ilícitos com fins a impedir que suas concorrentes possam deles se valer para se tornarem competitivas.

Com efeito, não foram poucos – para não dizer todos – os países desenvolvidos que lançaram mão de mecanismos como a proteção tarifária, a cooptação de mão de obra estrangeira especializada, e incentivaram ardis como a engenharia reversa, a espionagem industrial, a violação patentária e o contrabando de maquinário, para promover o avanço tecnológico quando se encontravam em processo de *catching-up*, como é o caso da Inglaterra, no final do século XIX, e dos EUA, Japão e Alemanha, no início do século XX. Porém, agora que lograram superar tal fase, valem-se de sua representatividade e de seu poderio internacional, para implementar um sistema que veda tais práticas, garantindo que a posição de supremacia se consolide.<sup>32</sup>

Vale salientar que não é intenção deste trabalho colocar em xeque o instituto da Propriedade Intelectual, ou muito menos incentivar a anarquia internacional no que diz respeito à questão assaz relevante. Assim como é certo que o comércio internacional deve dar-se segundo regras mínimas que garantam os interesses das partes envolvidas – para o que vem colaborar a proteção da Propriedade Intelectual –, é igualmente certo que a garantia dos interesses das partes envolvidas não pode dar-se de modo tal que implique a anulação do interesse público subjacente ao comércio internacional. Em outras palavras, e trazendo a consideração para o campo específico do presente trabalho, a proteção da Propriedade Intelectual não pode nortear-se exclusivamente pelos interesses de particulares, devendo, de outro modo, orientar-se sempre em estrita consonância com o interesse público que lhe é peculiar, promovendo, na medida do possível, o balanceamento entre eles.

## 5. CONCLUSÃO

Retomando, portanto, a indagação feita na introdução do presente trabalho, acredita-se que a ineficácia do

<sup>32</sup> CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2004. p. 114.

Acordo TRIPS na promoção de seus objetivos decorre da intrínseca contradição encerrada em seu bojo, visto que o modelo padronizado de proteção da Propriedade Intelectual adotado pelo indigitado acordo é absolutamente conflitante com os seus objetivos declarados. A abordagem *one-size-fits-all* adotada pelo Acordo TRIPS, que prevê um tamanho único de proteção à Propriedade Intelectual que supostamente serviria ao interesse de todos, vem sendo manipulada de modo dissonante dos objetivos que deveriam norteá-la, com vistas a vestir tão-somente os interesses dos Estados-membros desenvolvidos<sup>33</sup> – com ressalva para a China, talvez por ter sabido melhor aproveitar a dilação de prazo que lhe foi concedida para se adequar às disposições do Acordo TRIPS –, e mais especificamente das empresas transnacionais.

Com efeito, os objetivos declarados no bojo do Acordo TRIPS, no sentido de que a Propriedade Intelectual fosse protegida e aplicada de forma a contribuir para a inovação e disseminação da inovação tecnológica e para a promoção do bem-estar social e econômico, serviram apenas de ferramenta hipócrita de negociação, tendo sido absolutamente negligenciados ao longo dos 16 anos de vigência do acordo.

Por certo, o estímulo ceticamente idealizado pelos Estados-membros em desenvolvimento, quando da negociação do Acordo TRIPS, seria sentido localmente, isto é, a incorporação nas legislações internas dos padrões previstos de proteção da Propriedade Intelectual auxiliaria no incremento da atividade inovativa nacional, atraindo mais pesquisadores e fomentando o setor de P&D interno, a partir da diminuição dos riscos e do aumento da apropriabilidade do conhecimento empregado e da tecnologia desenvolvida. Entretanto, sua apreensão em relação ao referido acordo ora avulta não ter sido de todo infundada.

Indubitavelmente, a ciência de suas limitações e defasagens tecnológicas – que no caso de alguns decorre de um histórico nacional de colonização e imperialismo, no caso de outros de uma política externa subserviente e acomodada –, impedia-os de acreditar na concretização das tantas virtudes anunciadas como predicados do Acordo TRIPS.

<sup>33</sup> MICHALOPOULOS, Constantine. Special and differential treatment of developing countries in TRIPS. *Quaker United Nations Office (QUANO)*, Geneva, 2003. Disponível em: <[http://www.geneva.quano.info/pdf/SDT\(Euro\)final.pdf](http://www.geneva.quano.info/pdf/SDT(Euro)final.pdf)>.

Assim, como é inquestionável que devem os Estados-membros menos desenvolvidos e os em desenvolvimento envidar esforços no sentido da estruturação de um sistema nacional de inovação, é igualmente certo que, diante da progressiva tendência de internacionalização do mercado, isso só será possível mediante reflexão acerca das conquistas alcançadas e desafios a serem enfrentados pelo Acordo TRIPS. E quanto aos desafios, o primeiro deles é certamente dar maior efetividade aos objetivos em seu bojo declarados, que até então permanecem como letra morta.

Talvez agora, que já foi cumprido o cronograma de internalização dos padrões mínimos por parte dos Estados-membros em desenvolvimento, o que constituía a preocupação precípua do Conselho do TRIPS ao longo dos últimos anos, possam as atenções se voltar, ao menos um pouco, no sentido da implementação dos objetivos subjacentes ao TRIPS e possa o referido acordo atuar como colaborador da superação do paradigma periferia-centro e não como seu algoz perpetuador.

O caminho para tanto parece partir de um necessário balanceamento dos interesses atrelados à proteção da Propriedade Intelectual, a ser alcançado durante as rodadas de negociação da OMC mediante a provocação dos Estados-membros em desenvolvimento que hão de adotar uma postura mais ativa e uníssona nos moldes do que tem ocorrido durante a atual Rodada (Doha) no que diz respeito à saúde pública.

O passo inicial seria uma mudança de olhar sobre o Acordo TRIPS, que já não pode mais ser interpretado como um simples mecanismo de comoditização da Propriedade Intelectual, devendo, isso sim, assumir o papel de um sistema internacional de inovação,<sup>34</sup> operacionalizando, exemplificativamente, dispositivos em seu bojo adormecidos como o que contém o compromisso dos Estados-membros desenvolvidos de promover e incentivar a transferência de tecnologia para os Estados-membros menos desenvolvidos (art. 66).<sup>35</sup> Essa, todavia, é questão intrincada, que extrapola o objeto do presente

<sup>34</sup> CARLSON, Bo. *Internationalization of innovation systems: a survey of the literature*. Disponível em: <[http://www.sussex.ac.uk/Units/spru/events/KP\\_Conf\\_03/documents/Carlsson.pdf](http://www.sussex.ac.uk/Units/spru/events/KP_Conf_03/documents/Carlsson.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2012.

<sup>35</sup> “Artigo 66 – Estados-membros menos desenvolvidos. Os Estados-membros desenvolvidos devem providenciar incentivos para empresas e instituições em seus territórios com o propósito de promover e encorajar a transferência de tecnologia para os Estados-membros menos desenvolvidos, a fim de proporcionar a criação de uma base tecnológica sólida e viável”.

estudo e demanda análise pormenorizada que indubitavelmente será obra de trabalhos ulteriores.

Por ora, vale apenas refletir que a Propriedade Intelectual, muito além de *commodity* no mercado internacional, é parte dos meios para a consecução de um fim a ser levado em consideração dentro de uma estratégia maior de promoção do desenvolvimento econômico e do bem-estar social mundial. Seu papel pode ser de destaque dentro da estratégia da OMC para alcançar o crescimento econômico e sua existência pode ser importante por si só. No entanto, não se pode jamais perder de vista que o objetivo precípua da OMC é melhorar os padrões mundiais de vida por meio da liberalização do comércio internacional<sup>36</sup> e não simplesmente proteger a Propriedade Intelectual.<sup>37</sup>

## REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick M. The enduring enigma of TRIPS: a challenge for the world economic system. *Journal of international economic law*, Oxford University Press, Londres, v. 1, art. 4, p. 497-521, 1998.

CARLSON, Bo. *Internationalization of innovation systems: a survey of the literature*. Sussex, Brighton, 2003. Disponível em: <[http://www.sussex.ac.uk/Units/spru/events/KP\\_Conf\\_03/documents/Carlsson.pdf](http://www.sussex.ac.uk/Units/spru/events/KP_Conf_03/documents/Carlsson.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2012.

CAROLAN, Michael S. Making patents and intellectual property work: The asymmetric “Harmonization” of TRIPs. *Organization and environment*, v. 21, n. 3, sept. 2008, p. 295-310. Disponível em: <<http://www.ibcpe-ru.org/doc/isis/10518.pdf>>.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araujo. São Paulo: Unesp, 2004.

<sup>36</sup> Conforme declarado no Preâmbulo do Acordo de Marraqueche: “Reconhecendo que suas relações no campo comercial e econômico devem ser conduzidas com vistas a melhorar os padrões mundiais de vida, a assegurar o pleno emprego e o aumento significativo do volume de lucro real e demanda efetiva, além de expandir a produção e comercialização de bens e serviços, ao passo em que concomitantemente possibilita a utilização ótima dos recursos mundiais de acordo com o objetivo do desenvolvimento sustentável, buscando tanto preservar quanto proteger o meio ambiente, realçando os meios para tanto de forma consistente com as preocupações e necessidades respectivas de cada um dos diferentes níveis de desenvolvimento econômico [...]”.

<sup>37</sup> ABBOTT, Frederick M. The enduring enigma of TRIPS: a challenge for the world economic system. *Journal of international economic law*, Oxford University Press, v. 1, art. 4, p. 497-521.



- CORREA, Carlos. Review of the TRIPS agreement: fostering the transfer of technology to developing countries. *TWN: Third world network*, 2000(?). Disponível em: <<http://www.twinside.org.sg/title/foster.htm>>.
- DRAHOS, Peter. Global property rights in information: the story of TRIPS at the GATT. *Prometheus*, v.13, n.1, jun. 1995. Disponível em: <[http://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/articles/pdfs/1995globalproprightsinfo\\_drahos.pdf](http://www.anu.edu.au/fellows/pdrahos/articles/pdfs/1995globalproprightsinfo_drahos.pdf)>.
- GONTIJO, Cícero. *As transformações do Sistema de Patentes, da Convenção de Paris ao Acordo TRIPS: a posição brasileira*. Fundação Heinrich Boll, 2005. Disponível em: <[http://fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publikationen/C\\_cero-FDCL.pdf](http://fdcl-berlin.de/fileadmin/fdcl/Publikationen/C_cero-FDCL.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2012.
- LESSER, William. The effect of TRIPS-mandated intellectual property rights on economic activities in developing countries: 2000. *World intellectual property organization (WIPO)*. Disponível em: <[http://www.wipo.int/about-ip/en/studies/pdf/ssa\\_lesser\\_trips.pdf](http://www.wipo.int/about-ip/en/studies/pdf/ssa_lesser_trips.pdf)>.
- MICHALOPOULOS, Constantine. special and differential treatment of developing countries in TRIPS. *Quaker United Nations Office (QUNO)*, Geneva, 2003. Disponível em: <[http://www.geneva.quuno.info/pdf/SDT\(Euro\)final.pdf](http://www.geneva.quuno.info/pdf/SDT(Euro)final.pdf)>.
- NELSON, Richard R. *As fontes do crescimento econômico*. Trad. Adriana Gomes de Freitas. São Paulo: Unicamp, 2006.
- SHEKHAR, Soumya. TRIPS and developing countries. *Legal India: legal service network & free law resource portal*, 2008(?). Disponível em: <<http://www.legalindia.in/trips-and-developing-countries>>.
- VARELLA, Marcelo Dia; SILVA, Alice Rocha da. A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. *Revista brasileira de política internacional*. v. 49, n. 2, Brasília, jul/dez. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 13 abr. 2012.
- YU, Peter K. *The objectives and principles of the TRIPS Agreement*. 2009. Disponível em: <<http://www.peteryu.com/correa.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2012.
- WIPO. *PCT Yearly Review: the international patent system: 1994*. Disponível em: <[http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/activity/pct\\_1994.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/en/activity/pct_1994.pdf)>.
- WIPO. *PCT Yearly Review: the international patent system: 2011*. Disponível em: <[http://www.wipo.int/freepublications/en/patents/901/wipo\\_pub\\_901\\_2010.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/en/patents/901/wipo_pub_901_2010.pdf)>.
- WIPO. *PCT Yearly Review: the international patent system: 2012*. Disponível em: <[http://www.wipo.int/freepublications/en/patents/901/wipo\\_pub\\_901\\_2012.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/en/patents/901/wipo_pub_901_2012.pdf)>.
- WIPO. *Intellectual property handbook: policy, law and use*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**É interessante para o Brasil  
aderir ao acordo sobre compras  
governamentais da OMC?\***

**Is it interesting to Brazil join  
the government procurement  
agreement of the WTO**

Clarissa Chagas Sanches Monassa  
Aubrey de Oliveira Lionelli



# É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC?

## Is it interesting to Brazil join the government procurement agreement of the WTO\*

Clarissa Chagas Sanches Monassa

Aubrey de Oliveira Leonelli<sup>1</sup>

### RESUMO

A correta utilização do instituto jurídico da licitação, seja no âmbito nacional ou internacional, prevê que sejam elaboradas normativas que privilegiem a livre concorrência, bem como a transparência do processo licitatório. O presente artigo objetiva apresentar um estudo jurídico acerca das normas brasileiras sobre licitações e traçar um comparativo com as regras internacionais contidas no Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (OMC), a fim de verificar se há interesse para o Brasil em fazer parte desse Acordo, destacando, para tanto, os argumentos teórico-jurídicos favoráveis e os contrários e verificando a questão da transparência e da livre concorrência presentes nessas normativas. Para alcançar o objetivo supramencionado, via método comparativo, primeiramente realizou-se revisão bibliográfica sobre a dinâmica das negociações comerciais no âmbito da OMC, suas regras para licitação internacional e as normas jurídicas vigentes no direito administrativo brasileiro sobre compras governamentais. Em seguida, estabeleceu-se breve análise comparativa entre os dois regimes jurídicos, destacando semelhanças e diferenças. Concluiu-se que, apesar do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC ser de grande valia, norteando os processos licitatórios de seus membros, no Brasil, a legislação vigente é bastante abrangente e complexa, garantindo aos participantes um processo eficiente e isonômico. Desta feita, parece acertado dizer que, para o Brasil, seria desnecessário aderir ao Acordo e abrir o seu mercado de licitações nos moldes traçados pela normativa OMC. Cumpre salientar que a temática do artigo é inédita, relevante e multidisciplinar, sendo que aspectos de política e economia corroboraram para o desenvolvimento da proposta. Além disso, os processos de compras governamentais mundiais giram em torno de 10 a 15% do PIB dos países, sendo de grande relevância econômica, política e social.

**Palavras-chave:** Licitação internacional. OMC. Acordo sobre compras governamentais. Direito comparado.

### ABSTRACT

The correct use of the government procurement legal institute, whether at the national or international level, provides that elaborate regulations that favor free competition and transparency in the government procurement process. This article presents a study about the legal standards in Brazil on government procurement and draw a comparison with international rules

<sup>1</sup> A primeira autora é Mestre em Direito do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/UNIVEM (2005), doutoranda em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica da Argentina. Professora da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília e da Faculdade de Direito da Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura/OAPEC. O segundo autor é graduado em Relações Internacionais pela Unesp - Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - Campus Marília - e graduando em Direito pelo UNIVEM. Email: clarissa@univem.edu.br e oliveira.leonelli@gmail.com

\* Recebido em: 31.03.2013

Aprovado em: 22.05.2013



contained in the Agreement on Government Procurement of the World Trade Organization (WTO), in order to check if there is interest for Brazil to be part this Agreement, highlighting, for both the theoretical and legal arguments in favor and against and verifying the issue of transparency and free competition present in these regulations. To achieve the above objective, via the comparative method, first held bibliographic review on the dynamics of trade negotiations in the WTO, its rules for government procurement and legal norms in force in the Brazilian administrative law on government procurement. Then settled soon comparative analysis between the two legal regimes, highlighting similarities and differences. It was concluded that, despite the Government Procurement Agreement of the WTO be valuable, guiding the bidding process for its members, current legislation in Brazil is quite comprehensive and complex, providing participants an efficient and isonomic. This time, it seems reasonable to say that Brazil would be unnecessary to join the agreement and open its government procurement market in the manner set by the WTO rules. It should be noted that the theme of the article is unique, relevant and multidisciplinary, and aspects of politics and economics corroborated for the development of the proposal. Moreover, the processes of government procurement worldwide revolve around 10-15% of GDP, with the great economic, political and social bearing.

**Keywords:** International bidding process. WTO. Government procurement agreement. Comparative law

## 1. INTRODUÇÃO

O processo de globalização econômica<sup>2</sup> fez com que as oportunidades de negócios internacionais se amplias-

<sup>2</sup> “[globalização] pode ser entendida como a ocorrência simultânea de três processos: crescimento extraordinário dos fluxos internacionais de produtos e capitais, acirramento da concorrência internacional e maior interdependência entre empresas e economias nacionais”. SADER, Emir (Org.). *O nó econômico*. São Paulo: Record, 2003, p. 22. Ainda, nas palavras de Soares, a dimensão jurídica do fenômeno da globalização: “Esta é uma faceta da globalização pouco percebida ou compreendida. Nos últimos anos, o Direito Internacional Público, por meio de tratados internacionais, vem se tornando uma das principais fontes das legislações domésticas dos países em temas críticos da agenda diplomática internacional, como meio ambiente, comércio internacional, patentes e serviços”. SOARES, Cláudio César. *Introdução ao comércio exterior: fundamentos teóricos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 210.

sem, aproximando mercados e permitindo a exploração de outros antes não tão acessíveis. Enquanto membro desse processo, a Administração Pública pode aproveitar as vantagens disponíveis, como financiamentos internacionais<sup>3</sup> ou a possibilidade de contratar fornecedores estrangeiros, abrindo o campo de sua atuação e as oportunidades de contratação, com vistas a melhorar os serviços públicos<sup>4</sup> por ela prestados. Nas palavras de Granzieira: “A tendência predominante na evolução do chamado mundo civilizado é a globalização. Com ela, diminuem as distâncias, a comunicação torna-se ilimitada e as fronteiras arrefecem sua caracterização internacional”.<sup>5</sup>

As mudanças no mundo hodierno são cada vez mais rápidas; o Estado não pode mais se manter isolado das práticas negociais além-fronteiras, vez que almeja consolidar-se economicamente e conquistar novos mercados. Existe, dessa forma, a necessidade de os novos mercados padronizarem suas condutas, relacionarem-se e se integrarem com os demais agentes internacionais, a fim de somar suas expectativas às expectativas dos demais, atuando em parceria.<sup>6</sup> O fato é que:

As mudanças atingem todos os setores e não se pode deixar de lado a própria Administração Pública, tão mais próxima do início do século XX que do presente. O Estado, por intermédio de seu Poder Executivo, enfrenta o desafio de se modernizar rapidamente, pois não há como permanecer estático. Daí as “revoluções” no papel do Estado, que hoje tende a diminuir, compartilhando com

<sup>3</sup> Como o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (ou Banco Mundial), o Fundo Monetário Internacional, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, e o Plano das Nações Unidas para o Desenvolvimento etc.

<sup>4</sup> Define-se serviço público como “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

<sup>5</sup> GRANZIEIRA, M. L. M. Licitações Internacionais. In: RODAS, João G. (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230.

<sup>6</sup> Na argumentação de Monassa: “As novas realidades, ou a chamada nova ordem mundial, abre questões específicas para a história e para o direito, especialmente no que concerne às relações entre economias nacionais e a expansão do capitalismo mundial, bem como para as regras de conduta que regem estas relações, fazendo um paralelo entre o comportamento local de determinada economia e o desempenho dela diante do capitalismo global, ou globalização da economia”. MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. *Sociedade tecnológica: relações jurídicas internacionais de comércio à luz do Princípio da Ética da Responsabilidade de Hans Jonas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 31.

a iniciativa privada os ônus dos investimentos públicos, mediante as denominadas “parcerias”.<sup>7</sup>

Nesse contexto, as compras governamentais contribuem sobremaneira para promover desenvolvimento e melhoria na qualidade da prestação dos serviços públicos, especialmente quando existe a possibilidade de concorrência para fornecedores estrangeiros.

[...] cumpre assinalar a importância assumida atualmente pelo instituto da licitação. Com efeito, em sua evolução histórica a Administração Pública foi paulatinamente aumentando sua esfera de atuação, por meio do desempenho de novas funções exigidas pela complexidade da vida moderna. Conseqüentemente, foi também pouco a pouco crescendo a significação econômica dos gastos da Administração, sendo que hoje em dia já representa uma parcela considerável no mercado consumidor de bens e serviços.<sup>8</sup>

Destaque-se a relevância do presente estudo, cujo objetivo é apresentar uma comparação entre o Direito Administrativo brasileiro sobre compras governamentais e as normas existentes na Organização Mundial do Comércio (OMC) relativas a essa questão, no intuito de responder se é ou não interessante para o Brasil aderir ao Acordo da OMC sobre compras governamentais, do ponto de vista jurídico. De maneira mais específica, primeiro analisam-se os sistemas jurídicos em que essas normas estão inseridas para, então, estabelecerem-se similitudes e discrepâncias, no intuito de estipular se as diferenças são suficientes para justificar a adesão do Brasil ao Acordo.<sup>9</sup>

Os processos de compras governamentais têm grande importância na economia mundial, girando em torno de 10 a 15% do PIB dos países, sendo de grande relevância econômica, política e social. Embora não seja possível precisar quanto desse valor é realmente destinado a aquisições internacionais, é certa a magnitude das transações em compras governamentais.

A OMC foi escolhida por ser a principal organização internacional<sup>10</sup> relacionada aos temas de comércio

internacional. Ela funciona como um repositório de normas jurídicas,<sup>11</sup> dentre as quais estão as compras governamentais, além de possuir ordenamento jurídico próprio para o assunto, o *Government Procurement*<sup>12</sup> *Agreement (GPA)*.

Ressalte-se, além do mais, que os termos referentes a “compras governamentais”, “licitação” ou “aquisições públicas” devem ser esclarecidos. O primeiro termo é a terminologia genérica utilizada no plano internacional para se referir ao processo que no Brasil é chamado de licitação. Já o último caso tem seu termo inserido na espécie “licitação”, uma vez que a licitação pode ser tanto para aquisição de bens e serviços, quanto em casos de concursos e leilões.

Para responder a pergunta expressa no título do artigo, utilizou-se de método comparativo. Mais especificamente, demonstra-se que não há motivos para a adesão ao GPA, uma vez que as normas nacionais já promovem o necessário e devido sistema de igualdade entre os participantes nacionais e estrangeiros.

Primeiramente, o artigo versa sobre generalidades da OMC e do GPA, bem como aborda as principais regras do regime jurídico da licitação no Brasil para, então, finalmente, observar as características, tanto antagônicas como análogas, dos dois regimes jurídicos. Vale ressaltar que não se trata de um aporte exaustivo da temática posta, entretanto contribui para a Academia quando focaliza os aspectos mais relevantes desse importante tema.<sup>13</sup>

---

Estados que podem ser definidas da seguinte forma: trata-se de uma sociedade de Estados, constituída através de um Tratado, com a finalidade de buscar interesses comuns, através de uma permanente cooperação entre seus membros”. SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32-33.

<sup>7</sup> “O direito da OMC é composto por uns cinquenta tratados sobre os mais diversos assuntos. Alguns são muito genéricos, outros bastante específicos.” VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 296.

<sup>12</sup> “*Procurement*” pode se traduzido como “obtenção” ou “aquisição” e é empregado em conjunto com “*government*” para indicar as compras realizadas por entidades governamentais.

<sup>13</sup> Nesse sentido, “[...] é evidente que esse procedimento pode ser examinado sob vários aspectos. Pode-se, por exemplo, analisá-lo quanto ao aspecto econômico, com objetivo de se obter a maximização dos recursos públicos ou o desenvolvimento de mercado; pode-se, ainda, apreciá-lo do ponto de vista da ciência da Administração, a fim de se identificar as rotinas administrativas mais convenientes”. DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

<sup>7</sup> GRANZIEIRA, M. L. M. Licitações Internacionais. In: RODAS, João G. (Coord.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 230.

<sup>8</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

<sup>9</sup> É claro que não é possível esgotar o assunto em apenas um trabalho. Foram escolhidas as questões mais pertinentes, ou seja, de maior saliência e relevância prática, e que possibilitam a compreensão do tema sem grandes perdas ou lacunas no estudo.

<sup>10</sup> O conceito de organização internacional aqui utilizado foi definido por Seitenfus, consistindo em “associações voluntárias de

## 2. ASPECTOS GERAIS SOBRE A OMC E O GOVERNMENT PROCUREMENT AGREEMENT (GPA)

A OMC foi criada como um fórum internacional para discussão e negociação de temas relacionados à liberalização do comércio como, redução de tarifas, medidas antidumping, dentre outros temas importantes para o processo de facilitação das parcerias comerciais. De acordo com Magnoli: “A OMC foi o fruto mais importante do longo período de expansão acelerada do comércio internacional. [...] A dinâmica de crescimento do comércio mundial e de institucionalização do sistema comercial multilateral tem profundas repercussões sobre a política internacional”.<sup>14</sup> Sendo a OMC sucessora do GATT, este estabelecido logo após a Segunda Guerra Mundial,<sup>15</sup> as negociações por ele iniciadas foram continuadas e ampliadas, de tarifas a liberalização de bens e serviços, propriedade intelectual, investimentos e compras governamentais, entre outras,<sup>16</sup> tendo a organização entrado em operação em 1995.

Sua história tem início logo após os acontecimentos pós Segunda Guerra, em 1941, quando, prevendo o final da guerra, Wilson Churchill e Franklin Delano Roosevelt firmaram, por meio da Carta do Atlântico, um conjunto de princípios relacionados ao livre comércio, como a autodeterminação dos povos e o amplo acesso a matérias primas.<sup>17</sup> Esses chefes de Estado entendiam que “[...] o conflito teve origem na batalha comercial travada pelos principais países durante a década de 1930”.<sup>18</sup> Por isso, uma organização internacional do comércio seria uma solução possível e a mais viável a fim de evitar futuros grandes conflitos armados originados em assuntos relativos ao comércio.

Nesse sentido, em Bretton Woods, no ano de 1944, foi selado o acordo que criaria três instituições internacionais:

<sup>14</sup> MAGNOLI, Demétrio; SERRAPIÃO JR, Carlos. *Comércio exterior e negociações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99.

<sup>15</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *What is the world trade organization?* 2013. Disponível em: <[http://wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact1\\_e.htm](http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>16</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *What is the world trade organization?* 2013. Disponível em: <[http://wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact1\\_e.htm](http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.

<sup>17</sup> JOB, Ulisses da Silveira. *OMC: multilateralismo e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 25-26.

<sup>18</sup> SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 214.

o Fundo Monetário Internacional (FMI), com a função de manter a estabilidade das taxas de câmbio e das balanças de pagamentos; o Banco Mundial (BIRD), provendo capital para a reconstrução dos países afetados pela guerra; e a Organização Internacional do Comércio (OIC), que coordenaria as negociações para a abertura do comércio internacional. O objetivo dessas instituições era fomentar a cooperação internacional em torno do comércio.<sup>19</sup>

No lugar da OIC, foi consolidada apenas uma parte do tratado institutivo dessa organização, aquela concernente à redução de tarifas. A essa parte foi atribuído o nome de *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*.

O sistema GATT permitiu o avanço nas negociações sobre redução de tarifas; contudo, com o passar do tempo, houve a necessidade de mudança do GATT para uma organização internacional (OMC), uma vez que aquele não mais proporcionava soluções consideradas adequadas para as partes contratantes, enquanto este último passaria a fornecer um ambiente mais harmonioso para as relações econômicas internacionais.<sup>20</sup> De acordo com Lafer:

A OMC derivou do GATT, mas foi muito além do GATT. Tem um número muito maior de membros, em função do seu alargamento *ratione personae*, e uma vocação de universalidade, pela lógica do processo de acessões. Tem normas de maior alcance, por conta do seu aprofundamento *ratione materiae*, pois agora abrange serviços, propriedade intelectual, medidas de investimentos relacionadas ao comércio (TRIMs) e contempla agricultura e têxteis, setores que não estavam efetivamente incluídos na jurisdição do GATT.<sup>21</sup>

Dessa forma, uma série de assuntos que tinham sido iniciados no GATT, como, tarifas, serviços e propriedade intelectual, dentre outros, passaram a contar com uma agenda oficial para negociação.

A organização se constitui como um foro para a continuação do processo de negociações na área do comércio, visando sempre uma maior liberalização do comércio [...] além de um foro para a discussão de temas relacionados ao comércio, como meio ambiente, investimentos, concorrência, facilitação de comércio, comércio eletrônico e cláusulas sociais.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> THORSTENSEN, Vera. *OMC: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 29.

<sup>20</sup> JOB, Ulisses da Silveira. *OMC: multilateralismo e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 23.

<sup>21</sup> LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 23.

<sup>22</sup> THORSTENSEN, Vera. *OMC: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed.



A OMC funciona como estrutura de promoção para a liberalização do comércio e regulamenta juridicamente essa atividade, uma vez que seu sistema é baseado em acordos internacionais. Foi nesse contexto que o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) foi negociado e inserido.

Compras governamentais é o nome dado ao processo de compra por parte do Poder Público, em geral, a Administração Pública, de bens e serviços necessários para a realização de suas atividades. Esse processo visa a, na maioria das vezes, obter o produto mais barato, o produto de melhor qualidade técnica, ou ambos.

Sendo os recursos públicos escassos, a eficiência no processo de compras é uma consideração primária em qualquer país. Um processo aberto, transparente e não discriminatório é considerado a melhor ferramenta para se alcançar a melhor proposta, devido à competição entre fornecedores. Ao mesmo tempo, vários membros da OMC ainda usam seus processos de compras para atingir os objetivos de suas políticas domésticas, como a promoção de indústria local ou de grupos sociais.<sup>23</sup>

As compras governamentais têm um importante aspecto no comércio internacional, dado o considerável volume do mercado de compras, geralmente entre 10 a 15% do PIB<sup>24</sup> e tem capacidade de expansão aproximada de US\$ 80 a US\$ 100 bilhões ao ano,<sup>25</sup> e benefícios para os investidores nacionais e estrangeiros em termos de competição.<sup>26</sup>

Considerando que as compras representam a maior parte do mercado de bens estrangeiros de um país, esses processos de compras governamentais são de grande importância para os fluxos de comércio internacional. Nesse sentido, os Princípios de Transparência<sup>27</sup> e Não

Discriminação<sup>28</sup> são igualmente relevantes para o contexto internacional. Contudo, no passado, tais compras foram efetivamente excluídas da aplicação das principais regras de comércio multilateral sob a vigência do GATT e da OMC.<sup>29</sup>

Com o passar dos anos, os membros da OMC vêm buscando modos de inserir o tema no sistema multilateral de comércio, ou seja, nos acordos que compõem o GATT. Esse esforço resultou em três áreas de trabalho: 1) no Acordo sobre Compras Governamentais; 2) nas negociações sobre compras governamentais em serviços (Art. XIII:2 do GATS); e 3) nos trabalhos sobre transparência em compras governamentais.<sup>30</sup>

O GPA está em regime especial na OMC, como acordo multilateral, não havendo obrigatoriedade de sua adesão pelos membros da organização, sendo, por enquanto, facultativa, segundo a regra do Artigo XXIV:2:

Any government which is a Member of the WTO, or prior to the date of entry into force of the WTO Agreement which is a contracting party to GATT 1947, and which is not a Party to this Agreement may accede to this Agreement on terms to be agreed between that government and the Parties. Accession shall take place by deposit with the Director-General of the WTO of an instrument of accession which states the terms so agreed. The Agreement shall enter into force for an acceding government on the 30th day following the date of its accession to the Agreement.<sup>31</sup>

São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 43.

<sup>23</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2012. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm#introduction](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction)>. Acesso em: 16 maio 2012.

<sup>24</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2012. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm#introduction](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction)>. Acesso em: 16 maio 2012.

<sup>25</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Annual Report 2012*. 2012. p. 35. Disponível em: <[www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/anrep12\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep12_e.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2012.

<sup>26</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government procurement*. 2012. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm#introduction](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction)>. Acesso em: 16 maio 2012.

<sup>27</sup> Significa que os atos governamentais devam ser transparentes a todas as pessoas, interessadas no caso ou não.

<sup>28</sup> “É o princípio básico da OMC. Está contido no Art. I e no Art. III do GATT 1994 no que diz respeito a bens e no Art. II e Art. XVII do Acordo de Serviços. Estes artigos estabelecem os princípios da nação mais favorecida (Art. I) e o princípio do tratamento nacional (Art. III). Pelo princípio da nação mais favorecida, um país é obrigado a estender aos demais Membros qualquer vantagem ou privilégio concedido a um dos Membros; já o princípio do tratamento nacional impede o tratamento diferenciado de produtos nacionais e importados, quando o objetivo for discriminar o produto importado desfavorecendo a competição com o produto nacional”. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Princípios*. 2012. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

<sup>29</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *General overview of the WTO work on government procurement*. 2012. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/overview\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm)>. Acesso em: 16 maio 2012.

<sup>30</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *General overview of the WTO work on government procurement*. 2012. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/overview\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm)>. Acesso em: 16 maio 2012.

<sup>31</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on government procurement*. 1994. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gpr-94\\_02\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_02_e.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2012.

Atualmente já são 41<sup>32</sup> partes contratantes do Acordo, além de 22<sup>33</sup> países observadores, dentre os quais se destacam grandes economias: EUA, UE, Japão, Canadá, Índia e China. Esse aumento demonstra a importância do tema para o comércio internacional, bem como para as economias nacionais.<sup>34</sup>

Assim, apesar de a adesão ao Acordo ser opcional, há grande interesse dos países desenvolvidos na inserção desse tema nas rodadas de negociação multilaterais de comércio promovidas pela OMC. Ademais, o mercado dos países em desenvolvimento tem se mostrado de alta atratividade e as compras governamentais movimentam grandes quantias de dinheiro o que, por si só, justifica que tal assunto esteja na pauta das rodadas de negociação.

### 3. CONSIDERAÇÕES ELEMENTARES SOBRE A LICITAÇÃO NO PLANO NACIONAL

A licitação, ou o procedimento licitatório, é o meio pelo qual a Administração Pública efetiva a aquisição de bens e serviços necessários para a realização de suas funções. Suas principais características são: 1) é promovida exclusivamente pelo Poder Público; 2) é um processo administrativo, o que remete à sua relação com o Direito Administrativo em detrimento do Direito Financeiro; 3) é aberta a todos os interessados que possam participar, conforme a regra estabelecida no instrumento convocatório; 4) promove a competição e propicia a isonomia entre os participantes, funcionando como um fator de economia e de eficiência para o Poder Público; 5) os atos praticados vinculam tanto a administração quanto os participantes; e 6) a possibilidade de formulação de um contrato administrativo, caso não ocorram fatores proeminentes de interesse público.

<sup>32</sup> Armênia, Canadá, Coreia, EUA, Hong Kong, Islândia, Israel, Japão, Liechtenstein, Noruega, Singapura, Suíça, Taipei Chinesa e 27 países da União Europeia (Áustria, Alemanha, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grã Bretanha, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polônia, Portugal, República Checa, Romênia, Suécia).

<sup>33</sup> Albânia, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Bahrein, Camarões, Chile, China, Colômbia, Croácia, Geórgia, Índia, Jordânia, Moldávia, Mongólia, Nova Zelândia, Omã, Panamá, Quirquístão, Sri Lanka, Turquia, Ucrânia.

<sup>34</sup> Nota-se que, apesar de ser membro da OMC, o Brasil ainda não aderiu ao GPA.

Apesar de o procedimento ser naturalmente voltado ao âmbito interno, há a possibilidade de ser ampliado para interessados estrangeiros, nos moldes do art. 23, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93. Note-se também que o art. 42 da mesma lei dispõe sobre uma série de regras no intuito de igualar os participantes nacionais e estrangeiros.

Em termos de competência, as normas gerais sobre licitação são de competência privativa da União, tal como o descrito da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

No tocante a isso, cumpre destacar as palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto<sup>35</sup>, sobre o tema:

[...] licitação é competência legislativa de duplo tamanho, visto que partilhada entre a União e as demais pessoas federadas. Donde a procedência da classificação das regras ordinárias sobre o instituto em normas gerais e normas específicas, o que se faz com os olhos postos na competência legiferante privativa da União.

Dessa feita, todo o setor público está vinculado ao dever de licitar, conforme determinado no art. 37, XXI, da Constituição. Assim, tanto as três esferas do poder quanto todos os níveis da administração pública são obrigados a realizar o procedimento licitatório. Essa determinação é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público. Destaque-se a fala de Pietro:

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá de escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 17.

<sup>36</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 360.

Nesse sentido, há grande importância social e jurídica no tocante à realização do procedimento licitatório. Além disso, também há grande importância econômica nesse instituto, uma vez que o crescimento brasileiro tem se mantido, em parte, por meio de gastos públicos com investimentos e programas governamentais, tal como o Programa de Aceleração do Crescimento.

O Estado sempre funcionou no Brasil como a locomotiva do processo de acumulação. No momento final da etapa desenvolvimentista, conduzido pelos militares, essa função do Estado brasileiro tinha tomado a forma de um vigoroso e bem estruturado setor produtivo estatal (SPE). Quando o Estado sai dessa cena, por força dos imperativos neoliberais, a acumulação produtiva estanca e depois regride. Ela só é retomada em meados dos anos 2000 com os investimentos estatais do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), Programa Minha Casa Minha Vida etc., ou seja, mais uma vez pelas mãos do Estado.<sup>37</sup>

Assim, as compras governamentais demonstram ter papel de destaque na economia dos países. O governo brasileiro é o segundo maior consumidor nacional, perdendo apenas para as famílias. A exemplo disso, na década de 2001-2010, as compras feitas pelo governo representaram, em média, cerca de 20,24% do PIB por ano nesse período,<sup>38</sup> o equivalente a R\$ 4.814.215,08 milhões.<sup>39</sup>

Dada a importância estratégica dessa área para os setores secundário e terciário da economia, a inserção de mais competidores poderia comprometer tais áreas. E esse fator vem sendo agravado com os indícios de desindustrialização.

Trata-se de um mercado novo, caso haja liberalização nesse setor, servindo de meio para escoar as mercadorias e serviços dos países desenvolvidos, competitivas em alguns aspectos, como, na tecnologia empregada, e ajudando na recuperação de suas economias frente à crise internacional; o que somado ao custo operacio-

nal<sup>40</sup> e ao sucateamento do setor rodoviário e portuário brasileiros traria, como consequência, déficit na Balança de Pagamentos: “During, and in the aftermath of, the world economic crisis, much attention has focused on public infrastructure investment and on government policies that potentially limit the rights of foreign suppliers to bid on related contracts”.<sup>41</sup>

Em vista desses investimentos estatais em infraestrutura, como no caso brasileiro das Olimpíadas e da Copa do Mundo, seria bastante oportuno para os países desenvolvidos a abertura dos mercados de bens não agrícolas, de serviços e de compras governamentais dos países em desenvolvimento, bem como, de países de menor desenvolvimento relativo, como países africanos recém-saídos de conflitos.

Uma vez realizada a abordagem geral sobre a Organização e sobre as regras do instituto da licitação no plano nacional, cumpre realizar a análise comparativa entre os dois sistemas legais.

#### 4. QUESTÕES SOBRE A ADESÃO DO BRASIL AO GPA

Ao assinar um tratado, o país se compromete a ele no plano internacional; entretanto, no Brasil, por força de lei constitucional, para que o mesmo tenha vigência no plano interno há de passar pelas duas casas do Congresso Nacional, para que o presidente da República possa ratificá-lo<sup>42</sup> e depositá-lo junto à Organização Internacional, seguindo-se os Decretos Presidenciais de Promulgação e Publicação. O Brasil, sendo signatário, é

<sup>40</sup> De acordo com Noronha, o custo Brasil manifesta-se basicamente nas seguintes áreas: “a) legislação tributária; b) legislação trabalhista; c) política de taxa de juros e d) política cambial.” NORONHA, Durval de. *Ensaio sobre Direito Internacional*. São Paulo: Observador Legal, 1999. p. 87.

<sup>41</sup> LAMY, Pascal. Foreword. In: ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge: 2011, XXV. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/gpa\\_foreword\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gpa_foreword_e.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2012.

<sup>42</sup> Nas palavras de Neves: “No Brasil, o chefe de Estado promove a ratificação do tratado após a aprovação do Congresso Nacional. A ratificação ocorre quando o país signatário participou do processo de elaboração do tratado, diferentemente da adesão, ocorrente quando o país signatário não tenha participado do processo de feitura do tratado, aderindo a ele posteriormente”. NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 26.

<sup>37</sup> PAULANI, Leda Maria. A inserção da economia brasileira no cenário mundial: uma reflexão sobre a situação atual à luz da história. *Boletim de economia e política internacional*. Instituto de pesquisa econômica aplicada. Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais. n. 10, abr./jun. 2012. Brasília: Ipea; Dinte, 2012. p. 97.

<sup>38</sup> MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Balança comercial brasileira: dados consolidados*. 2011. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

<sup>39</sup> Cálculo feito em percentagens sobre o PIB de cada ano e não sobre a média.



compelido a fazer modificações em sua legislação interna para adequá-la às diretrizes do tratado, no caso em questão, do GPA.

Dentro da OMC o processo começa com a submissão do formulário de acessão que tem dois principais aspectos: 1) a verificação da legislação do país, a fim de averiguar se ela se encontra em conformidade com os dispositivos no GPA e, 2) a negociação entre o membro em acessão com os outros membros sobre de acessão.<sup>43</sup> Segundo o Artigo XXIV do GPA, o Acordo passa a ter eficácia 30 dias após o depósito do instrumento de adesão.

Para aumentar a velocidade do processo, o Comitê de Compras Governamentais adotou um *checklist* de questões para que os membros que pretendem aderir ao Acordo o verifiquem. O acessionário informa ao Comitê os dados necessários para a adesão e concorda em indicar o período em que estará realizando os ajustes requeridos pelo Acordo no âmbito interno e quando reportará o progresso.<sup>44</sup>

Conforme o Artigo V e XVI do GPA, tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e de menor potencial de desenvolvimento é possível durante o processo de acessão e mesmo enquanto parte no GPA.<sup>45</sup>

Passando por esses procedimentos, as adaptações no Brasil passariam para a esfera legal infraconstitucional. No entanto, há uma controvérsia sobre essa necessidade de adaptação da legislação do país que adere ao GPA. Segundo o Artigo III do GPA, o Acordo prevê o tratamento igualitário para todos os seus membros, segundo a Cláusula do Tratamento Nacional e da Não Discriminação.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <[http://wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm#accession](http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession)>. Acesso em: 03 mar. 2012.

<sup>44</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <[http://wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm#accession](http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession)>. Acesso em: 03 mar. 2012.

<sup>45</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <[http://wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm#accession](http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession)>. Acesso em: 03 mar. 2012.

<sup>46</sup> Princípio da Nação Mais Favorecida: “A regra proíbe a discriminação entre os países contratantes do Acordo Geral (ex-GATT-OMC). Fica estabelecido que toda vantagem, favor, privilégio ou imunidade, que são concedidos a uma parte contratante, devem

De maneira geral, esse artigo dispõe: 1) que cada membro deve imediatamente e incondicionalmente dar tratamento não menos favorável daquele recebido por produtores domésticos ou por estes de qualquer outro membro; 2) que os membros assegurem que as entidades<sup>47</sup> previstas no Acordo não deem tratamento diferente para os competidores nacionais ou internacionais; e 3) que o previsto nos dois outros pontos não se aplica aos deveres e/ou tributos atribuídos à importação.

De modo diverso, o Artigo III.8 do GATT 4748 afirma que não se aplica Cláusula do Tratamento Nacional quando se tratar de compras governamentais:

8. (a) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.

(b) The provisions of this Article shall not prevent the payment of subsidies exclusively to domestic producers, including payments to domestic producers derived from the proceeds of internal taxes or charges applied consistently with the provisions of this Article and subsidies effected through governmental purchases of domestic products.

Diante disso, haveria uma contradição legal entre os dispositivos, necessitando de um posicionamento claro, tendo em vista que o GATT limita a aplicação da Cláusula do Tratamento Nacional e o GPA assegura a todos os membros que essa cláusula será aplicada, no tocante a compras governamentais. Observe-se:

First, the key national treatment obligation in GATT Article III does not apply to procurement. This requires, generally, that internal measures should not be applied so as to afford protection to domestic production (Article III.1). This general obligation is then elaborated in later provisions of Article III, one of which is Article III.4. This provides that in measures relating to ‘internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use’, the products of any WTO Member imported into any other Member State shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin. Without a specific exclusion this would include

ser estendidos às outras partes contratantes”. SARFARI, Gilberto. *Teoria das relações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 372.

<sup>47</sup> No caso do Brasil, seria todo o poder público, vinculado ao dever de licitar, em geral.

<sup>48</sup> GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT). *A Summary of the final act of the Uruguay round*. 1994. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/ursum\\_e.htm#General](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#General)>. Acesso em: 12 ago. 2012.

measures relating to government procurement – and a similar national treatment provision in the original draft of these rules expressly stated that the measures covered did include laws and regulations governing procurement of supplies by government agencies. However, ultimately national treatment was expressly excluded by Article III.8 of the GATT: this states that Article III is not to apply to ‘laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial resale’. The position with respect to the MFN obligation of GATT, as stated in GATT Article I, has been slightly more contentious, but the view of many scholars is that this, also, does not apply to government procurement.<sup>49</sup>

Argumenta-se neste trabalho que a norma especial do GPA teria prevalência sobre a normal geral do GATT 1947. Trata-se de uma “[...] questão de interpretação em que a boa-fé deve prevalecer”.<sup>50</sup> Conforme as Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e de 1986, toda interpretação de uma norma de um tratado deve ser realizada segundo a boa-fé, tendo em vista o objeto e o objetivo do tratado.<sup>51</sup> Dessa maneira, interpretar esse conflito dando prevalência da norma do GATT sobre o GPA seria fugir do objetivo dele, cujo escopo é mais específico e, portanto, prevaleceria sobre o de maior abrangência (*lex specialis derogat generali*). Até porque “[...] seu objetivo é estender às compras governamentais as regras do Tratamento Nacional e da Nação Mais Favorecida, isto é, a concessão de tratamento não menos favorável que o concedido aos produtores e fornecedores nacionais”.<sup>52</sup>

De modo similar, haveria a possibilidade, sob a ópti-

ca do Brasil, de utilizar o argumento de ser um país em desenvolvimento e, segundo o Artigo V:4, não aderir à Cláusula do Tratamento Nacional, podendo, assim, na esfera legal, manter barreiras ou métodos de preferências aos produtos produzidos nacionalmente, em prejuízo de participantes internacionais;<sup>53</sup> utilizando o Princípio de Proteção à Indústria Nacional.<sup>54</sup> Neste trabalho considera-se a necessidade de adequação da legislação do País-membro, apesar de haver essa possibilidade concreta.

Passados os argumentos anteriores, vale discorrer sobre os procedimentos voltados ao âmbito internacional, pois nem todas as compras necessitam ser abertas a fornecedores estrangeiros. A principal legislação nacional sobre o tema é: a) a Lei de Capacitação e Competitividade no Setor de Informática e Automação (Lei nº 8.248/91), específica para o setor de informática e tecnologia da informação; b) a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), norma de caráter geral e base para as compras governamentais brasileiras; c) a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02), complementando a Lei nº 8.666/93; e a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/11), de aplicação específica para compras referentes aos Jogos Olímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Fifa 2013, à Copa do Mundo de 2014, às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados próximos das cidades-sedes desses mundiais, e às ações integrantes do PAC.

<sup>49</sup> “4. A developing country may negotiate with other participants in negotiations under this Agreement mutually acceptable exclusions from the rules on national treatment with respect to certain entities, products or services that are included in its coverage lists, having regard to the particular circumstances of each case. In such negotiations, the considerations mentioned in subparagraphs 1(a) through 1(c) shall be duly taken into account. A developing country participating in regional or global arrangements among developing countries referred to in subparagraph 1(d) may also negotiate exclusions to its lists, having regard to the particular circumstances of each case, taking into account, inter alia, the provisions on government procurement provided for in the regional or global arrangements concerned and, in particular, products or services which may be subject to common industrial development programmes.” WORLD TRADE ORGANIZATION. The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA). 2012. Disponível em: <[http://wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm#accession](http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession)>. Acesso em: 03 mar. 2012.

<sup>54</sup> Sousa considera Indústria Doméstica como: “[...] o conjunto estabelecido no território brasileiro de produtores de bens similares ou diretamente concorrentes ao produto importado, ou os produtores cuja produção total de bens similares ou diretamente concorrentes ao importado constitua uma proporção substancial da produção nacional de tais bens. O termo “indústria” inclui, ainda, ainda, as atividades ligadas à agricultura”. SOUSA, José Meireles de. *Fundamentos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81. v. 2.

<sup>49</sup> ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge a reform*. Cambridge: 2011. p. 6.

<sup>50</sup> CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*: de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo, de 22 de julho de 2010. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

<sup>51</sup> CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*: de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo, de 22 de julho de 2010. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 168-169.

<sup>52</sup> CRUZ, Jocema Bittencourt da et al. Compras Governamentais no Âmbito da Organização Mundial do Comércio e na Legislação Brasileira. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 3. n. 2, p. 250, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>>. Acesso em: 01 set. 2012.

Apesar de todas essas leis trazerem disposições sobre forma de compras governamentais, sua aplicabilidade está em sua especificidade, sendo que a norma geral é a Lei nº 8.666/93. Em nenhuma dessas normas está expressamente disposta a vedação à participação de licitantes estrangeiros, contudo, tem-se a Lei nº 8.666/93 como norteadora dessas contratações, sendo de aplicação residual para essa circunstância de caráter internacional, tanto da Lei nº 8.248/91, quanto para a Lei nº 10.520/02.

A permissão expressa de participação de estrangeiros em certames nacionais, na Lei nº 8.666/93, está prevista nos artigos 23, § 3º<sup>55</sup>, e 24, XIV.<sup>56</sup> Em regra, as licitações internacionais serão feitas pela modalidade de concorrência, admitindo-se também a utilização da tomada de preços,<sup>57</sup> quando houver cadastro internacional de fornecedores, e convite,<sup>58</sup> sendo o último realizado, geralmente, dentro dos termos do art. 24, XIV<sup>59</sup>. Então vejamos:

Hipótese peculiar é a licitação internacional. Como regra, deverá adotar-se concorrência. Admitindo-se tomada de preços quando houver cadastro internacional. Pode ser praticado o convite quando

<sup>55</sup> “Art. 22. (...) § 1 A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

<sup>56</sup> “Art. 24. É dispensável a licitação: XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; [...]”

<sup>57</sup> Segundo o artigo 22 da Lei de Licitações, Tomada de Preços é a modalidade de “[...] licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

<sup>58</sup> “Art. 22. (...) § 3º-Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.”

<sup>59</sup> Apesar da possibilidade de dispensa de licitação, há a possibilidade de concorrência entre interessados, devendo a Administração Pública se socorrer, para garantir os princípios do art. 37, CF, e os do instituto da licitação, o procedimento do menor orçamento (escolha do menor orçamento entre três propostas).

não houver nacionais em condições de realizar o objeto contratual.<sup>60</sup>

Dentre as ações para adequar as normas nacionais sobre o tema às exigências do Acordo, o Congresso Nacional teria de modificar o §2º do art. 3º da Lei 8.666/93, que dispõe sobre as formas de desempate entre os classificados. *In verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010).

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Assim, essa ordem de preferência, segundo o GPA, não poderia ser mantida, pois violaria a Cláusula do Tratamento Nacional e da Não Discriminação, por estabelecer critérios preferenciais aos produtores nacionais e afins. Esse mesmo tipo de critério teria de ser eliminado do art. 3º da Lei 8.248/91 e dos artigos 25, III, e 38, da Lei nº 12.462/11, por disporem ou remeterem à norma da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, preferindo fornecedores estrangeiros em prevalência dos nacionais. De forma semelhante, o ordenamento jurídico brasileiro prevê direito de preferência para micro e empresas de pequeno porte que participarem do procedimento, tendo preferência até mesmo sobre participantes nacionais. Nesses casos, o Brasil poderia se valer dos mecanismos do Artigo V: 4, tratando essa questão como de interesse nacional e impondo o direito de preferência das indústrias nacionais sobre as estrangeiras.

Outro ponto a ser adequado seria acerca do Artigo XI: 2 do Acordo, cujo prazo para envio das propostas entre os concorrentes é de, no mínimo, 40 dias. Já para

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 289.



a Lei de Licitações, o prazo para a modalidade de concorrência é de 45 ou 30<sup>61</sup> dias, tomada de preços de 30 ou 15<sup>62</sup> dias, e 5 dias para convite.

Vale ressaltar que esses são prazos mínimos para a apresentação da proposta estipulada pelo edital de abertura da licitação. Ainda assim, a diferença desse prazo mínimo encontraria óbice nas licitações voltadas ao âmbito internacional. Para dirimir essa questão, poderia ser incluído um artigo em cada lei dispondo que: “[...] para licitações internacionais, o prazo mínimo para a apresentação de propostas, em qualquer modalidade, é de 40 dias”. De maneira análoga, os prazos para a realização do pregão são consideravelmente menores, sendo de no mínimo 8 dias para a apresentação das propostas. Como a Lei de Pregão visa a compras mais rápidas e de menor valor global, roga-se pelo entendimento de que não seria necessário alterar esse prazo pela finalidade desse tipo de certame.

Também para atender a necessidade de ampla publicidade para a licitação, os instrumentos convocatórios teriam de ser publicados em meio de visibilidade internacional, para que mesmo os interessados não sediados no país pudessem participar. Para tanto, não seria preciso alterar normas nacionais, entretanto poderia tornar mais custoso para a Administração Pública essa publicidade internacional.<sup>63</sup>

Finalmente, mas não esgotando todas as questões, a língua em que o interessado deve apresentar os documentos exigidos para participar de uma licitação é, conforme o art. 32, da Lei nº 8.666/93, o vernáculo português. Contudo, segundo o Artigo XII: 1, qualquer uma das línguas oficiais da OMC podem ser utilizadas para apresentar esses documentos. Aqui se tem uma controvérsia: seria possível a apresentação de documentos em vernáculo diferente? Em tese, as comissões de licitação<sup>64</sup> teriam de aceitar a protocolização de documentos em uma das línguas da OMC para que depois sejam traduzidas por tradutor juramentado.

<sup>61</sup> 45 dias para contrato de regime de empreitada global ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica. Já 30 dias para todos os outros casos.

<sup>62</sup> 30 dias quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço e 15 para as outros hipóteses.

<sup>63</sup> A publicação do instrumento convocatório em meios digitais de divulgação internacional para os fins de publicidade dos processos de compras pode ser um meio para reduzir esse custo.

<sup>64</sup> Grupo formado por servidores públicos responsável pelos procedimentos administrativos de compras.

Apesar dessas possíveis adequações, várias normas da Lei de Licitações já contemplam a Cláusula do Tratamento Nacional e da Não Discriminação. A própria Constituição, quando trata da Administração Pública, já prevê princípios de aplicação obrigatória que estão em consonância com as exigências de isonomia e transparência do GPA. A necessidade de ampla publicidade dada ao início do procedimento, a transparência e o direito de acesso aos documentos da realização do certame, as formas de igualar os concorrentes nacionais e internacionais, no caso do art. 40, IX, e do art. 42, ambos da Lei nº 8.666/93, são exemplos de normas nacionais que já visam à igualdade entre os concorrentes.

Em derradeiro, o GPA estabelece regras genéricas para os membros ou fornece um modelo de lei de compras, igualando os participantes do certame e tornando mais transparente o processo, evitando, assim, desequilíbrios entre os competidores e problemas com corrupção. De modo análogo, as leis nacionais sobre o tema também apresentam esses pontos, contudo determinam regras mais específicas sobre como deve ser feito o procedimento de compra. Para o Brasil, essa legislação tem o caráter regulatório de norma interna.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da licitação para o plano nacional e internacional é incontestável, tanto que, simultaneamente, garante a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e é responsável por movimentar bilhões de dólares todos os anos em praticamente todos os países.

A questão de se pensar os efeitos da adoção de legislação internacional no âmbito nacional ultrapassa questões jurídicas. Cada modificação no ordenamento jurídico traz implicações econômicas, políticas e sociais. Dessa feita, no caso em tela, sendo os sistemas parecidos, *a priori* não haveria a necessidade de adesão ao Acordo, vez que a norma nacional já prevê o suficiente para garantir um procedimento célere e isonômico.

Por outro lado, a não adesão ao Acordo garantiria preferência aos produtores nacionais, o que atenderia ao disposto na Constituição sobre a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a nova alteração, pela MP 495/2010, convertida na Lei nº 12.349/2010, do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que inseriu a questão da pro-

moção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade do instituto da licitação.

Além disso, as regras previstas no ordenamento nacional já preveem maneiras eficazes para igualar os participantes, sejam eles nacionais ou estrangeiros. Dessa maneira, não haveria óbices à participação de estrangeiros nos processos de compras nacionais, o que excluiria a necessidade, e ainda, não seria interessante, sob o ponto de vista jurídico, da adesão pelo Brasil do GPA.

O artigo demonstrou que a temática vai além do mérito jurídico ao abordar áreas afins e correlatas. Ainda, destacou como questões de política-econômica nor-teiam, na maior parte dos casos, questões jurídicas, seja no plano interno ou no plano internacional. Assim, a relevância e a amplitude do tema exigem tal medida, a fim de garantir um diálogo entre as Ciências Sociais Aplicadas.

## REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL. *Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: Znt, 1997.
- CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*: de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência de Kosovo, de 22 de julho de 2010. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CRUZ, Jocema Bittencourt da et al. Compras Governamentais no Âmbito da Organização Mundial do Comércio e na Legislação Brasileira. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 3. n. 2. 2011. Disponível em: <<http://http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>>. Acesso em: 01 set. 2012.
- GRANZIEIRA, M. L. M. Licitações Internacionais. In: RODAS, João G. (Coord.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JOB, Ulisses da Silveira. *OMC: multilateralismo e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LAMY, Pascal. Foreword. In: ANDERSON, Robert D.; ARROWSMITH, Sue (Org.). *The WTO regime on government procurement: challenge an reform*. Cambridge: 2011. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/gpa\\_foreword\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gpa_foreword_e.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2012.
- MAGNOLI, Demétrio; SERRAPIÃO JR, Carlos. *Comércio exterior e negociações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Balança comercial brasileira: dados consolidados*. 2011. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Princípios*. 2012. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 10 ago. 2012.
- MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. *Relações jurídicas internacionais de comércio à luz do princípio da ética da responsabilidade de Hans Jonas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.
- NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito internacional público e direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NORONHA, Durval de. *Ensaios sobre direito internacional*. São Paulo: Observador Legal, 1999.
- PAULANI, Leda Maria. A inserção da economia brasileira no cenário mundial: uma reflexão sobre a situação atual à luz da história. *Boletim de economia e política internacional*. Instituto de pesquisa econômica aplicada. Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais, n. 10, abr./jun. 2012. Brasília: Ipea; Dintte, 2012.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

- PRATA FILHO, Ricardo. *Fragilidade dentre gigantes: a desaceleração do crescimento dos BRICS frente à crise mundial*. Disponível em: <<http://mundorama.net/2012/10/04/fragilidade-dentre-gigantes-a-desaceleracao-do-crescimento-dos-brics-frente-a-cri-se-mundial-por-ricardo-prata-filho/>>. Acesso em: 04 out. 2012.
- SADER, Emir (Org). *O nó econômico*. São Paulo: Record, 2003.
- SARFARI, Gilberto. *Teoria das relações internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SOARES, Cláudio César. *Introdução ao comércio exterior: fundamentos teóricos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SOUSA, José Meireles de. *Fundamentos do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
- THORSTENSEN, Vera. OMC: *As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Government Procurement*. 1994. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gpr-94\\_02\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_02_e.htm)>. Acesso em: 02 mar. 201
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Annual Report 2012*. 2012. Disponível em: <[www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/anrep12\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep12_e.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *General Overview of the WTO work on Government Procurement*. 2012. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/overview\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/overview_e.htm)>. Acesso em: 16 maio 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Government Procurement*. 2012. Disponível em <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gproc\\_e.htm#introduction](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm#introduction)> Acesso em: 16 de maio 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *The plurilateral Agreement on Government Procurement (GPA)*. 2012. Disponível em: <[http://wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm#accession](http://wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm#accession)>. Acesso em: 03 mar. 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *What is the world trade organization?* 2013. Disponível em: <[http://wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/fact1\\_e.htm](http://wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2013.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A defesa comercial e a restrição da liberalização e da integração comercial pelo aumento da alíquota de IPI de veículos importados no Brasil**

**Defense commercial and restriction of liberalization and commercial integration for increased rate of IPI vehicles imported in Brazil**

Ricardo Serrano Osorio  
Clayton Couto

# A defesa comercial e a restrição da liberalização e da integração comercial pelo aumento da alíquota de IPI de veículos importados no Brasil

## Defense commercial and restriction of liberalization and commercial integration for increased rate of IPI vehicles imported in Brazil\*

Ricardo Serrano Osorio<sup>1</sup>

Clayton Couto<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a evolução do comércio internacional e sua importância para a redução das barreiras tarifárias e o dinamismo da integração econômica a nível global. Para tanto, serão analisadas as rodadas comerciais realizadas no âmbito do GATT e a criação da OMC como momentos claves para alcançar a integração sinalada. Nesse sentido, nós nos focaremos a analisar o atual panorama da política de importação brasileira relacionado a tratar da medida de majoração das alíquotas do Imposto de Importação incidente sobre veículos importados, determinando que a defesa comercial brasileira atualmente infringe normas e princípios basilares de direito internacional econômico, restringindo assim a liberação e a integração comercial. Finalmente, chamamos a atenção aos agentes econômicos do comércio global que a atual política brasileira de defesa comercial é extremamente intervencionista gerando-se dessa forma uma insegurança jurídica nas transações comerciais.

**Palavras-chave:** Defesa comercial. GATT. Organização Mundial do Comércio. Rodadas comerciais. Liberalização e integração comercial . Decreto 7.567/2011.

### ABSTRACT

This article aims to analyze the evolution of international trade and its importance to the reduction of tariff barriers and the dynamism of global economic integration. For this, we analyzed the trade rounds conducted under the GATT and the creation of the WTO as moments claves to achieve integration sinalada. Accordingly, we focus on analyzing the current policy landscape Brazilian import is related to the measure increased the rates of import duty levied on imported vehicles, determining that the Brazilian trade protection currently violates basic principles and norms of international economic law restricting thus the release and commercial integration. Finally, we draw attention to the economic agents of global trade that the current Brazilian policy of trade protection is highly interventionist generating

<sup>1</sup> Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul UCS, RS, Brasil (bolsista institucional). Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil (bolsista institucional). Possui especialização em Direito Corporativo e graduação em Direito pela USMP, Lima - Peru. Membro do "Centro de Estudios de Derecho de Minería, Energía y Recursos Hídricos" CEDEMIN. E-mail: richi27985@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR, Brasil (bolsista institucional). Possui graduação em Direito pela PUC/PR, Brasil. Advogado. E-mail: claytoncouto@hotmail.com

\* Recebido em 15/5/2013

Aprovado em 17/5/2013



up thus legal uncertainty in commercial transactions.

**Keywords:** Defense Trade. GATT. World Trade Organization. Trade rounds. Liberalization and trade integration. Decree 7.567/2011.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os países sentiram a necessidade de regular as relações econômicas internacionais, não só com o objetivo de melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos, mas também por entenderem que os problemas econômicos influíam seriamente nas relações entre os Governos.

Entretanto, com o fracasso na criação da Organização Internacional do Comércio, ocasionada, principalmente, pela recusa dos Estados Unidos, os países assinaram o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, criado para regular provisoriamente as relações comerciais internacionais.

Não obstante, o GATT foi o instrumento que, de fato, regulamentou por mais de quatro décadas as relações comerciais entre os países, sendo o responsável pela realização de oito rodadas comerciais, nas quais eram negociadas as reduções tarifárias e outras medidas de liberalização do comércio mundial.

Apesar das conquistas obtidas pelo GATT, a criação da Organização Mundial do Comércio, em 1994, conferiu maior certeza e segurança ao comércio mundial. Por outro lado, as normas contidas no GATT de 1947 foram ratificadas pela OMC.

Nesse contexto, infere-se que, desde a criação do GATT, o comércio mundial caminha rumo à redução de barreiras tarifárias e para uma segurança jurídica cada vez maior, no sentido de que as condutas adotadas pelos países devem estar em conformidade com as regras de comércio internacional vigentes, principalmente no âmbito da OMC.

Diante do exposto, o Decreto Federal nº 7.567, de 15 de setembro de 2011, da Presidenta da República, estabeleceu uma majoração de alíquota de IPI para veículos importados, com o objetivo de proteger a indústria nacional automotiva.

No entanto, o ato contraria uma série de normas de

direito econômico internacional, não obstante represente um contrassenso.

Diante do exposto, o presente artigo apresenta um panorama da evolução do comércio internacional, no sentido da liberalização econômica, passando desde a assinatura do GATT até a criação da OMC. Dentro dessa ótica, o estudo abrange a política econômica protecionista materializada na majoração da alíquota do IPI para veículos importados, analisando a medida sob a ótica das regras do GATT 1947, ratificado pela OMC

## 2. A CRIAÇÃO DO GATT NA PROCURA DA LIBERAÇÃO E INTEGRAÇÃO COMERCIAL

Embora a história do comércio se confunda com a história da evolução humana, é possível inferir que as bases e os fatores históricos que originaram a organização do comércio internacional atual se desencadearam, sobretudo, a partir do início do século XX.<sup>3</sup>

Consoante ressalta Welber Barral, até a década de 1930, o mundo atravessava um período de enorme intercâmbio comercial e de prosperidade econômica, que desencadeou crescente regulamentação comercial, sobretudo entre os países desenvolvidos.<sup>4</sup>

Entretanto, esse panorama foi drasticamente alterado com a crise da bolsa de Nova Iorque, seguindo-se um período marcado pela redução do comércio internacional, pelo descumprimento das regras comerciais e pelo agravamento da crise que acabou culminando na Segunda Guerra Mundial.<sup>5</sup>

No final da Segunda Guerra, enormes dificuldades econômicas ameaçaram todo o sistema financeiro e comercial mundial, que já se encontrava desgastado pelos fatores que precederam o conflito.<sup>6</sup>

O flagelo da Segunda Guerra tornou evidente a necessidade da cooperação, com a criação de uma estrutura política que pudesse garantir a paz, e de uma estrutura

<sup>3</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25.

<sup>4</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p. 26.

<sup>5</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p. 26.

<sup>6</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex, 2006. p. 81.



ra econômica que pudesse evitar a instabilidade.<sup>7</sup> Nesse contexto, iniciaram-se as articulações para construir um mundo mais seguro, o que ensejaria o reforço da cooperação internacional. Esse intuito se refletiu na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), à qual foram conferidos mecanismos de solução de conflitos e de possibilidade de intervenção muito superiores ao do frustrado intento anterior, da Liga das Nações.<sup>8</sup>

No plano econômico, a discussão para reestruturação ocorreu em Bretton Woods, em 1944, com a reunião dos representantes das potências ocidentais.

Influenciada pela política econômica defendida por John Maynard Keynes, a reunião de Bretton Woods chegou ao consenso de que era necessário criar instituições multilaterais que promovessem a cooperação e a estabilidade nas relações econômicas internacionais.<sup>9</sup>

Nesse sentido, surgiram as bases iniciais para a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD ou Banco Mundial), e da Organização Internacional do Comércio (OIC).

As discussões que se seguiram a Bretton Woods originaram a Carta de Havana. A primeira parte do documento tratava da criação da OIC, enquanto a segunda e terceira partes estipulavam regras de redução de tarifas e do processo a seguir seguido para a implantação dessas regras.<sup>10</sup>

Todavia, o projeto da criação da Organização Internacional do Comércio, nos moldes propostos em Bretton Woods se mostrava deveras audacioso, na medida em que propunha uma organização multilateral que abarcava uniformização das regras comerciais, a promoção do comércio, do desenvolvimento e do pleno emprego.<sup>11</sup> A par disso, o Congresso dos Estados Unidos

não aprovou a ratificação da Carta de Havana, no que se referia à criação da OIC.

Para Welber Barral, a recusa estadunidense foi motivada por um conjunto de fatores, representando um comportamento dúbio em relação à cooperação internacional. Nesse contexto, explica Barral:<sup>12</sup>

Naquele ano de 1948, houve uma mudança na composição do Congresso e uma maioria republicana passou a contrariar o democrata Truman. Além disso, ressurgia nos Estados Unidos o discurso do isolacionismo, que de tempos em tempos ganha relevância na prática política norte-americana. Mais que isto, os Estados Unidos, potência incontestável à época, temiam o poder, julgado excessivo, que se outorgava à OIC, porque poderia reduzir a autonomia norte-americana na defesa de seus interesses.

Como consequência da recusa do Congresso dos Estados Unidos, os demais signatários da Carta de Havana perderam o interesse em seguir com sua ratificação, uma vez que, sem a participação da maior potência comercial, de nada adiantaria uma organização para regulamentar o comércio internacional.<sup>13</sup>

Consequentemente, a Organização Internacional do Comércio nunca chegou a ser criada de fato; apenas a segunda e terceira partes da Carta de Havana entraram em vigor em 1º de janeiro de 1948, formando o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT – sigla do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*), um protocolo provisório constituído por um conjunto de normas direcionadas para a redução das tarifas alfandegárias no comércio internacional.<sup>14</sup>

O Acordo possuía quatro partes: a primeira, composta pelos dois artigos que regulavam o funcionamento multilateral da cláusula da nação mais favorecida e as provisões

<sup>7</sup> BARRAL, Weber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p. 26.

<sup>8</sup> BARRAL, Weber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p. 27.

<sup>9</sup> BARRAL, Weber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 27.

<sup>10</sup> A preocupação com tarifas era recorrente à época, tendo em vista que o aumento de tarifas sobre a importação de bens estrangeiros tinha sido uma constante durante o período de crise econômica, funcionando como mecanismo de arrecadação fiscal do esforço de guerra. BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p. 29.

<sup>11</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex, 2006. p. 82.

<sup>12</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex, 2006. p. 29. Acerca da recusa dos Estados Unidos em anuir à criação da OIC, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral destaca que “[...] o protecionismo contra o qual os Estados Unidos e a Inglaterra levantaram suas bandeiras no pós-guerra foi por eles mesmos largamente praticado durante todas as décadas que se seguiram ao GATT-1947 até o presente. Embora muito se tenha avançado em termos de liberalização, muitas vezes o argumento do *laissez faire* foi mais um recurso retórico para incentivar a abertura de mercados dos demais países do que, paradoxalmente, os de seus principais defensores”. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex, 2006. p. 57.

<sup>13</sup> BARRAL, Weber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 29.

<sup>14</sup> BARRAL, Welber. De Bretton Woods a Doha. In: BARRAL, Welber (Coord.). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 13.

sobre as concessões tarifárias; a segunda (arts. 3º a 23), com o código de conduta comercial do GATT; a terceira (arts. 24 a 35), estabelecendo procedimentos sobre o funcionamento do acordo, além de importantes dispositivos de caráter substancial. Posteriormente, atendendo à pressão dos países em desenvolvimento, foi adicionada uma quarta parte, relativa ao comércio e desenvolvimento.<sup>15</sup>

Segundo Ricardo Seitenfus, o GATT deve ser considerado como sendo uma organização internacional especial na medida em que possui duas faces distintas: por um lado, apresenta cunho jurídico, eis que se trata de um rol de normas procedimentais sobre as relações comerciais entre os Estados-Partes. Por outro lado, trata-se de um fórum de negociação comercial no qual, por meio, de instrumentos próprios à diplomacia parlamentar, de natureza comercial, procura-se aproximar posições entre os Estados-Partes. Essa face é de natureza essencialmente política.<sup>16</sup>

Para Welber Barral, a estrutura jurídica que entrou em vigor em 1948, após o fracasso da constituição da OIC era “capenga e provisória”, e a ela faltava o pilar da organização internacional.<sup>17</sup>

A despeito de ter sido criado para vigorar provisoriamente, até que se criasse uma organização multilateral relativa ao comércio, o GATT vigorou por quase meio século.

### 3. DECISÕES E BARREIRAS TARIFÁRIAS COMERCIAIS: A PROPÓSITO DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA E O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO NACIONAL

Com vistas a garantir a contínua liberalização do comércio internacional, os 23 Estados signatários iniciais do GATT (incluindo o Brasil), acordaram os princípios basilares que deveriam ser observados nas relações comerciais: a cláusula da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex, 2006. p. 57-58.

<sup>16</sup> SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 160.

<sup>17</sup> BARRAL, Weber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

p. 29-30.

<sup>18</sup> BARRAL, Weber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del

Pela cláusula da nação mais favorecida, um país se compromete a estender a outro país com o qual tenha firmado um acordo comercial condições tão favoráveis quanto às que venha posteriormente a contratar com um terceiro país.<sup>19</sup> Essa cláusula representou importante mecanismo para a fluidez do comércio internacional, tendo em vista que as reduções tarifárias alcançadas nas negociações bilaterais também eram estendidas às demais Partes Contratantes do GATT.

Por sua vez, o princípio do tratamento nacional estabelecia que as Partes Contratantes não poderiam discriminar o produto importado com outras medidas além da aplicação da tarifa negociada entre os signatários.

Em outros termos, uma vez que o produto importado pagou a tarifa compromissada, no momento de sua entrada no mercado nacional, ele não mais pode ser discriminado. A discriminação, proibida pelo princípio do tratamento nacional, tanto pode se referir à diferenciação tributária ou a outras medidas discriminatórias contra o produto estrangeiro.<sup>20</sup>

Tal regra se mostrou de enorme importância, eis que, conforme discorre Welber Barral, “[...] de nada adiantaria negociar baixas tarifas, para depois exigir impostos diferenciados ou licenças especiais que inviabilizassem a revenda do produto importado ao consumidor nacional”.<sup>21</sup>

As barreiras tarifárias, como a própria nomenclatura sugere, atuam por meio da adoção de tarifas aduaneiras sobre os produtos importados, aumentando o preço dele e incentivando o consumo de produtos nacionais. A adoção ou majoração de tributos incidentes sobre a importação de mercadorias encarece os produtos im-

Rey, 2007.p. 30.

<sup>19</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex, 2006. p. 56. No mesmo sentido, Welber Barral lembra que a cláusula da nação mais favorecida já existia em acordos bilaterais, a exemplo do Tratado de Comércio e Navegação, entre Inglaterra e Portugal, quando da vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, onde se previa que qualquer vantagem concedida por Portugal a outros Estados se estenderia automaticamente aos produtos ingleses e vice-versa. BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p. 31.

<sup>20</sup> BARRAL, Welber. *O Comércio Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.60.

<sup>21</sup> Ressalte-se que, além dos dois princípios basilares, uma série de exceções também compunha o GATT. Tais exceções fundamentavam-se tanto em situações que configurariam “comércio injusto” como as que justificariam “barreiras legítimas”. BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 31.

portados, diminuindo sua competitividade em face dos produtos nacionais.<sup>22</sup>

Diverso disso, as barreiras não tarifárias abrangem uma gama variada de medidas, com o intuito de restringir o acesso dos produtos importados ao mercado nacional. As barreiras não tarifárias podem impedir a importação, impor limites máximos, quotas de importação, ou ainda estabelecer exigências adicionais aos produtos estrangeiros, encarecendo sua importação. São exemplos de barreiras não tarifárias, as barreiras técnicas e as barreiras fitossanitárias, dentre outras.<sup>23</sup>

Nesse contexto, após a tumultuada criação do GATT, sua evolução ocorreu no âmbito das rodadas de negociação, nas quais os representantes dos países signatários se reuniam para negociar a redução de barreiras tarifárias e não tarifárias.

As primeiras rodadas comerciais do GATT (Rodada Genebra, em 1947; Rodada Annecy, em 1949; Rodada Torquay, em 1951; Rodada Genebra, em 1956; Rodada Dillon, em 1960-1961), serviram fundamentalmente para negociar a redução de tarifas.<sup>24</sup>

Consequentemente, foram se incorporando ao GATT outros Estados signatários e o rol de temas tratados nas rodadas comerciais também se alargando, abrangendo outras barreiras ao comércio internacional. Dentro dessa perspectiva, nas rodadas comerciais Kennedy (1964-1967), Tóquio (1973-1979) e Uruguai (1986-1994), novos acordos foram sendo negociados, em temas como medidas antidumping e medidas compensatórias.<sup>25</sup>

Destarte, apesar das falhas estruturais do GATT, já em 1950 os níveis tarifários despencaram de 40% para 25%.<sup>26</sup> A progressiva redução dos entraves tarifários e

não tarifários contribuiu para um sensível incremento do comércio mundial, especialmente no caso dos países industrializados. Durante o período 1950-90, a produção bruta mundial foi multiplicada por quatro, e o comércio mundial, por dezesseis.<sup>27</sup>

Nesse contexto, desde a criação do GATT, as barreiras tarifárias têm sofrido progressiva redução e a expectativa é de que sejam reduzidas ainda mais.<sup>28</sup>

Entretanto, é interessante notar como as reduções tarifárias foram sendo acompanhadas pelo crescimento de barreiras não tarifárias ao comércio internacional. Para Welber Barral, isso permite afirmar que o protecionismo<sup>29</sup> não é, como se pensa comumente, uma antítese do livre comércio; ao revés, o protecionismo é uma consequência lógica da liberalização comercial.

Em outros termos, cada vez que aumenta a concorrência estrangeira, os produtores nacionais esperneiam por proteção; quando essa proteção não mais pode se materializar em tarifas – a não ser violando obrigações internacionais – as barreiras não tarifárias surgem como uma alternativa viável.<sup>30</sup>

#### 4. A CONSOLIDAÇÃO DO GATT MEDIANTE A CRIAÇÃO DO OMC.

É inegável a contribuição do GATT para o desenvolvimento do comércio internacional e para a integra-

2006. p. 58.

<sup>27</sup> SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 165.

<sup>28</sup> REBONO, Maria. Introdução ao Comércio Internacional. In: SEGRE, German. *Manual prático de comércio exterior*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

<sup>29</sup> Segundo Welber Barral, o protecionismo pode ser entendido como “[...] a utilização de medidas visando à modificação de um fluxo comercial, geralmente buscando favorecer produtores nacionais”. BARRAL, Welber. Protecionismo e neoprotecionismo no comércio internacional. In: (Org.). *O Brasil e o protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 14. No mesmo sentido, Marlon Tomazette explica que o protecionismo envolve a adoção de medidas que alteram o desenvolvimento normal da atividade comercial, afetando determinados comerciantes, normalmente estrangeiros, em detrimento de outros, normalmente nacionais. TOMAZETTE, Marlon. *Comércio internacional e medidas antidumping*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30.

<sup>30</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 32. Neste contexto, Maria Rebono lembra que países desenvolvidos, como os Estados Unidos, Japão e a União Europeia mantêm barreiras não tarifárias que dificultam a entrada de produtos brasileiros em seus mercados. REBONO, Maria. Introdução ao Comércio Internacional, p. 30.

<sup>22</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Comércio internacional e medidas antidumping*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30. No mesmo sentido, Welber Barral explica que o termo “tarifa”, no comércio internacional, refere-se a “[...] qualquer imposição governamental (impostos, taxas, contribuições) sobre a importação de produtos estrangeiros”. Neste contexto, quanto maior a tarifa aplicada, mais caro e pouco competitivo se tornará o produto importado, gerando-se uma vantagem, em termos de preço, para o produto nacional e prejudicando o fluxo internacional de mercadorias. BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 30.

<sup>23</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Comércio internacional e medidas antidumping*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30.

<sup>24</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 31.

<sup>25</sup> BARRAL, Welber. De Bretton Woods a Doha, p. 13.

<sup>26</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex,



ção econômica, à vista da redução das barreiras tarifárias e não tarifárias negociadas ao longo das rodadas comerciais. Consoante expõe Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, apesar de, a partir de 1980, deixar de ser tão compatível com as realidades do comércio mundial, o sucesso do GATT e, por consequência, do sistema multilateral de negociações, é incontestável. As contínuas reduções tarifárias proporcionaram um enorme crescimento no comércio internacional, fazendo que cada vez mais países procurassem aderir ao GATT, principalmente na Rodada Uruguai.<sup>31</sup>

Entretanto, o GATT apresentava algumas limitações que reduziam o grau de segurança jurídica e fortaleciam o aspecto diplomático negocial. Uma dessas limitações se referia aos painéis, mecanismo adotado pelo GATT para solução de controvérsias cujo relatório poderia ser bloqueado por quaisquer das partes, inclusive pelo Estado vencido na demanda.<sup>32</sup>

Ademais, vigorava até então o denominado “GATT à la carte”, segundo o qual as Partes Contratantes não eram obrigadas a aderir a esses novos acordos. Consoante explica Barral, esse sistema criava uma situação extremamente complexa, em que os países eram partes do GATT, mas podiam não ser parte dos acordos complementares.<sup>33</sup>

Não obstante, a complexidade jurídica do GATT foi agravada pelo contexto político da década de 1970, no auge da Guerra Fria, que coincidiu com medidas unilaterais dos Estados Unidos, ao tempo em que os países em desenvolvimento buscavam maior autonomia política e econômica em relação às duas potências nucleares. Tal cenário contribuiu para a retomada de discussões na tentativa de consolidar uma organização internacional alternativa ao GATT.<sup>34</sup>

Todos esses problemas foram invocados no início da última rodada de negociações ocorridas no âmbito do GATT, no Uruguai, em 1986.

A Rodada Uruguai durou seis anos, o dobro do previsto. Quando foi concluída, em 1994, com a assinatura da Ata Final em Marrakech, os textos negociados e seus anexos compunham 26.000 páginas de regras, abordan-

do os mais diversos temas, e envolvendo a maior parte do comércio internacional.<sup>35</sup>

Além da redução considerável de tarifas e do aperfeiçoamento dos instrumentos de defesa comercial, a Rodada Uruguai culminou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), que iniciou suas atividades em 1º de janeiro de 1995.

A grande inovação da OMC foi a constituição do Órgão de Solução de Controvérsias, sistema decisório mais eficaz que o existente no âmbito do GATT. Diverso do que ocorria no âmbito do GATT, o Órgão de Solução de Controvérsias apresenta estrutura complexa, com prazos definidos para a constituição e funcionamento dos painéis e a elaboração dos relatórios, bem como para a apresentação de defesa e de apelação. Não obstante, o Estado vencido é obrigado a oferecer uma compensação ou ajustar a sua política comercial ao relatório aprovado.<sup>36</sup>

## 5. A DEFESA COMERCIAL BRASILEIRA MEDIANTE A MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO IPI DE VEÍCULOS IMPORTADOS.

O Decreto nº 7.567, de 15 de setembro de 2011, estabeleceu novos critérios para a redução das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados em favor da indústria automotiva.

Na prática comercial, com a alteração estabelecida pelo Decreto nº 7.567, a redução das alíquotas do IPI para veículos restou condicionada ao atendimento de uma série de requisitos, entre eles, a exigência de fabricação de veículos referidos no Anexo I do Decreto com, no mínimo, sessenta e cinco por cento de conteúdo regional médio para cada empresa, e a realização de pelo menos seis das seguintes atividades, no País, pela empresa beneficiária, por empresa por ela contratada para esse objetivo específico ou, ainda, por fornecedora da empresa beneficiária, em pelo menos oitenta por cento de sua produção de veículos: montagem, revisão final e ensaios compatíveis; estampagem; soldagem; tratamento anticorrosivo e pintura; injeção de plástico; fabricação de motores; fabricação de transmissões; montagem de sistemas de direção, de suspensão, elétrico e de

<sup>31</sup> AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 85.

<sup>32</sup> BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC*, p. 14.

<sup>33</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 33.

<sup>34</sup> BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 33.

<sup>35</sup> BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC*, p. 15.

<sup>36</sup> A título elucidativo, Welber Barral expõe que o Brasil é usuário frequente do sistema de solução de controvérsias da OMC, sobretudo na condição de reclamado. BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC*, p. 18.

freio, de eixos, de motor, de caixa de câmbio e de transmissão; montagem de chassis e de carrocerias; montagem final de cabines ou de carrocerias, com instalação de itens, inclusive acústicos e térmicos, de forração e de acabamento; e produção de carrocerias preponderantemente por meio de peças avulsas estampadas ou formatadas regionalmente.

Em outros termos, a partir da entrada em vigor do Decreto 7.567, os veículos importados que se enquadraram nos critérios contidos no Anexo I passaram a ter alíquota 30% superior no IPI, se comparado aos veículos produzidos em território nacional.

Entretanto, a majoração não se aplica aos veículos procedentes dos países membros do Mercosul, além do México, por força do Acordo de Complementação Econômica n° 55, firmado entre o Mercosul e México.

O Decreto n° 7.567 entrou em vigor em 16.09.2011. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, apreciando ação direta de inconstitucionalidade, deferiu medida liminar para suspender o artigo 16 do Decreto, que conferia vigência imediata à majoração de alíquotas sobre operações envolvendo veículos automotores, sob o fundamento de que “[...] a majoração da alíquota do IPI, passível de ocorrer mediante ato do Poder Executivo – artigo 153, § 1° –, submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal”.<sup>37</sup>

Nesses termos, após a suspensão, as regras que majoraram o IPI de veículos importados voltaram a vigorar em 16.12.2011.

A medida que cria barreira tarifária à entrada de veículos importados no Brasil, visando reduzir o volume de importações de veículos, de modo a “evitar a exportação de empregos industriais”, é reflexo da política protecionista adotada pelos últimos governos brasileiros ante a crise econômica mundial.<sup>38</sup>

Relativo à política de importações do Brasil, notou-se no início da década de 1970 um processo de liberalização das importações, incrementado, notadamente, pelo chamado “milagre brasileiro”. Entretanto, com a crise mundial do petróleo, o comércio internacional, em seu todo, viu-se am-

plamente prejudicado diante da criação dos mais diversos mecanismos protecionistas, somados aos já existentes.<sup>39</sup>

O Brasil, por seu turno, lançou mão de determinados expedientes igualmente protecionistas, visando, de um lado, rígido controle das importações em face da conjuntura (prevenção da evasão de divisas e favorecimento do controle da dívida externa) e, de outro, a substituição das importações, objetivando o fortalecimento de seu parque industrial.<sup>40</sup>

Contudo, no final da década de 1980, observou-se uma crescente tendência liberalizante da política de comércio exterior brasileiro, motivada pela necessidade de adequação dessa política à configuração que o parque industrial implantando tinha assumido nos últimos anos, assim como em face dos compromissos internacionais assumidos pelo País. Nesse sentido, na linha do que expõe João dos Santos Bizelli, parte considerável dos mecanismos restritivos anteriormente alinhados foi extinta e outras medidas foram tomadas para que as operações de importações fossem conduzidas com o mínimo de intervenção estatal.<sup>41</sup>

Nos últimos tempos, entretanto, desde que a crise econômica mundial ganhou nova intensidade, o Brasil voltou a adotar forte política protecionista, impondo restrições às importações.<sup>42</sup> O aumento da alíquota do IPI de veículos importados é uma dessas restrições.

Nesse ínterim, a majoração da alíquota do IPI para veículos importados engendra discussões em torno da observância das regras de comércio internacional vigentes, além das questões relativas ao direito tributário,<sup>43</sup> que não são

<sup>39</sup> BIZELLI, João dos Santos. *Noções básicas de importação*. 8. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 14.

<sup>40</sup> *portação*. 8. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 14.

<sup>41</sup> BIZELLI, João dos Santos. *Noções básicas de importação*. 8. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 14.

<sup>42</sup> MOREIRA, Assis. Brasil contesta acusações de protecionismo feitas pela OMC. In: *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2756216/brasil-contesta-acusacoes-de-protecionismo-feitas-pela-omc>>. Acesso em: 19 de julho de 2012.

<sup>43</sup> Embora o IPI possua natureza extrafiscal, no sentido de que possui finalidades além da mera arrecadação, não pode ser utilizado para inibir importações. O tributo competente para tal preceito é o Imposto de Importação, consoante dispõe o artigo 21 do Código Tributário Nacional: “Art. 21. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto [de importação], a fim de ajustá-lo aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.” Ademais, consoante destaca Hugo de Brito Machado, esta possibilidade de alteração de alíquota pelo Poder Executivo só deve se concretizar em circunstâncias especiais que a justifiquem, e ainda assim, restritas aos limites estabelecidos em legislação ordinária. Não obstante, as alterações de alíquotas, como ato administrativo que são, devem

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n° 4661*. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 28.10.2011. Publicação no DJe: 23.03.2012.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Azelma. *Carro sem conteúdo nacional pode pagar até 55% de IPI*. In: *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/1008502/carro-sem-conteudo-nacional-pode-pagar-ate-55-de-ipi>>. Acesso em: 5 jun.2012.

objeto deste estudo.

A seu turno, a imposição de barreira tarifária para veículos importados por meio da majoração da alíquota do IPI não observou aos princípios e normas basilares do direito econômico internacional, notadamente aqueles contidos no GATT 1947 e ratificados com a criação da OMC.

A par disso, a política de proteção da indústria automotiva, nos moldes expostos no Decreto 7.567, viola o princípio do tratamento nacional, um dos pilares do comércio internacional. O artigo 3º, II do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e do Comércio de 1994, que ratificou o GATT 1947, dispõe que [...] “os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais”.

Consoante exposto alhures, tal princípio do tratamento nacional veda a discriminação do produto importado com outras medidas além da aplicação da tarifa negociada entre os signatários, assegurando que o produto importado, após ingresso no país, tenha o mesmo tratamento concedido ao produto nacional.

Segundo esclarece Rabih Ali Nasser, essa regra se aplica depois que o produto importado está no país. O princípio, diz o jurista, não se aplica aos impostos incidentes sobre a importação da mercadoria, cuja redução é objeto de outras normas do Sistema Multilateral de Comércio. O tratamento nacional passa a valer uma vez que o produto tenha sido internalizado, mesmo porque não se poderia falar em tratamento igual no que se refere a tarifas de importação, pois elas não incidem sobre os produtos nacionais.<sup>44</sup> Diante do exposto, a majoração da alíquota de IPI para veículos importados não observou o princípio do tratamento nacional, à medida que estabeleceu barreira ao produto importado, depois de internalizado.

Não obstante, as exceções ao livre comércio podem ser agrupadas em três classes, medidas de defesa comercial (salvaguardas, medidas compensatórias, medidas antidumping); exceções permanentes (exceções gerais,

*waiivers*, razões de segurança nacional e renegociação de concessões) e exceções contingenciais (exceções da balança de pagamentos e exceção da indústria nascente). Todas essas exceções são regulamentadas por regras de um sistema multilateral de comércio, a fim de evitar discriminações e a imposição de restrições veladas ao livre comércio.<sup>45</sup>

A política do governo brasileiro de aumentar a alíquota do IPI para veículos importados, com vistas a diminuir a importação e assim, favorecer a indústria nacional, assemelha-se às medidas de salvaguardas de que trata o GATT de 1947.

Segundo Maria Rebono, as salvaguardas são medidas de “urgência” contra as importações de determinados produtos. Independentemente de sua procedência, são aplicadas para prevenir ou reparar o dano e salvaguardar a indústria nacional. Essas medidas são aplicadas quando as importações no território do país importador aumentam substancialmente em quantidades que podem causar dano ou ameaçar gravemente o setor de produção nacional que fabrica produtos similares ou diretamente concorrentes.<sup>46</sup>

Todavia, a adoção de uma medida de salvaguarda exige a observância de uma série de regras elencadas no Acordo sobre Salvaguardas, entre elas a necessidade prévia de investigação.

Com efeito, o artigo 2º do Acordo sobre Salvaguardas prevê que um membro só poderá aplicar uma medida de salvaguarda a um produto após haver determinado que as importações daquele produto em seu território tenham aumentado em quantidades tais que causam ou ameaçam causar prejuízo grave ao setor nacional que produz bens similares ou diretamente concorrentes.

Por sua vez, o artigo 3º dispõe que os membros só poderão aplicar uma medida de salvaguarda “[...] após investigação conduzida por suas autoridades competentes de conformidade com procedimentos previamente estabelecidos e tornados públicos nos termos do Artigo X do GATT 1994”.

O aludido artigo estabelece ainda o procedimento necessário para adoção de salvaguarda, que compreende

conter a motivação bem fundamentada do uso da extrafiscalidade. MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 299.

<sup>44</sup> NASSER, Rabih Ali. *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT – OMC*. São Paulo: Ltr, 1999, p. 72.

<sup>45</sup> TOMAZETTE, Marlon. *Comércio internacional & medidas anti-dumping*, p. 39.

<sup>46</sup> REBONO, Maria. Introdução ao Comércio Internacional. In: SEGRE, German. *Manual prático de comércio exterior*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 28-29.



a publicação de um aviso destinado a informar razoavelmente todas as partes interessadas, assim como audiências públicas ou outros meios idôneos pelos quais os importadores, os exportadores e outras partes interessadas possam apresentar provas e expor suas razões, e ter ainda a oportunidade de responder à argumentação das outras partes e apresentar suas opiniões, inclusive, entre outras coisas, sobre se a aplicação da medida de salvaguarda seria ou não do interesse público.

Tem-se, entretanto, que o governo brasileiro não observou tais procedimentos ao impor a barreira tarifária em discussão, eis que não ocorreu a investigação prévia para verificação do prejuízo ou risco de prejuízo grave ao setor nacional, nos termos do Acordo sobre Salvaguardas.

Ademais, qualquer que seja o tipo de medida protecionista adotada, ela tem que se justificar, uma vez que a sua adoção acaba prejudicando os consumidores que teriam acesso a mais produtos e com preços melhores.<sup>47</sup>

Nesses termos, ao adotar a majoração da alíquota do IPI para veículos importados, o governo brasileiro não apresentou justificativa fundamentada, segundo as regras estabelecidas pela OMC.

## 6. CONCLUSÕES

O tema analisado, por tratar de matéria complexa, permite um sem-número de conclusões cabíveis. Apresentam-se, pois, algumas premissas que se destacam, à luz do direito econômico internacional.

De início, imperativo reconhecer a importância do GATT 1947 como mecanismo de desenvolvimento do comércio internacional e indutor da liberalização comercial. Entretanto, a criação da OMC representou um avanço ainda maior na expansão econômica internacional, principalmente por que conferiu maior certeza e segurança ao comércio mundial, ao adotar mecanismos de controle das políticas econômicas, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções.

<sup>47</sup> As justificativas para a adoção de medidas protecionistas envolvem basicamente a proteção do emprego, a proteção à indústria nacional incipiente e a manutenção de estruturas socioculturais, ou ainda a proteção ao consumidor. Tais justificativas são apresentadas pelos defensores de tais medidas, o que não significa que elas sejam realmente aceitáveis. TOMAZETTE, Marlon. *Comércio internacional e medidas antidumping*, op. cit., p. 30-32.

Verifica-se, pois, que a política de aumento da alíquota do imposto sobre produtos industrializados para veículos importados, nos termos do Decreto nº 7.567 não observou as regras de comércio internacional estabelecidas no âmbito da Organização Mundial do Comércio, notadamente o princípio do tratamento nacional e da não discriminação, além de não ter sido obedecido o procedimento estabelecido pelo Acordo sobre Salvaguardas para a adoção de tal medida.

Infere-se, por conseguinte, que o Brasil pode ser responsabilizado com sanções perante a OMC pela prática de tal medida, inobstante os reflexos negativos causados no cenário econômico internacional.

Nessa linha, ressalte-se que o governo brasileiro poderia ter adotado outras medidas que têm o condão de atingir a mesma finalidade. A majoração da alíquota do Imposto de Importação dos veículos, tributo destinado a regular o comércio exterior, é exemplo de política que não fere o princípio do tratamento nacional e se presta a frear a entrada de veículos importados.

Ao ocaso, diante da situação fática analisada no presente estudo, acentua-se a importância da consolidação das regras de direito econômico, como eixo conformador das relações econômicas internacionais.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex, 2006.
- BARRAL, Welber. De Bretton Woods a Doha. In: BARRAL, Welber (Coord.) *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- BARRAL, Welber. *O comércio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BARRAL, Welber. Protecionismo e noeprotecionismo no comércio internacional. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *O Brasil e o protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- BIZELLI, João dos Santos. *Noções básicas de importação*. 8. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4661*. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 28.10.2011. Publicação no DJe: 23.03.2012.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA, Assis. Brasil contesta acusações de protecionismo feitas pela OMC. *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2756216/brasil-contesta-acusacoes-de-protecionismo-feitas-pela-omc>>. Acesso em 19 jul. 2012.
- NASSER, Rabih Ali. *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT – OMC*. São Paulo: Ltr, 1999.
- REBONO, Maria. Introdução ao Comércio Internacional. In: SEGRE, German. *Manual prático de comércio exterior*. São Paulo: Atlas, 2006.
- RODRIGUES, Azelma. Carro sem conteúdo nacional pode pagar até 55% de IPI. *Jornal Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/1008502/carro-sem-conteudo-nacional-pode-pagar-ate-55-de-ipi>>. Acesso em: 5 jun. 2012.
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TOMAZETTE, Marlon. *Comércio internacional e medidas antidumping*. Curitiba: Juruá, 2008.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A cooperação internacional na  
defesa da concorrência**

**International Cooperation in the  
Protection of Competition\***

Vinicius Marques de Carvalho  
Paulo Burnier da Silveira

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW



# A cooperação internacional na defesa da concorrência

## International Cooperation in the Protection of Competition\*

Vinicius Marques de Carvalho<sup>1</sup>  
Paulo Burnier da Silveira<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo aborda a cooperação internacional brasileira em matéria de defesa da concorrência. Primeiramente, faz-se uma abordagem de ordem teórica, de modo a analisar os fundamentos que possibilitam a aplicação extraterritorial do direito concorrencial no Brasil, baseada na teoria dos efeitos. Em seguida, sob uma olhar prático, discorre-se sobre o atual cenário de cooperação internacional desenvolvido pelo CADE, abordando cartéis e fusões internacionais.

**Palavras-chave:** Defesa da concorrência, cooperação internacional. CADE.

### ABSTRACT

This article analyses the Brazilian international cooperation for competition matters. First, it develops a theoretical framework to explain the extraterritorial application of competition laws, based on the effects doctrine. Secondly, under a pragmatic approach, it demonstrates CADE's current efforts and activities in this field, with an overview on both international cartels and mergers.

**Keywords:** Antitrust, international cooperation and CADE.

## 1. INTRODUÇÃO

O processo de globalização econômica e a internacionalização do comércio provocaram importantes transformações nas estruturas de mercado<sup>3</sup>, com desdobramentos de ordem concorrencial que exigem uma mudança de perspectiva na aplicação das legislações nacionais de defesa da concorrência.<sup>4</sup> Assim sendo, a progressiva abertura dos mercados nacionais permitiu a

<sup>3</sup> Thomas L. Friedman identifica três principais etapas na evolução do processo de globalização econômica e identifica a terceira etapa como “a Terra é plana” em referência ao nivelamento das condições de concorrências entre os atores da vida econômica no mundo. O nivelamento completo é exagerado, afirma o autor, mas desenvolve seu raciocínio a partir desta ideia. Cf. FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat: a brief history of the twenty-first century*. Nova Iorque: Picador, 2007.

<sup>4</sup> A relação entre globalização e Direito da Concorrência é bem explorada por BEAUMONT, Anne Chareyre de. *Droit de la concurrence et globalisation*. Tese (Doutorado em direito), Universidade Panthéon-Assas (Paris-2). Paris, 2006.

<sup>1</sup> Presidente do CADE Doutor em Direito (Paris-1/USP)

<sup>2</sup> Chefe de Assessoria Internacional do CADE Doutor em Direito (Paris-2/USP)

\* Artigo convidado

entrada de novos concorrentes, bem como participação das empresas brasileiras no exterior.

Em realidade, as atividades econômicas de impacto transnacional aumentaram de maneira significativa e trouxeram novos desafios para o Direito da Concorrência. A cooperação internacional se torna, neste contexto, um instrumento importante para enfrentar este novo cenário para a implementação de uma política consistente de defesa da concorrência. Isto porque, enquanto as relações econômicas se internacionalizam cada vez mais, as normas de proteção da concorrência permanecem nos níveis nacionais ou regionais.

As problemáticas e os novos desafios decorrentes desta internacionalização de práticas podem ser percebidos nas diferentes áreas de aplicação do direito concorrencial: desde o controle de estruturas, quando fusões internacionais devem ser notificadas a uma pluralidade de autoridades da concorrência, até o controle de condutas, incluindo nesta modalidade tanto os cartéis internacionais quanto as práticas de abuso de posição dominante.

Este artigo apresenta, na primeira parte, de maneira mais teórica, os fundamentos jurídicos da aplicação transnacional das legislações concorrenciais, que são em geral permitidas com base na teoria dos efeitos (I). Em seguida, o estudo indica, de modo concreto, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem feito uso da cooperação internacional para a condução de uma política de defesa da concorrência efetiva no Brasil. (II).

## 2. A APLICAÇÃO TRANSACIONAL DO DIREITO CONCORRENCIAL

A aplicação transnacional do direito concorrencial pode ser explicada pela adoção no Brasil e diversos países do mundo da chamada “Teoria dos Efeitos” (A), o que permite a reivindicação e exercício de competência jurisdicional, simultaneamente, por parte de diversas autoridades de concorrência (B).

### 2.1 A teoria dos efeitos no direito brasileiro

A aplicação transnacional do direito concorrencial encontra fundamento na Teoria dos Efeitos, que possi-

bilita a sua aplicação extraterritorial e, conseqüentemente, a reivindicação de competência de mais de uma jurisdição sobre uma mesma prática anticoncorrencial ou ato de concentração. Uma vez que o direito da concorrência é uma aplicação unilateral da lei de um Estado, a discussão não passa através do clássico método bilateral de “conflito de leis” ou “conflitos de jurisdição”.<sup>5</sup>

O conceito de extraterritorialidade da lei abrange vários aspectos. Embora o conceito de extraterritorialidade permaneça muito vago<sup>6</sup>, distinguíveis em dois aspectos importantes. A primeira diz respeito às circunstâncias sob o qual um Estado estrangeiro aplica uma lei estrangeira em seu território – um contrato internacional com uma cláusula de lei aplicável constitui um exemplo clássico desta aplicação. Tratando-se da lei da concorrência, essas situações não nos envolvem, uma vez que a natureza unilateral deste ramo do direito é aplicada no conflito de leis. Portanto, nos resta outro aspecto da extraterritorialidade do direito, incluindo a aplicação de uma lei nacional por um órgão jurisdicional do mesmo Estado a uma mesma situação externa que poderia, além disso, ser perfeitamente permitida no Estado estrangeiro. Tratando especificamente da aplicação extraterritorial da lei concorrencial, Friedel-Schwartz oferece a seguinte definição deste conceito:

Uma norma é extraterritorial se, no momento em que atua, pretende governar pessoas ou bens, pronunciar-se sobre situações ou considerar atos externos ao território do Estado. A lei de um Estado, aplicada por seus próprios tribunais, no território nacional, afeta pessoas ou bens em território estrangeiro.<sup>7</sup>

O direito da concorrência está tradicionalmente destinado a ser aplicado aos fatos ocorridos num determinado território nacional. É, portanto, uma limitação geográfica. No entanto, num mundo globalizado, as atividades das empresas não são mais limitadas ao território de um único país. Suas políticas de comércio, muitas vezes, são globalizadas. Assim, uma prática realizada em um país pode perfeitamente provocar efeitos significativos na economia de outro país. Vários Estados, portanto, estão envolvidos por esses efeitos e estão propensos a controlá-los para a proteção de seus mercados e de sua política econômica.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Entre outros, ver: AUDIT, Bernard. *Droit international privé*. 5. ed. Paris: Économica, 2008. p. 93-117.

<sup>6</sup> Cf. STERN, Brigitte. *L'application extraterritoriale du droit économique*. Paris: Montchrestien, 1987. p. 155.

<sup>7</sup> Cf. FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *L'extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et Communauté européenne*. Paris: LGDJ, 1994. p. 2.

<sup>8</sup> Entre outros, consulte: CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de*

O campo das concentrações econômicas é um bom exemplo deste problema, pois uma concentração realizada no exterior pode causar mudanças significativas no competitivo mercado de outro país. Imagine a possibilidade de uma mudança de controle de uma empresa estrangeira com sede no Brasil, como resultado de uma fusão com um concorrente estrangeiro – que também poderia ter uma empresa do ramo no Brasil. Neste contexto, os países se acham confrontados com a tentação de controlar uma prática de origem estrangeira de curso, mas que gera efeitos econômicos e sociais importantes no território nacional.

Desde o destaque deste problema desde o início do século XX, foram mencionadas várias fundações para justificar uma aplicação extraterritorial do direito da concorrência: o princípio da territorialidade, princípio da nacionalidade, o princípio da proteção e o princípio da universalidade. Na verdade, estes princípios foram tradicionalmente utilizados para justificar a extraterritorialidade da lei em diversas outras áreas, especialmente em direito penal. Mas vemos também no campo do direito civil, por exemplo, para justificar a atribuição de nacionalidade a uma criança nascida no exterior pela aplicação do princípio do “*jus sanguinis*”.

No entanto, deve notar-se que nenhum desses princípios foi capaz de justificar plenamente a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, tendo em conta a variedade de possíveis objeções.<sup>9</sup> Em última análise, é a doutrina dos efeitos (ou “*effect doctrine*”) que serviu de base para essa aplicação extraterritorial. No entanto, as semelhanças entre a teoria dos efeitos e o princípio da territorialidade objetiva são óbvias e suas diferenças permanecem bastante teóricas.<sup>10</sup> Na verdade, a teoria dos efeitos constitui, portanto, uma extensão do princípio da territorialidade, que continua a ser a base para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência.

A doutrina de efeitos surgiu nos Estados Unidos, em 1945.<sup>11</sup> De acordo com essa teoria, as regras de concorrência nacionais são aplicáveis a qualquer empresa, in-

dependentemente da sua localização geográfica, quando seu comportamento ou suas operações produzem um efeito interno no território desse país.

No caso Estados Unidos vs. *Alcoa*, a sociedade americana *Alcoa*, que detinha o monopólio do mercado de alumínio, celebrou - a através de sua subsidiária canadense - um acordo com exportadores globais de alumínio para impedir a exportação deste produto para o mercado americano. O acordo foi, portanto, planejado para reforçar o monopólio da *Alcoa* no mercado americano. O famoso Juiz Hand da Suprema Corte dos Estados Unidos utilizou, portanto, a teoria dos efeitos para aplicar a legislação americana a um acordo realizado totalmente no exterior, conforme a seguinte fórmula: “(...) *any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends*”<sup>12</sup>.

O direito da concorrência brasileiro também incorporou em seu dispositivo a teoria dos efeitos. O direito da concorrência brasileiro a torna especificamente aplicável a qualquer ato suscetível de causar efeitos na concorrência no território brasileiro, como pode ser visto a seguir:

*Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.13 (ressaltamos)*

O CADE já teve a oportunidade de comentar várias vezes sobre a aplicação da teoria dos efeitos na legislação brasileira. Como exemplos, citaremos os casos *Kolynos*, *Cervejaria Miller*, *Gerdau-Pains*, *Nalco-Exxon*, *Aticus-Texas*, *Henkel-Loctite* e *MCI-Worldcom Inc./Sprint Corporation*.<sup>14</sup> No caso *MCI Worldcom Inc./Sprint Corporation*, em particular, as duas empresas americanas tinham notificado junto à autoridade da concorrência americana uma proposta de fusão. No Brasil, a *MCI Worldcom* e a *Sprint* participaram, respectivamente, no controle da *Embratel S.A.* e *Intelig Ltda.*, que eram concorrentes diretas e que

*concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 73-74.

<sup>9</sup> Cf. JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33-36.

<sup>10</sup> Cf. MIKA Hayashi. *Objective territorial principle or effects doctrine? Jurisdiction and cyberspace*: law. n. 6. Pérouse: Université de Pérouse, 2006. p. 284-302.

<sup>11</sup> Casos dos Estados Unidos vs. *Aluminium Co. of America (Alcoa) et al.*, 148 F.2d 416 (2<sup>nd</sup> Cir. 1945).

<sup>12</sup> Parte do julgamento do caso acima mencionado. Tradução livre: “Qualquer Estado pode impor restrições, mesmo em pessoas que estão não estão sujeitas à sua jurisdição, por conduta que tenham moradia fora do estado em questão, na medida em que este teria um impacto dentro do mesmo Estado, e que está proibido”.

<sup>13</sup> Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que repete os termos do art. 2º da revogada Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

<sup>14</sup> Respectivamente, os Atos de concentração nº 27/95, nº 58/95, nº 16/94, nº 28/95, nº 132/97, nº 120/97 e nº 53.500.005134/99. Disponível em [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) (acessado em 10 de novembro de 2009).



exerciam na época uma situação de duopólio no mercado brasileiro de telefonia fixa a distância. O CADE aplicou, portanto, a teoria dos efeitos para reivindicar a jurisdição. No entanto, a proposta de fusão no exterior eventualmente foi deixada de lado por razões de concorrência relacionadas às posições das autoridades de concorrência dos Estados Unidos e União Europeia.

A jurisprudência brasileira ainda permanece limitada ao domínio administrativo uma vez que não existem atualmente decisões judiciais que dizem respeito à aplicação da teoria dos efeitos na legislação brasileira.

## 2.2 O exercício da competência por diversas autoridades da concorrência

A abordagem unilateral do direito da concorrência gera desvantagens significativas. Entre elas, destacam-se o aumento de diversos custos de transação e o risco de decisões divergentes ou inconsistentes, em particular no controle dos atos de concentração.

Em relação ao aumento dos custos de transação, um estudo aponta que uma concentração internacional requer, em média, seis notificações, sete meses para ter uma resposta definitiva e um custo total de 3,3 milhões de euros incluindo 65% em honorários advocatícios, 19% das despesas processuais e 14% do consultor de outras áreas.<sup>15</sup>

Além disso, sempre que uma pluralidade de análises é realizada sobre uma operação de concentração, há sempre o risco de decisões contraditórias, considerando que as decisões podem ser de autorização sem restrições, autorização com restrições ou de reprovação. Somos confrontados, portanto, a um problema jurídico de âmbito internacional, quando são tomadas decisões diferentes sobre uma operação de concentração. Ainda, na medida em que a maioria das decisões é condicional, ou seja, as operações são aprovadas mediante certos compromissos, variáveis de acordo com o órgão de controle e o mercado envolvido, percebe-se facilmente que o problema de várias decisões é complexo.

Destaca-se, por fim, a limitação territorial relacionada ao poder de império, que tem impacto na efetividade das decisões quando consideradas as suas possibilidades

(e probabilidades) de *enforcement*. Isto porque o poder de um país se encontra limitado ao seu território nacional. Assim, há uma limitação territorial no exercício da jurisdição extraterritorial a lei de concorrência, pois as autoridades de controle somente podem exercer as respectivas competências em território nacional. Esta limitação aplica-se tanto para a fase de análise quanto para a fase de execução das decisões judiciais.

Na fase de análise, há, por exemplo, pedidos de informações e verificações devem ser feitas em outro país, ou seja, no âmbito da cooperação das autoridades da concorrência. Adicionado a estas dificuldades, está o problema de linguagem. Embora as empresas ainda possam se responsabilizar através de traduções juramentadas e também contar com profissionais políglotas, autoridades de concorrência às vezes precisam de alguma informação em língua estrangeira, onde nem sempre contam com meios de comunicação convenientes.

Para a fase de tomada de decisão, qualquer ordem por parte da autoridade da concorrência ou de um juiz, no sentido de prestar, fazer ou não fazer algo, deve ser passado de um país para outro.<sup>16</sup> Às vezes a ineficácia é tão grande que se trataria mais de uma simples ameaça de sanção legal, sem eficácia prática se as empresas ainda não estão presentes no território envolvido pela decisão. Neste contexto, as autoridades de concorrência devem pensar em soluções criativas para controlar essas concentrações ou práticas anticoncorrenciais, localizadas no estrangeiro.<sup>17</sup>

O caso mais emblemático é a tentativa de fusão entre a *GE* e a *Honeywell* em 2001, autorizada pelas autoridades americanas, mas bloqueada pela Comissão Europeia por causa dos efeitos anticoncorrenciais que teria causado no mercado europeu. O exemplo nos mostra a influência que um órgão responsável pela concorrência pode exercer nas atividades comerciais, ainda que totalmente concluído em outro Estado. O caso *GE/Honeywell* é apenas uma ilustração deste problema, entre

<sup>15</sup> Cf. nota de imprensa da INTERNACIONAL BAR ASSOCIATION (IBA), de 23 de junho de 2003. Disponível em: <www.ibanet.org>. O estudo está Disponível em: <www.pwc.co.uk/pdf/pwc\_mergers.pdf>.

<sup>16</sup> Certas decisões do CADE brasileiro consideraram esse problema, incluindo o controle das concentrações. A este respeito, consulte as decisões de 21 de julho de 2010 em *Cobb-Vantress/Hendrix Genetics* (processo n.º 08012 MACROBUTTON AceitarAlteraçõesMostradas 007776/2008-99), 17 de janeiro de 2007 no caso *Borg Warner/Eaton* (processo n.º 08012.009358/2006-74) e de 4 de março de 2009, no caso *DuPont/Chemtura* (processo n.º 08012.001312/2008-79).

<sup>17</sup> A este respeito, ver decisão do CADE no caso *Cobb-Vantress/Hendrix Genetics*. p. 30.

várias outros. Além disso, a proibição de uma decisão oriunda de uma autoridade muito menor pode, às vezes, bloquear uma operação considerada vantajosa em todo o mundo, o que é chamado por alguns de “global hold-up situation”<sup>18</sup>.

### 3. A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL DO CADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA

Para evitar, ou ao menos minimizar, os inconvenientes decorrentes da internacionalização do Direito da concorrência, o CADE tem feito incessante uso de mecanismos de cooperação internacional. Esta seção trará ilustrações, não exaustivas, dos recentes esforços da autarquia neste sentido, os quais podem ser analisados sob o viés do controle de condutas (A) e do controle de estruturas (B).

#### 3.1 A cooperação internacional do CADE no controle de condutas

O controle de condutas engloba as práticas anticonceptivas, como cartéis, bem como as situações de abuso de posição dominante. Em razão do caráter mais lesivo, em geral, dos cartéis, concentramo-nos a um balanço desta matéria para fins do presente estudo.

Há 22 investigações de cartéis que envolvem representados do exterior. Nesses casos, há 515 representados para notificação por meio de cooperação jurídica em matéria civil (DRCI). A cooperação em investigações ocorre informalmente por meio de e-mails e telefonemas, nos quais há troca de experiências e pontos de vista com relação a casos específicos e também sobre a forma de tentar resolver problemas práticos no curso das investigações.

O caso de maior sucesso foi o dos compressores, no qual ocorreu uma busca e apreensão simultânea em vários países devido a troca de informações entre DG Comp, CADE e DoJ. A maior parte da cooperação nessa área envolve DoJ e DG Comp.

Além disso, a constante participação do CADE nos

fóruns internacionais traz muitos benefícios. Dentre elas, destaca-se a recente mudança na política de acordos nos casos de cartéis. Aliás, este foi o tema escolhido como parte do chamado *special project* da Conferência Anual da ICN realizada na cidade do Rio de Janeiro em abril de 2012, aproveitando assim toda a expertise internacional para promover debates sobre este assunto específico.

Desta forma, priorizando os acordos em matéria de cartéis e aproveitando as ricas discussões da ICN, o CADE disponibilizou, no final de 2012, para consulta pública uma proposta de nova política de acordos em investigações de condutas anticompetitivas. Os mencionados acordos são firmados utilizando-se os Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), por meio dos quais o CADE exige que a parte cesse a conduta sob investigação, além de ser possível a arrecadação de valores que serão destinados ao Fundo de Direitos Difusos (FDD). As novas regras para o programa de negociação dos TCCs foram aprovadas pelo CADE em março de 2013.

No âmbito dos cartéis, a assinatura do acordo dependerá da colaboração da parte nas investigações. Em um processo que se encontra na fase de instrução, por exemplo, caso a parte colabore poderá haver redução na contribuição para o Fundo de Direitos Difusos. E, para que seja possível firmar o acordo, a parte deverá, obrigatoriamente, confessar a participação no cartel. Essa é uma forma para que o CADE obtenha provas para conseguir a condenação do cartel e informações sobre outros indivíduos/empresas participantes do conluio.

Os descontos na contribuição para o FDD se darão conforme patamares previamente estabelecidos e variáveis de acordo com o grau de colaboração e a ordem de adesão ao acordo. O primeiro teria um desconto de 30% a 50% da multa aplicável, o segundo de 25% a 40% e, do terceiro em diante, de até 25%. Depois do encerramento das investigações da conduta, a redução poderia ser de até 15%.

Esse novo modelo de negociação foi inspirado no modelo americano e no modelo europeu. A nova política de acordos faz parte de um incremento da política de combate a cartéis e tem o objetivo de incentivar a assinatura de acordos visando um aumento na condenação de cartéis no país. Tais acordos são essenciais para a constituição de um material probatório mais firme.

<sup>18</sup> Cf. ROBERTSON, Kyle. One law to control them all : international merger analysis in the wake of GE/Honeywell. *Boston College International & Comparative Law Review*, Boston, v. 31. p. 162-163, 2008.

### 3.2 A cooperação internacional do CADE no controle de estruturas

Com a adoção da análise prévia dos atos de concentração, tornou-se um desafio e uma oportunidade a cooperação internacional nesta área, considerando o fato do CADE analisar as operações no mesmo momento que outras jurisdições envolvidas. Acredita-se que o fluxo de cooperação irá aumentar especialmente para troca informações (confidenciais e não-confidenciais), impressões, técnicas investigativas, teorias aplicáveis, mercados afetados, bem como coordenação de eventuais remédios e *timing* do julgamento.

Elaborou-se um Modelo de Termo de Renúncia à Confidencialidade, com base em modelos de “*waivers of confidentiality*” da OCDE/ICN para formalmente efetivar as trocas de informações mencionadas.

Dois casos de fusões internacionais foram analisados sob as regras da nova lei de defesa da concorrência brasileira, a Lei nº 12.529/2011, que introduziu no país a análise prévia dos atos de concentração. Ambos os casos ilustram as vantagens da cooperação internacionais neste campo, considerando a possibilidade de discutir remédios para as transações de maneira coordenada com outras autoridades da concorrência, o que ocorreu nos dois casos em referência com a autoridade da concorrência da União Européia, o DG-Competition.

O primeiro caso trata da aquisição da empresa Mach, com sede em Luxemburgo, pela Syniverse, com base nos Estados Unidos. Durante a primeira fase da análise, no âmbito da Superintendência-Geral do CADE, recomendou-se ao Tribunal do CADE a aprovação da aquisição da empresa WP Roaming III S.A.R.L. (MACH) pela Syniverse Holdings, Inc (AC nº 08700.006437/2012-13), condicionada à assinatura de um Acordo em Controle de Concentração – ACC. Para a Superintendência, a operação, notificada em outubro de 2012, resultaria em concentração elevada nos mercados de GSM *data clearing* e *Near Real Time Roaming Data Exchange* (NRTRDE), que são serviços de tecnologia prestados a empresas de telecomunicação móvel. O GSM *data clearing* é utilizado pelas operadoras para realizar a cobrança de *roaming*, que ocorre quando um usuário de um aparelho móvel se conecta a uma rede diferente de sua rede doméstica. Já o NRTRDE é um serviço que permite detecção de fraudes de *roaming* que possam gerar prejuízos às operadoras ou aos seus clientes.

Para sanar as preocupações concorrenciais detectadas, as empresas estrangeiras Syniverse e Mach propuseram ao CADE a assinatura do ACC em que se comprometem com determinadas obrigações para afastar eventuais efeitos anticompetitivos da operação. A posição da Superintendência foi confirmada pelo Tribunal do CADE em 22 de maio de 2013. A decisão europeia sobre esta mesma transação ocorreu no dia 29 de maio de 2013, na sequência de intenso diálogo entre CADE e DG-Comp durante a análise da operação, amparado por termo de renúncia à confidencialidade assinado pelas empresas para o propósito específico de cooperação entre CADE e DG-Comp.

O segundo caso se refere à proposta de fusão das empresas sueca Munksjö AB e finlandesa Ahlstrom Corporation, que resultaria em elevada concentração no mercado de papel decorativo pré-impregnado – PRIP (aplicado em móveis de ambientes internos como cozinhas, quartos e escritórios), e no de bases para abrasivos de papel pesado (usadas para a fabricação de produtos de revestimento abrasivo, os quais são usados para desgastar ou polir materiais em operações em muitos setores industriais), não havendo perspectivas de novas firmas entrantes no setor ou concorrentes capazes de rivalizar em nível suficiente nesses mercados. Para sanar tais preocupações concorrenciais, Munksjö e Ahlstrom propuseram ao CADE, na forma de um ACC, a venda, a uma terceira empresa, de ativos da Ahlstrom utilizados na produção de PRIP e bases para abrasivos. Em seu parecer, a Superintendência-Geral recomendou a aprovação de tal Acordo em Controle de Concentração, o que foi também confirmado pelo Tribunal do CADE na mesma sessão de julgamento do caso anterior, no dia 22 de maio de 2013. Este caso foi igualmente objeto de importante cooperação entre CADE e DG-Comp, possível através da concessão de termo de renúncia à confidencialidade, submetido pelas empresas. Ao total, ocorreram 5 conference calls para discussões gerais sobre o caso, atualizações e alinhamentos de etapas. A decisão europeia, desta vez, ocorreu apenas dois dias depois da decisão brasileira, no dia 24 de maio de 2013.

Em suma, os casos relatados enviam uma mensagem importante para a comunidade empresarial internacional, em especial aos que desenvolvem atividades econômicas com efeitos no Brasil: as autoridades da concorrência estão conversando e a nova lei de defesa da concorrência brasileira oferece esta oportunidade ao CADE, que tem feito e continuará a fazer bom uso desta prerrogativa.



#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PERSPECTIVAS FUTURAS

A tendência de maior internacionalização do direito da concorrência parece inevitável. Nas duas últimas décadas, o número de fusões internacionais aumentou substancialmente. As companhias passaram a prestar serviços e vender produtos fora das fronteiras dos países em que se localizam as suas sedes, usualmente atuando como uma única empresa, com um controle centralizado, apesar de uma estratégia de negócio globalizada. Na mesma linha, um fenômeno parecido de internacionalização de práticas econômicas se verifica quando analisado sob a ótica de controle de condutas – cartéis e condutas unilaterais. Apesar da globalização das questões econômicas, instrumentos legais para controlar fusões e práticas anticompetitivas ainda tem abrangência restrita às esferas nacionais ou regionais.

A *International Competition Network* (ICN) surge em 2001 neste cenário de globalização do direito da concorrência e busca suprir a ausência de uniformidade dos instrumentos legais, permitindo que as autoridades da concorrência dialoguem com maior frequência para desenvolver uma verdadeira rede que tenha capacidade para melhor coordenar o controle de fusões transnacionais, combater cartéis internacionais, bem como práticas anticompetitivas em geral.

Passada a primeira década de vida, a ICN continua na busca destes mesmos objetivos gerais. No entanto, desafiada por uma realidade de substancial diversidade no perfil dos seus membros, o que não se verificava nos seus anos iniciais de vida. Lembre-se que se passou de 14 membros a 128 membros em praticamente uma década de vida. É um sinal de grande sucesso, considerando que a adesão é voluntária da parte das autoridades de concorrência. Mas característica também de importante mudança institucional haja vista que as necessidades de uma autoridade como o FTC americano não são as mesmas de uma autoridade recém-criada como a *Superintendencia de control del poder de mercado* equatoriana.

Constata-se hoje que os membros da ICN têm diferentes níveis de maturidade, contando com autoridades antigas e pequenas (Israel, por exemplo), antigas e grandes (ambas dos EUA, por exemplo), jovens e pequenas (Equador, por exemplo), jovens e grandes (Paquistão, por exemplo). Além disto, os países se encontram em distintos momentos de desenvolvimento econômico e social. Seria apropriado a um país pequeno e subde-

envolvido – oriundo, por exemplo, da região Caribeña – investir recursos financeiros e humanos na implementação de uma política de defesa da concorrência? Optando pela criação de uma autoridade de concorrência, qual seria o melhor arranjo institucional: independência ou subordinação ao Poder Executivo? E o mandato do Presidente e dos membros de eventual Tribunal especializado: 2 anos, 5 anos, 10 anos, vitalício? Apesar de não existir uma resposta única a estas perguntas, essas questões parecem ser essenciais na indicação de caminhos e de soluções.

De acordo com a própria ICN, a missão de organização na próxima década consiste em encorajar a disseminação de quatro principais objetivos. Inicialmente, promover a disseminação da experiência da concorrência e *best practices*. Em segundo lugar, formular propostas para convergência de procedimentos por meio de uma estrutura e agenda voltada a resultados. Em terceiro lugar, apoiar advocacia pela concorrência. E, por fim, facilitar a cooperação internacional.

Convergência se torna uma palavra chave: convergência de práticas, procedimentos, regras e abordagens. Mas como convergir em cenário de diversidade? Cabe a cada membro identificar em quais pontos a convergência é desejável, possível ou, até mesmo, necessária. Cabe também a cada membro analisar a possibilidade de ajustar as recomendações e melhores práticas sugeridas pela ICN. Por seu turno, cabe a ICN advogar em favor das suas atividades e materiais produzidos. Ou seja, provar a sua utilidade para os seus membros e auxiliá-los na sua implementação quando desta forma optarem.

Isto representa um grande desafio para o atual momento da ICN, que entra na sua adolescência com um novo rosto, muito mais plural do que quando ainda engatinhava entre autoridades de concorrência bem posicionadas e desenvolvidas. Ou seja, trata-se do desafio de promover a convergência de regras e práticas em respeito às diversidades. Isto não nos parece contraditório, tampouco implicar necessariamente em restrição da diversidade. Trata-se apenas de um novo desafio, dentre alguns superados e outros que certamente surgirão. Em realidade, parece-nos razoável, para não dizer desejável, que as leis de defesa da concorrência integrem um bojo maior de políticas públicas de um país, servindo assim de instrumento para a implementação de estratégias mais amplas que dizem respeito ao desenvolvimento, emprego e crescimento econômico de uma nação.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”**

**Beyond preferences: the rules for “new trade topics”**

Michelle Ratton Sanchez Badin  
Lucas da Silva Tasquetto

# Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”<sup>3\*</sup>

## Beyond preferences: the rules for “new trade topics”\*

Michelle Ratton Sanchez Badin<sup>1</sup>

Lucas da Silva Tasquetto<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo aborda a criação e o incremento de regras em Acordos Preferenciais de Comércio nas áreas de compras governamentais, concorrência, meio ambiente e questões trabalhistas, matérias enquadradas no conceito de “novos temas” da agenda de negociações comerciais internacionais. Sendo assim, o objetivo do trabalho é analisar as principais características dos capítulos relativos a essas áreas em acordos selecionados dos Estados Unidos, da União Européia, da China e da Índia. Primeiro, analisamos o enquadramento dos temas na agenda de negociações comerciais no nível internacional, bem como os seus elementos fundamentais nos respectivos capítulos dos acordos selecionados, sem deixar de considerar as diferenças de estratégias que são apresentadas em cada grupo de acordos. Em seguida, apresentamos o contraste entre as tendências nos acordos e os correspondentes encaminhamentos no âmbito da Organização Mundial do Comércio. Por fim, sugerimos pontos para uma reflexão sobre a política externa brasileira diante de tal expansão e a aprofundamento dos compromissos na esfera do comércio internacional. O estudo permite concluir que em todas as áreas analisadas há uma tendência de adensamento jurídico, com dispositivos mais compreensivos, com obrigações claras e detalhadas, e mecanismos institucionais específicos. De modo geral, o número e a amplitude destas novas regras compõem dados que desafiam a política externa brasileira nos últimos anos, apontando para uma relativa limitação das estratégias defensivas. De outro lado, se o Brasil estiver disposto a negociar um acordo no formato APC será essencial considerar as estratégias adotadas para regulação dos “novos temas”.

**Palavras-chave:** Direito do comércio internacional. Acordos regionais e preferenciais de comércio. Novos temas. Comércio internacional e compras governamentais. Comércio internacional e concorrência. Comércio internacional e meio ambiente. Comércio internacional e questões trabalhistas.

### ABSTRACT

This article discusses the creation and enhancement of rules in Preferential Trade Agreements concerning government procurement, compe-

<sup>1</sup> Michelle Ratton Sanchez Badin é professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito FGV) e pesquisadora bolsista do Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional PNPd/Ipea, no projeto de “Regulação do Comércio Global”.

<sup>2</sup> Lucas da Silva Tasquetto é doutorando em Relações Internacionais na Universidade de São Paulo (IRI/USP) e pesquisador bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

\* Recebido em 15/05/2013

Aprovado em 21/05/2013

<sup>3</sup> \* Este artigo foi produzido no âmbito da Pesquisa PNPd/IPEA 105/2010, sobre Regulação do Comércio Global. Outros resultados desta pesquisa podem ser encontrados em Textos de Discussão do IPEA e no livro OLIVEIRA; SANCHEZ BADIN (2013)



tion, environment and labor issues. These matters are qualified as “new topics” to the international negotiations agenda on trade. Thus, it aims at identifying the main trends in selected agreements signed by the United States, the European Union, China and India. First, we analyze how these issues are considered in the trade negotiations agenda at the international level, as well as its essential elements in the respective chapters of the selected agreements, also considering the differences in strategies that are presented in each group of agreements. Then we present the contrast between the trends in agreements and the ongoing processes of negotiation at the World Trade Organization. Finally, we suggest points for reflection on the Brazilian foreign policy towards the enlargement of the trade and trade related regulation by international agreements. The study shows that in all analyzed areas there is a trend of legal densification, with more comprehensive devices, clear and detailed obligations, and specific institutional mechanisms. In general, the number and breadth of these new rules challenge Brazilian foreign policy in recent years, pointing to a relative limitation of defensive strategies. On the other hand, if Brazil is willing to negotiate a PTA is essential to consider the strategies adopted for the regulation of «new topics».

**Keywords:** International trade law. Regional and preferential trade agreements. “New topics”. Trade and government procurement. Trade and competition. Trade and environment. Trade and labour clause.

## 1. INTRODUÇÃO

A aposta nos Acordos Preferenciais de Comércio (APCs)<sup>4</sup> para a liberalização do comércio internacio-

<sup>4</sup> A terminologia aplicada para qualificar os acordos bilaterais e plurilaterais de comércio tem variado na literatura especializada, em grande medida, em função dos verbetes utilizados nos trabalhos da Organização Mundial do Comércio (OMC). A preocupação inicial do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), no seu Artigo XXIV, com áreas de livre-comércio e uniões aduaneiras se consolidou na OMC e ficou registrada na composição do Comitê de Acordos Regionais de Comércio, em 1996. Com efeito, o verbebo aplicado pela OMC passou a ser “acordos regionais de comércio” (ARCs). Considerando a diversidade de estratégia na celebração de acordos de comércio, para além do sistema multilateral, a partir dos anos 1990, o *World Trade Report 2011* aplicou genericamente o verbebo “acordos preferenciais de comércio” (APCs), tal como aplicado neste artigo. Mas, a partir de 2012, a OMC qualificou em suas bases eletrônicas uma nova distinção entre “acordos regionais de comér-

cial tem sido não apenas um caminho alternativo e em expansão (WTO, 2011a), mas também um espaço para consolidar uma parte da agenda “perdida” ou marginalizada na Rodada Doha pelos membros da Organização Mundial do Comércio (OMC). Essa agenda compreende a tentativa de ampliar o campo de coordenação das políticas relativas ao comércio internacional ou com significativo impacto no comércio, conhecida por definir as “regras do jogo” a partir de padrões mínimos regulatórios pelos principais agentes do comércio internacional.<sup>5</sup> Dentre os temas que integram tal agenda, encontram-se: compras governamentais, concorrência, meio ambiente, questões trabalhistas ou cláusula social, e facilitação de comércio e investimentos.

O objetivo neste artigo é estabelecer as tendências regulatórias nas áreas de compras governamentais, concorrência, meio ambiente e questões trabalhistas em APCs selecionados.<sup>6</sup> Para tanto, à parte essa introdução, o artigo analisará o enquadramento desses temas na agenda de negociações comerciais no nível internacional, as principais características dos capítulos relativos a tais temas nos acordos selecionados, sem deixar de considerar as diferenças de estratégias que são apresentadas em cada grupo de acordos (UE, EUA, China e Índia), bem como o contraste entre tais tendências nos APCs e os encaminhamentos relativos a essas áreas no

cial” e “acordos preferenciais de comércio”. Os ARCs são anunciados pela OMC como acordos recíprocos de caráter bi ou plurilateral, incluindo as áreas de livre-comércio e as uniões aduaneiras. A expressão APCs, desde então, foi reservada para as preferências que são garantidas unilateralmente, como é o exemplo do Sistema Geral de Preferências. Destaca-se que para fins da análise neste artigo a expressão APCs não inclui as concessões unilaterais de preferências tarifárias, mas confunde-se com o que hoje a OMC classifica como ARCs.

<sup>5</sup> Mesmo diante do cenário de crise econômica no mercado internacional e intropesção dos Estados para definição de suas políticas governamentais, especialistas têm reforçado a necessidade de serem estabelecidas “regras do jogo” e cooperação entre os principais agentes do comércio internacionais nas áreas compreendidas por esse conceito como elementos essenciais. Nesse sentido, v. Hoekman e Haddad e Hoekman.

<sup>6</sup> Em Sanchez Badin são apresentados como critérios para a seleção dos acordos de UE, EUA, China e Índia que têm seus capítulos analisados aqui: “i) preferência aos ALCs [Acordos de Livre Comércio] e AIEs [Acordos de Integração Econômica], excluídos os acordos com perfil de união aduaneira, os acordos-quadro e os acordos de escopo parcial, com exceção do acordo Chile-Índia, – estes são os acordos recentemente qualificados pela OMC como *FTA+*, dadas as características dos compromissos que preveem; ii) apenas acordos em vigor; iii) excluídos os acordos com algum referencial político ou relacionado a estratégias de expansão geográfica; e iv) excluídos também aqueles celebrados entre as economias selecionadas e mais de um parceiro comercial”.

âmbito da OMC. Por fim, será apresentada uma breve reflexão sobre a política externa brasileira na área comercial diante da incorporação desses “novos” temas que ampliam e aprofundam os perfis de compromissos assumidos pelos Estados no âmbito internacional.

Sendo assim, o artigo orienta-se pelo questionamento sobre qual seria o padrão mínimo que os APCs pretendem estabelecer para as políticas regulatórias dos Estados em “novos temas”. Do mesmo modo, considerando a relevância do sistema multilateral para o Brasil e sua política externa em curso, as perguntas derivadas são de duas ordens: *i*) qual o grau de compatibilidade dessas tendências regulatórias com o sistema multilateral de comércio?; e *ii*) como afetam a política exterior brasileira, na área do comércio internacional?

## 2. Os “NOVOS TEMAS” NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

### 2.1 A incorporação dos “novos temas” na agenda do Comércio Internacional

A expressão “novos temas” é, naturalmente, dinâmica e acompanha o conceito do padrão de regras que são negociadas pela maioria dos Estados em um determinado momento da história. No que tange às negociações comerciais no nível internacional, avançar para além do conceito de acesso a mercados e a negociações de tarifas num ambiente multilateral, ainda nos dias de hoje é considerado um tema novo e objeto de muito dissenso entre os Estados e suas delegações. Nesse sentido, compras governamentais, concorrência, meio ambiente e cláusula social são considerados temas novos para o sistema internacional de comércio, não obstante já tenham perpassado debates e tratativas no âmbito do comércio internacional desde o início de suas tratativas multilaterais em meados do século XX e, cada um dos temas derive ou dialogue com fóruns e tratativas específicas para além dos regimes de comércio internacional (sendo considerados como assuntos relacionados ou *cross-cutting issues*).<sup>7</sup> Quanto a compras governamentais,

<sup>7</sup> Um exemplo notório a esse respeito é a temática de meio ambiente. Um debate intenso sobre a relação desses temas tratados em fóruns e regimes específicos é retratado no compêndio de artigos resultado do Simpósio *The Boundaries of the WTO*, publicado pelo *American Journal of International Law*, v. 96, n. 1, 2002.

desde as negociações para a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), contava-se com a proposta para a aplicação do princípio de não discriminação entre as compras governamentais e quaisquer outras.<sup>8</sup> O insucesso da proposta, fez com que, a partir de situações específicas, a questão integrasse a agenda da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1967, a qual alimentou a celebração de um primeiro acordo plurilateral no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) para liberalização e transparência em compras governamentais<sup>9</sup>. Esse acordo plurilateral passou por sucessivas revisões durante a Rodada Uruguai e, posteriormente, pela aprovação de uma nova versão do acordo, em um processo recém concluído no âmbito da OMC. Ademais, há uma série de tratativas internacionais que focam no tema sob diferentes perspectivas.<sup>10</sup>

Diferentemente, na área de concorrência, o tema se aproximou da regulamentação do comércio internacional como um campo exclusivo, a partir da Conferência Ministerial da OMC em 1996, em Cingapura (por essa razão, também conhecido como um dos “temas de Cingapura”).<sup>11</sup> Contudo, ações em outros fóruns in-

<sup>8</sup> Esta era a proposta dos EUA, cf. U.S. Dept. of State, *Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations*, U.S. Dept. of State Pub. 2598, Commercial Policy Series 93 (1946). Para mais detalhes, v. Blank e Marceau

<sup>9</sup> BLANK, A.; MARCEAU, G. The history of the government procurement negotiations since 1945. *Public Procurement Law Review*, v. 5, n.82, p. 77-147, 1996. DUNOFF, J. Linking international markets and global justice. *Michigan Law Review*, v. 107, p. 1039-1058, apr., 2009.

<sup>10</sup> Como exemplo dessas tratativas, têm-se, especificamente: *i*) a Lei Modelo em Compras Governamentais da UNCITRAL de 2011; *ii*) o Plano de Ação do Programa das Nações Unidas com Orientações para Programas Nacionais em Consumo e Produção Sustentáveis de 2008; *iii*) a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (Resolução 58/4 da Assembleia Geral da ONU, de 14 de dezembro de 2005); *iv*) a Recomendação da OCDE para Integridade em Compras Governamentais de outubro de 2008; e, a título de exemplo, *v*) as orientações do Banco Mundial, World Bank, Guidelines: Procurement Under IBRD Loans And IDA Credits (rev. 2006). Para acesso às normativas emitidas nesses fóruns internacionais, v. [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html); [http://www.unep.org/pdf/UNEP\\_Planning\\_for\\_change\\_2008.pdf](http://www.unep.org/pdf/UNEP_Planning_for_change_2008.pdf); <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>; [http://www.oecd.org/document/5/0,3746,en\\_2649\\_34135\\_41883909\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/5/0,3746,en_2649_34135_41883909_1_1_1_1,00.html); <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/ProcGuid-10-06-ev1.doc> (dezembro de 2011).

<sup>11</sup> Outros temas reconhecidos como parte da agenda de Cingapura são: investimentos, transparência em compras governamentais e facilitação de comércio. Sobre os temas e sua incorporação na Agenda Doha, v. [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/)

ternacionais estiveram na dianteira desde os anos 1980, dentre as quais devem ser explicitadas aquelas conduzidas no âmbito da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (sigla em inglês, UNCTAD), do Conselho da OCDE e da rede intergovernamental *International Competition Network (ICN)*.<sup>12</sup> Esses fóruns e os documentos deles derivados apresentam, no entanto, as particularidades de focarem na política de concorrência em geral e, nem sempre, em medidas que podem afetar diretamente o comércio internacional; e de possuírem capacidade de vinculação e efetivação limitada – no caso da UNCTAD, os compromissos assumidos pelas partes não são mandatórios, e nos casos da OCDE e da ICN, além de princípios voluntários, estes são fóruns que congregam um número limitado de países (em geral, países desenvolvidos). A incorporação do tema nos acordos internacionais de comércio visa, assim, corrigir essas duas limitações regulatórias. Por sua vez, meio ambiente e cláusula social (ou padrões trabalhistas mínimos) são temas que, desde o início das negociações para um sistema multilateral de comércio, perpassam as preocupações de sua regulamentação.<sup>13</sup> As primeiras referências a padrões trabalhistas constam das negociações da OIC e do Artigo 7 da Carta de Havana,

com o comprometimento dos membros em eliminarem condições iníquas de trabalho que afetassem as operações comerciais, em seus próprios territórios<sup>14</sup>. Sem êxito nas negociações, remanesceram disposições sobre meio ambiente e cláusula social, em alguma medida, apenas nas exceções do GATT à aplicação das regras gerais, com vistas a resguardar o espaço de políticas públicas dos Estados partes (Artigo XX(b)(g)(e)). Ainda, há organizações e convenções internacionais, de caráter multilateral, constituídas especificamente sobre ambas agendas, o que define hoje muito mais uma relação de “reconhecimento” dessas tratativas, na definição da relação de comércio com tais áreas.

O avanço de acordos internacionais na área de meio ambiente a partir dos anos 1970 mobilizou os debates sobre a relação do tema com a área de comércio no âmbito do GATT, à época. Foi em razão dos trabalhos preparatórios para a Conferência de Estocolmo sobre o Homem e o Meio Ambiente, em 1972, e a convite do secretário geral para a Conferência para que o secretariado do GATT apresentasse contribuições que, em 1971, se criou o Grupo sobre Comércio e Medidas Ambientais<sup>15</sup>. O Grupo tinha por objetivo estabelecer um mecanismo de acompanhamento das eventuais medidas contra a poluição no processo industrial que pudessem afetar o comércio internacional. Mas, curiosamente, o Grupo nos seus vinte anos de existência nunca se reuniu com tal propósito<sup>16</sup>.

As discussões sobre comércio e meio ambiente vieram a ser institucionalizadas em 1994, com a criação pela Decisão de Marraqueche sobre Comércio e Meio Ambiente. Os membros reconheceram na Decisão a intenção de coordenar suas políticas na área, sem que se excedesse a competência central da OMC, limitada a questões comerciais e relacionadas ao comércio e ficou criado o Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente. A agenda do Comitê, a partir de 1995, foi definida pelos membros em torno de dez tópicos que compreendem da relação entre comércio e meio ambiente em geral, à

doha1\_e.htm#singapore (dezembro de 2011).

<sup>12</sup> Dentre os principais compromissos internacionais, na área de concorrência, que tratam de medidas relacionadas ao comércio internacional, merecem destaque: i) Os princípios e regras equitativos mutuamente acordados para o controle de práticas restritivas (The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices), aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, conforme Resolução N. 35/63, de 5 de dezembro de 1980; ii) o compromissos assumidos na quarta Conferência entre os membros da Organização das Nações Unidas (ONU) que reafirma a necessidade de os membros implementarem tais princípios e regras, conforme documento TD/RBP/CONF.5/15, de 4 de outubro de 2000; iii) a Recomendação Revisada do Conselho da OCDE sobre cooperação entre os estados membros na área de condutas anticoncorrenciais que afetam o comércio internacional (Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade), Resolução C(95)130/Final, de 1995; iv) a Recomendação do Conselho da OCDE para efetividade das ações contra ‘cartéis hard core’ (Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, Resolução C(98)35/Final, de 1998. Para mais informações sobre os compromissos no âmbito da ONU, v. <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/english/cpdocs.htm>; no âmbito da OCDE, v. [http://www.oecd.org/topic/0,3699,en\\_2649\\_37463\\_1\\_1\\_1\\_1\\_37463,00.html](http://www.oecd.org/topic/0,3699,en_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html). E, sobre ICN, v. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>. (Todos os acessos em dezembro de 2011).

<sup>13</sup> Para uma retomada histórica da relação entre comércio e temática de meio ambiente, v. Nordström e Vaughan (1999) e Jansen e Kecks (2004); em relação a comércio e os padrões mínimos trabalhistas, v. Charnovitz (1987) e Maskus (1997).

<sup>14</sup> AMARAL JUNIOR, A. Cláusula social e comércio internacional. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 129-141, jan./mar. 1999. p.130.; MASKUS, K. Should core labor rights standards be imposed through international trade policy. *The World Bank Policy Research Working Paper*, n. 1817, 1997. p. 58.

<sup>15</sup> JANSEN, M; KECK, A. National environmental policies and multilateral trade rules. *Staff Working Paper ERSD-2004-01*. Geneva: WTO, 2004. p.4

<sup>16</sup> Nordström, H.; Vaughan, S. Trade and Environment, *Special Study n. 4*. Geneva: WTO, 1999.



liberalização do comércio e barreiras, à análise de setores específicos como serviços e propriedade intelectual e à relação com organizações internacionais atuantes na área de meio ambiente<sup>17</sup> A partir de 2001, com o mandato negocial da Rodada Doha, tal agenda foi circunscrita a alguns temas prioritários.<sup>18</sup> Com tais avanços, o tema de comércio e meio ambiente passou a efetivamente integrar a agenda formal dos membros da OMC.

Já a discussão do tema da cláusula social, como indicado nos documentos de trabalho da Conferência Ministerial em Doha, mostra-se extremamente difícil para muitos membros da OMC, polarizando o debate entre países desenvolvidos (em favor da inclusão) e países em desenvolvimento (contrários e receosos das possíveis formas de implementação das obrigações).<sup>19</sup> Na Rodada Uruguai, EUA e França procuraram estabelecer um Grupo de Trabalho sobre Cláusula Social, sem sucesso. Na sequência, em 1995, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) lançou a iniciativa para definir as “Convenções Fundamentais da OIT” (ILO, 2000, p.1), com vistas a atingir o reconhecimento universal dos direitos nelas constantes – e, em 1996, a OCDE reconhece as convenções eleitas sob a insígnia “core labour rights” Esses ponto foram, então, retomados na Conferência Ministerial da OMC em Cingapura, em 1996, com declarações não vinculantes dos membros da OMC de reconhecimento da competência da OIT e do objetivo de cumprimento das suas convenções “core labour rights”<sup>20</sup>. Se a OIT prosseguiu nos anos posteriores com a tentativa de definir e assegurar o cumprimento dos “core labour rights”, no âmbito da OMC, persistiu-se com a tentativa de criação de um grupo de trabalho e alguma formalização da iniciativa na área, sempre com grandes resistências.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Para detalhes a respeito do Programa de Trabalho do Comitê de Comércio e Meio Ambiente, definido em 1995, v. WTO (1994) e informações sistematizadas em [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/cte00\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/cte00_e.htm) (dezembro de 2011).

<sup>18</sup> São eles: *i*) a relação entre as regras da OMC e os acordos multilaterais em meio ambiente (sigla em inglês, MEA); *ii*) a cooperação entre a OMC e os secretariados dos MEAS; e *iii*) a eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias de bens e serviços ambientais.

<sup>19</sup> Cf. Doha WTO Ministerial 2001 Briefing notes, Trade and Labour Standard, “A difficult issue for many WTO member governments”. Disponível em: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/brief\\_e/brief16\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/brief_e/brief16_e.htm). Acesso em: 07 jun. 2013.

<sup>20</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. Ministerial Conference. Brazil – Statement by H.E. Mr. Luiz Felipe Lampreia, Minister of Foreign Relations. WT/MIN(96)/ST/8, 9 de dezembro de 1996

<sup>21</sup> GRANDI, P.L. *Trade Agreements and their Relation to La-*

Considerando os “novos temas” aqui analisados, na interface com a regulamentação do comércio internacional, todos têm como um ponto forte em comum o fato de se configurarem como medidas de “dentro da fronteira” (behind-the-border measures).<sup>22</sup> Nesse sentido, a sua regulamentação internacional confronta-se com o perfil regulatório da organização econômica doméstica de cada Estado, as particularidades de cada cultura jurídica e os valores e políticas privilegiados por cada tipo de regulamentação, entre outros temas sensíveis que refletem o conceito de soberania dos Estados. Isso gera uma polarização importante entre blocos de países, em especial, de países de economias capitalistas desenvolvidas e países com economias em desenvolvimento; sendo esses últimos resistentes aos avanços de discussões e negociações de regras que compreendam os novos temas. Tal resistência, em alguma medida, é espelhada no atual status desses quatro eixos de negociação no âmbito do sistema multilateral, conforme recém-descrito.

Assim, observa-se que todos os “novos temas” são enquadrados como regulamentações de caráter OMC-extra.<sup>23</sup> Ainda que alguns deles contem com regulamentações ou discussões integrantes da agenda, nenhum é resultado de compromissos assumidos multilateralmente pelos membros da OMC. De todo o modo, nota-se também que todos os “novos temas”, além dos eixos específicos de discussão e/ ou negociação, têm uma importante relação com outros acordos da OMC<sup>24</sup> Nesse sentido, podem-se destacar no tema de compras governamentais a sua relação com o Acordo Geral sobre o Comércio de

*bour Standards: The Current Situation*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper n. 3, 2009.

<sup>22</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *World trade report 2011: the WTO and preferential trade agreements: from co-existence to coherence*. Geneva: WTO, 2011a. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 22 jul. 2011.p.13.

<sup>23</sup> Reforçamos aqui distinção metodológica da nossa classificação de compromissos OMC-*in*, OMC-*plus* e OMC-*extra* daquela adotada por WTO (2011a), que reproduz a classificação de Horn, Mavroidis e Sapir (2009), cf. Sanchez Badin (2012). A principal consequência aqui está na distinção da qualificação de compras governamentais neste artigo e no projeto de Regulação do Comércio Global como um tema OMC-*extra*. Na concepção de Horn, Mavroidis e Sapir (2009), que lança um olhar a partir dos países da UE em relação aos seus compromissos junto à OMC, compras governamentais, por exemplo, seria um tema OMC-*plus*.

<sup>24</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Ministerial Conference. Brazil – Statement by H.E. Mr. Luiz Felipe Lampreia, Minister of Foreign Relations*. WT/MIN(96)/ST/8, 9 de dezembro de 1996.

Serviços (sigla em inglês, GATS) e sua lista de concessões, em setores específicos (como telecomunicações), e com o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (sigla em inglês, TRIMs). Na área de concorrência, destacam-se suas relações com as regras do GATS, do Acordo sobre Medidas de Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio (TRIPs) e do TRIMS.<sup>25</sup> Em meio ambiente, por sua vez, traçam-se relações desse tema com o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (sigla em inglês, TBT), o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitosanitárias (sigla em inglês, SPS) e o TRIPs. Por fim, o tema da cláusula social relaciona-se diretamente com as regras do GATS.

Além disso, outro elemento de transversalidade entre as quatro áreas é que a disposição dos membros para negociar temas politicamente tão sensíveis foi deveras prejudicada pelo ritmo do pacote de negociações da Rodada Doha, o que prejudicou qualquer avanço – exceto para a área de comércio e meio ambiente – no sistema multilateral. O que se argumenta é que esse cenário favoreceu o deslocamento dessas negociações e discussões, entre outras, para outros fóruns internacionais, como as negociações de acordos bilaterais e plurilaterais de comércio (os APCs).<sup>26</sup> Atribui-se também esse deslocamento ao grau de complexidade das negociações dos novos temas, que envolvem a compreensão do perfil do sistema jurídico doméstico das partes envolvidas e o grau de interesse político e econômico envolvido.<sup>27</sup> Tais dificuldades significam não só uma negociação complexa, como também trazem outros elementos que levam a demandas específicas e resistência à introdução desses temas na agenda do comércio internacional.

<sup>25</sup> Cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The relationship between regional trade agreements and the multilateral trading system*. competition. Working Party of the Trade Committee. TD/TC/WP(2002)19/FINAL. OCDE, Paris, 2002. p.5, destacam-se: art. VIII do GATS (sobre monopólios e fornecedores exclusivos de serviços) e art. IX do GATS (sobre práticas comerciais); arts. 8.2 (princípios), 40.2 (controle de práticas anticoncorrenciais em licenças contratuais) e 31 (sobre uso não autorizado pelo detentor do direito) do TRIPs; art. 9 do TRIMs (revisão pelo Conselho sobre o Comércio de Serviços).

<sup>26</sup> BARTELS, L. Social issues: Labour, environment and human rights. In: LESTER, S.; MERCURIO, Bryan (Ed.). *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*. New York: Cambridge University Press, p. 342-366, 2009. p. 346 -348.

<sup>27</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *World trade report 2011: the WTO and preferential trade agreements: from co-existence to coherence*. Geneva: WTO, 2011a. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 22 jul. 2011.p.63.

## 2.2 As razões econômicas e jurídicas para as demandas e resistências à nova agenda

Nos últimos anos, a natureza do comércio internacional tem se alterado, tanto em termos de seu conteúdo quanto de processo. Como visto nos temas aqui analisados, a agenda comercial foi alargada, particularmente para dar conta de políticas que não se limitam mais a medidas tarifárias, e tratar de diferenças regulatórias que obstruem o comércio. Esse cenário oferece contornos que tornam o regime de comércio mais complexo e legalista.<sup>28</sup> Assim, a agenda que começa a ser discutida no plano multilateral é absorvida e aprofundada no âmbito dos APCs. Disciplinas sobre concorrência, compras governamentais, meio ambiente e cláusulas trabalhistas são incorporadas nos principais acordos de comércio, com mecanismos de implementação que paulatinamente são acordados e tendem a ser reforçados. A amplitude de interesses que é inerente a esses temas conduz à participação de atores domésticos até então novos para a política comercial, incluídos aí parlamentares, ministros de diferentes áreas de atuação que não o comércio ou relações exteriores, e uma diversidade de organizações não governamentais. Ao mesmo tempo faz com que os governos de países em desenvolvimento se tornem atores proeminentes nas negociações comerciais.<sup>29</sup>

Boa parte dos acordos, ao regularem os novos temas, incluem em seu preâmbulo ou nos capítulos específicos, disposições que buscam estabelecer os vínculos entre as matérias particulares e o sentido geral do acordo preferencial. É patente, ao menos no nível do discurso, a tentativa de encontrar em um esperado benefício público coletivo a justificativa para a presença dessas novas disciplinas nos acordos. Os objetivos da regulação da área de compras governamentais estariam elaborados em torno dos princípios fundamentais de abertura, transparência e devido processo (Acordo EUA-Chile). As regras sobre concorrência promoveriam, assim, uma maior eficiência econômica e o bem estar dos consumidores (Acordo EUA-Austrália). Na parte sobre meio ambiente, o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental são vistos como interdependentes (Acordo China-Nova

<sup>28</sup> YOUNG, A. R.; PETERSON, J. The EU and the new trade politics. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 795-814, 2006. p. 795-796.

<sup>29</sup> YOUNG, A. R.; PETERSON, J. The EU and the new trade politics. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 795-814, 2006. p. 795-796.

Zelândia e Acordo UE-Coreia). Assim, a liberalização comercial deveria permitir o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com o objetivo do desenvolvimento sustentável (Acordo Índia-Cingapura). Por fim, sob a perspectiva da questão trabalhista, as partes deveriam garantir que suas leis trabalhistas fossem consistentes com os princípios e direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos, comprometendo-se com o aprimoramento deles de maneira consistente com o intuito de manter locais de trabalho altamente qualificados e produtivos (Acordo EUA-Austrália).

De um modo geral, a inserção dos temas compras governamentais e concorrência segue uma racionalidade semelhante. Quanto à primeira, a ideia é a de que as disciplinas sobre compras governamentais permitiriam ajudar a incrementar a execução de projetos estatais de infraestrutura, gerando exportações e benefícios advindos do crescimento econômico. Soma-se a isso um ganho em transparência, limitando o desperdício e a corrupção no regime doméstico de compras governamentais. Além desses pontos, os objetivos das políticas governamentais na área poderiam abranger desde fins de segurança nacional até metas de redução da pobreza.<sup>30</sup> Por sua vez, leis e uma política de concorrência contribuiriam invariavelmente para melhor equilibrar os direitos dos produtores e a proteção dos consumidores e outros membros da sociedade. De um lado, ter-se-ia a promoção da inovação e de padrões superiores de produção, de outro lado, os consumidores usufruiriam da liberdade de escolha e de menores preços. Assim, supõe-se que, se corretamente aplicado, o direito de concorrência gere efeitos positivos para a economia como um todo, não só para empresas específicas ou grupos que fariam uso das novas regras.<sup>31</sup>

Não obstante a tentativa de justificar a importância da presença dos novos temas em acordos de cunho comercial, essa tarefa parece mais complicada quando se trata das regras sobre meio ambiente e direitos trabalhistas. As razões que motivam sua inserção nos acordos preferenciais obedecem a pressões essencialmente econômicas, o que leva os países em desenvolvimento a se manterem mais céticos quanto a essa articulação,

<sup>30</sup> DAWAR, K.; EVENETT, S. Government procurement. In: CHAUFFOUR, J. P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. p. 367 – 385. p.368

<sup>31</sup> DAWAR, K.; EVENETT, S. Government procurement. In: CHAUFFOUR, J. P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. p. 367 – 385. p. 347.

com o receio de que se torne tão somente um meio de impor medidas protecionistas.

Os países membros que detinham um alto nível de proteção ambiental e social (em sua maioria países desenvolvidos) estimavam ter uma desvantagem comparativa em relação a outros membros que exerciam um nível menor de proteção (em geral países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo). Nesse sentido, o argumento é que tal nível de proteção afetaria o funcionamento normal do mercado, uma vez que os encargos sociais incorridos por alguns produtores nacionais, e não por outros, seria um fator de menor competitividade nas relações comerciais. Um membro poderia, dessa maneira, anular vantagens comerciais conquistadas por outro membro ao se prevalecer de uma menor proteção. Trata-se do argumento de *dumping social*. Além disso, haveria o temor de que, sem regulação comercial multilateral sobre a matéria, os Estados seriam estimulados a flexibilizar ou relaxar seus níveis de proteção social. Racióonio, esse, que também se aplica ao meio ambiente, sob o argumento de *dumping ambiental*.

Sendo assim, os países industrializados não demandam mais somente acesso a mercados ou proteção doméstica, mas também políticas regulatórias. Esses países passam a trocar o acesso a seus mercados por maior regulação. Trata-se de um balanço que já foi notado na última rodada de negociações na OMC e que é reforçado nas negociações em torno de APCs: futuras concessões sobre agricultura dependem da atenção às demandas regulatórias em áreas como padrões trabalhistas, regulação ambiental, concorrências e questões de investimentos<sup>32</sup>. Em suma, a competição internacional criou incentivos para defender internacionalmente as regulações domésticas, exportando padrões de produção para outros países, sobretudo por parte daqueles que encaram altos níveis de proteção ambiental e trabalhista.<sup>33</sup>

### 2.3 Das exceções à regulamentação positiva dos “novos temas”: o papel dos APCS

Dentro das possibilidades, os “novos temas” já passaram os debates regulatórios do sistema multilateral de comércio, todavia, com alcance limitado, tendo

<sup>32</sup> BIÈVRE, D. The EU Regulatory Trade Agenda and the Quest for WTO Enforcement. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 851-866, 2006. p. 852

<sup>33</sup> BIÈVRE, D. The EU Regulatory Trade Agenda and the Quest for WTO Enforcement. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 851-866, 2006. p. 853- 854



em vista a referida sensibilidade da agenda. No GATT, esses temas eram reservados aos espaços de políticas públicas dos estados parte do sistema, ou seja, os membros poderiam alegar exceções nessas áreas aos princípios gerais do sistema multilateral de comércio (transparência, tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida). A literatura especializada define como um “direito de regular” antes garantido aos estados individualmente.<sup>34</sup> O que diferencia este novo movimento na regulamentação do comércio internacional, portanto, é a tentativa de estabelecimento de uma regulamentação positiva que determine compromissos mínimos dos Estados quanto à transparência e não discriminação e, assim, alinhe os padrões regulatórios domésticos para acesso a mercados.

O avanço do GATT ao sistema da OMC tem sido, portanto, a definição de regras positivas de harmonização e aproximação dos sistemas regulatórios. O fato de o conjunto de áreas reguladas pelo sistema multilateral também ter sido incrementado favoreceu que regras relacionadas aos “novos temas” também fossem definidas nesses acordos. Sinteticamente, podemos então indicar o movimento da regulamentação com um caráter de exceção (regras negativas) para regras que estabelecem padrões regulatórios (regras positivas)<sup>35</sup> quanto a cada um dos “novos” temas.

Tendo em vista que todos os “novos temas” aqui analisados dialogam em alguma medida com trabalhos desenvolvidos em outras organizações internacionais, as quais trabalham os temas de forma isolada, sem uma relação direta com os efeitos no comércio internacional e que, muitas vezes, não contam com mecanismos de supervisão e implementação desenvolvidos, a inserção dos “novos temas” na agenda do comércio internacional visa a corrigir tais limitações.<sup>36</sup> Assim, os avanços

almejados na correlação dos “novos temas” com os acordos internacionais de comércio assumiram certas proporções no âmbito do sistema multilateral, mas ainda remanescem modestos a partir da perspectiva dos países desenvolvidos (especialmente EUA e os países da UE). A ampliação dos acordos multilaterais de comércio e sua vinculação a um mecanismo sofisticado e efetivo de solução de controvérsias a partir da Rodada Uruguai suscitou um forte movimento alinhado de países em desenvolvimento resistentes a quaisquer outras formas de ampliação de regras positivas de comércio no âmbito da OMC<sup>37</sup>. As lacunas remanescentes para a implementação mais efetiva desses “novos” temas na OMC passaram então a ser preenchidas nos APCs.

### 3. TENDÊNCIAS REGULATÓRIAS DOS “NOVOS TEMAS” NOS APCs SELECIONADOS

A inserção dos “novos” temas nos acordos de comércio internacional tem sido progressiva e, dada a relação comercial entre as partes, pode assumir diferentes gradações. Esta seção tem por fim analisar as tendências regulatórias presentes em APCs assinados pelos EUA, pela UE, pela China e pela Índia.

#### 3.1 Países desenvolvidos e os modelos de seus acordos: casos de EUA e UE

Como será apresentado, a seguir, EUA e UE como países que incorporam a estratégia de APCs, desde os anos 1990, possuem hoje modelos de acordo bastante claros. Isso significa que os acordos assinados por EUA ou UE assumem certos padrões regulatórios, indistintamente das suas contrapartes. Apresentamos a seguir o perfil da regulação quanto a cada um dos “novos temas”, para estes dois modelos de acordo.

Na área de compras governamentais, os APCs celebrados pelos EUA contam com um alto grau padronização na forma de regulamentação dos compromissos, além de regularem de forma extensiva esse tema. São acordos com regras muito claras e precisas quanto aos

<sup>34</sup> BARTELS, L. Social issues: Labour, environment and human rights. In: LESTER, S.; MERCURIO, Bryan (Ed.). *Bilateral and Regional Trade Agreements: commentary and analysis*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 342-366. p. 246.

<sup>35</sup> A conceituação de regras positivas e negativas pode ser encontrada em BARTELS, L. Social issues: Labour, environment and human rights. In: LESTER, S.; MERCURIO, Bryan (Ed.). *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 342-366. p. 355.

<sup>36</sup> As afirmações BIÈVRE, D. The EU Regulatory Trade Agenda and the Quest for WTO Enforcement. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 851-866, 2006. elucidam tal vantagem de migrar os temas para a agenda do comércio internacional: “[...] *regulatory agreements cannot be enforced easily in isolation. By linking their enforcement to traditional liberalization commitments, they become more credible*”. (tradução

livre pela autora: “[...] os acordos que tratam de temas regulatórios não podem ser facilmente implementados isoladamente. Ao relacionar a sua implementação a compromissos tradicionais de liberalização, eles se tornam mais críveis”).

<sup>37</sup> YOUNG, A.R.; PETERSON, J. The EU and the new trade politics. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 795-814, 2006.

compromissos das partes: com a exceção do acordo EUA-Cingapura que apenas faz referência ao conteúdo do GPA, em todos os demais acordos analisados há a cobertura de quase todos os temas, inclusive o detalhamento dos procedimentos para compras governamentais, todas sujeitas aos mecanismos institucionais do próprio APC.

De outro lado, esses acordos não contam com cláusulas para tratamento especial e diferenciado. O que mais se aproxima desse perfil de regra assimétrica consta de algumas previsões de assistência técnica, em especial, para o desenvolvimento do uso de tecnologia da informação nos processos de compras governamentais (e.g. acordo EUA-Chile, acordo EUA-Peru). Outras flexibilidades também são tratadas de forma restritiva, como é o caso da proibição em todos os seus acordos do uso de medidas de preferência (*offsets*), a concentração dos casos de exceção na cláusula *stricto sensu* e nos anexos com a indicação de casos excluídos (*set asides*).

Os EUA também apresentam particularidades nos anexos aos capítulos em compras governamentais. O formato das listas de concessões, em geral por listas positivas, cobre não apenas entidades do governo central, mas também de entes subnacionais e empresas públicas, incluindo setores de serviços, como o setor da construção civil. Ao mesmo tempo define suas exclusões, sempre com a preservação de pequenas e médias empresas, e estabelece uma fórmula para atualização do valor mínimo.

Os APCs analisados da UE, por sua vez, são um pouco mais diversificados quanto aos dispositivos constantes nos capítulos sobre compras governamentais. Apesar de esse ser um tema conhecidamente de interesse estratégico da UE nas negociações comerciais, cada um dos acordos analisados possui uma forma de tratar do tema, ainda que, em nenhum dos acordos, as previsões sobre compras sejam excluídas dos mecanismos institucionais de supervisão e implementação. Enquanto os Acordos UE-México e UE-África do Sul, por exemplo, se preocupam em estabelecer uma agenda de negociações entre as partes e mecanismos de cooperação, o Acordo UE-Chile é o mais regulamentado na área de compras governamentais. Esse acordo possui uma série de previsões gerais, com um modelo muito próximo à estrutura de acordos dos EUA (com exceção da disposição sobre regras de origem).

Na parte relativa às listas de concessões, a UE pro-

move suas concessões por países membros, as quais, em sua grande parte, seguem a lógica de listas positivas, tanto para bens como para serviços; o Chile, no entanto, optou por lista negativa no caso de serviços. Tais listas compreendem tanto as autoridades do governo central, como de outras subnacionais e empresas ou entidades derivadas.

O Acordo UE-Coreia, considerando o fato de que ambos são partes do GAP, reduz o capítulo de compras a uma referência à versão revisada do GPA datada de 2007 (tal como no acordo EUA-Cingapura). No entanto, neste acordo, faz-se a reafirmação dos compromissos do GPA, mas também algumas alterações significativas, como a exclusão da aplicação das cláusulas de nação mais favorecida e de tratamento especial e diferenciado do GPA revisto (art. 9.1.4).

Em suma, na área de compras governamentais os modelos de acordos dos EUA e da UE privilegiam um modelo – ainda que o modelo da UE tenha se alterado, recentemente, assume uma tendência – privilegiam compromissos bastante extensos e precisos que influenciam significativamente na regulamentação doméstica de suas contrapartes. Estes compromissos, além do mais, estão orientados por listas positivas, que incluem os vários níveis da administração pública. Destaca-se, ainda, a exclusão de previsões de tratamento especial e diferenciado, o que é prejudicial para países em desenvolvimento, em geral.

No caso de concorrência, novamente a presença de um padrão de acordo e de tipos de compromissos se repete nos APCs dos EUA. São padrões que evidenciam pontos de maior interesse da estratégia norte-americana, a começar pela definição de limites para os casos de exceção quando da atuação do estado na economia, caso de empresas estatais, mas também de monopólio legal e a diferenciação de preços (v., e.g., artigo 13.7, *differences in pricing*, do acordo EUA-Peru) – sendo essa última uma particularidade dos acordos dos EUA exclusivamente. O princípio da transparência também é outra disposição valorizada nestes acordos, com o detalhamento de procedimentos e formatos necessários para o acesso à informação, e presença na maior parte dos artigos do capítulo de concorrência.

Também recorrente nos acordos dos EUA, a presença do princípio de tratamento justo e equitativo, e a consequente preocupação com a não discriminação em procedimentos administrativos e judiciais. Isso reforça a

leitura de Dawar e Holmes<sup>38</sup> de que há uma preferência por valorizar os compromissos de implementação no âmbito nacional pelos interessados diretos, em geral, empresas, do que de mecanismos bilaterais estabelecidos a partir de um acordo internacional. Assim, não é coincidência que os APCs estadunidenses tenham também como particularidade a aplicação seletiva do mecanismo de solução de controvérsias aos compromissos em concorrência.

Nos acordos analisados dos EUA com países considerados em desenvolvimento (tais como Cingapura, Chile e Peru) não há quaisquer disposições sobre tratamento especial e diferenciado ou mesmo assistência técnica para as atividades na área de concorrência. Essa tendência nos APCs dos EUA contradiz o que Dawar e Holmes colocam como uma potencial vantagem dos acordos “norte-sul”, em especial para países em desenvolvimento. Já o acordo EUA-Austrália, de perfil diferente dos demais por ter como partes dois países desenvolvidos, traz como peculiaridade previsões com foco no consumidor – não é, portanto, possível afirmar como uma tendência dos APCs dos EUA, mas sim da Austrália, como reafirmam Dawar e Holmes.<sup>39</sup>

Nos acordos da UE, a regulamentação do tema concorrência está presente, porém seu modelo mudou nos últimos anos. Nos acordos mais recentes – tais como UE-Chile (2002) e UE-Coreia (2010) – os compromissos são mais detalhados, com obrigações mais extensas e precisas. O que se observa nesses acordos, como tendência e particularidade dos acordos da UE, é que há dois eixos prevalentes nos capítulos de concorrência: a necessidade de assegurar regulamentação doméstica e autoridade nacional competente para cuidar dos temas relativos à concorrência, e a previsão dos tipos de condutas sobre os quais as partes devem, necessariamente, cooperar (práticas desleais, abuso de poder dominante etc). Ainda, nesses dois últimos acordos, tem-se a particularidade da inclusão dos compromissos de deferência (positiva e negativa). Essas características dos acordos da UE reforçam a perspectiva de Dawar e Holmes

(2011, p.359) de que os APCs da UE também procuram “exportar” a cultura jurídica da União, considerando-se, inclusive, o seu sistema regional de regulação na área de concorrência.

Os compromissos de deferência (*comity*) nos acordos da UE visam a um grau mais alto de integração entre as estruturas burocráticas envolvidas, na medida em que requerem o reconhecimento da autoridade de uma parte dos interesses ou mesmo da decisão da outra autoridade da outra parte. Nesse sentido, a possibilidade de “influência” da cultura jurídica, conforme o recurso ou uso de tais dispositivos, pode ser muito maior.

Um ponto marcante dos acordos da UE no tocante a concorrência é que não há a previsão de um comitê específico para acompanhar a implementação dos compromissos estabelecidos nestes APCs; subsume-se, dessa forma, que tal função caiba à comissão ou ao comitê de associação previstos para supervisão geral do acordo. Além disto, diferentemente dos acordos dos anos 1990 (UE-México e UE-África do Sul), os acordos mais recentes da UE (como UE-Chile e UE-Coreia), explicitamente excluem do recurso ao sistema de solução de controvérsias os compromissos na área de concorrência assumidos neles.

Portanto, o que se observa nos modelos de acordo dos EUA e da UE é uma crescente regulação da temática. Enquanto os acordos estadunidenses repetem um alto grau de padronização no modo de regulação dos compromissos em compras governamentais e concorrência, com significativa amplitude e regras precisas, a postura europeia foi marcada pela diversificação em relação aos dispositivos nessas matérias até que se chegasse aos acordos mais recentes. Ambos os modelos são capazes de produzir uma forte influência na regulação doméstica de suas contrapartes, ao tempo que também não oferecem espaço para tratamento especial e diferenciado. De outra parte, afastam-se quanto a medidas de cooperação, presentes só nos acordos europeus, inclusive nos que mais avançam nesses temas.

Nas áreas de meio ambiente e cláusula social ou questões trabalhistas, a premissa de que a definição de acordos padrão para os APCs que assina é uma constante estadunidense se confirma. No caso dos EUA, para tais temas, o modelo-base é o do acordo NAFTA<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> DAWAR, K; HOLMES, P. Competition policy. In: CHAUFFOUR, J. P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, p. 347-366, 2011.

<sup>39</sup> Apesar de o Marrocos já contar, em 2004, com legislação e autoridades competentes e compromissos internacionais na área, o Acordo EUA-Marrocos não traz disposições sobre concorrência. DAWAR, K; HOLMES, P. Competition policy. In: Chauffour, J.P.; Maur, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, p. 347-366, 2011. p.35.

<sup>40</sup> ANURADHA R.V. Environment. In: CHAUFFOUR, J. P.; MAUR, J. C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011, p. 407-425; ELLIOT, K.



À parte as referências regulatórias em outros acordos e mecanismos internacionais, a incorporação de capítulos em meio ambiente e questões trabalhistas em seus acordos também é tradução da importância de elementos domésticos nos EUA<sup>41</sup>. São determinantes para a regulação dessas áreas a posição do Congresso dos EUA, a regulamentação doméstica dos EUA (em especial o *Trade Promotion Authority Act - TPA*), e especialmente os movimentos sociais internos. Esses últimos contam com diversas previsões nos capítulos dos APCs para criação e segurança de mecanismos de participação direta para organizações interessadas da sociedade civil, a possibilidade de acesso à justiça, e regras sobre transparência e acesso à informação.

Vinculados ao tema ‘comércio’, meio ambiente e cláusula social tendem a contar com mecanismos institucionais para supervisão e implementação de seus compromissos específicos estabelecidos nos acordos. Da mesma forma, a incorporação de padrões estabelecidos em acordos multilaterais nas respectivas áreas é um traço comum aos capítulos de meio ambiente e questões trabalhistas.<sup>42</sup> Tal dispositivo está presente em todos os APCs analisados dos EUA, com exceção do capítulo na área de meio ambiente do acordo EUA-Cingapura, e gera algumas questões controversas na política externa estadunidense, entre elas o fato de que o próprio EUA não ratificou todas as convenções que invoca em seus APCs<sup>43</sup>.

A. Labor rights. In: Chauffour, J.P.; Maur, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011, p. 427-441.; GRANDI, P.L. *Trade Agreements and their Relation to Labour Standards: The Current Situation*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper n. 3, 2009.

<sup>41</sup> ANURADHA R.V. Environment. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011.; ELLIOT, K.A. Labor rights. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. p. 427-441.; GRANDI, P.L. *Trade Agreements and their Relation to Labour Standards: The Current Situation*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper n. 3, 2009., p.408.

<sup>42</sup> Alguns autores, como ELLIOT, K.A. Labor rights. In: Chauffour, J.P.; Maur, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. chegam mesmo a identificar que a incorporação desses tratados e convenções, no caso para questões trabalhistas, são uma condição para que se assine um APC com os EUA.

<sup>43</sup> ELLIOT, K.A. Labor rights. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011.

De modo geral, como contraponto à prevalência das cláusulas-modelo propostas pelos EUA, aparece nos acordos com o Chile e o Peru o princípio de não aplicação extraterritorial de leis. Atua mais como um dispositivo que vem a proteger as contrapartes (Chile e Peru) de uma prática comum entre as autoridades estadunidenses, sobretudo nas áreas de meio ambiente e questões trabalhistas.<sup>44</sup> O acordo com o Peru também incorpora demandas específicas, como a referência a questões sobre a proteção dos recursos de fauna e de flora presentes nas florestas, incluindo a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (conhecida pela sigla CITES, em inglês) (Anexo 18.3) e disposições Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), com a proteção de conhecimentos tradicionais (artigo 18.11). No entanto, ambas as disposições são objeto de dispositivos não vinculantes, a partir de um vocabulário mais voltado à cooperação entre as partes.

Nos capítulos específicos sobre meio ambiente dos APCs dos EUA, outra tendência interessante é o dispositivo referente ao reconhecimento de padrões e regulamentações privadas relativas à proteção do meio ambiente, conferindo importância e legitimidade aos padrões voluntários. Isso pode ser também um tema sensível para países em desenvolvimento que não apenas apresentam mais resistências para reconhecer esse tipo de autorregulação, como também resistem à influência que tais padrões podem ter sobre a regulamentação do comércio internacional – o que é mais evidente no caso do sistema multilateral da OMC.

No caso da UE, o bloco também figura dentre os principais proponentes para a regulação de temas ambientais e trabalhistas em APCs<sup>45</sup>. É verdade, no entanto, que seus acordos passaram por uma importante reformulação de modelo a partir dos anos 2000, de forma que os compromissos na área de meio ambiente e questões trabalhistas foram assumindo cada vez mais especificidade e descolando de um conceito genérico de cooperação e desenvolvimento social e sustentável.

<sup>44</sup> GRANDI, P.L. *Trade Agreements and their Relation to Labour Standards: The Current Situation*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper n. 3, 2009.

<sup>45</sup> ELLIOT, K.A. Labor rights. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011.; ANURADHA R.V. Environment. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011, p. 407-425.

Nos acordos mais recentes (Chile e Coreia), o uso do vocabulário “desenvolvimento” ainda é presente, porém de forma mais retórica, em torno de dispositivos com características vinculantes e com obrigações individuais para as partes. E, dentre os acordos analisados, o acordo UE-Coreia é aquele que melhor define o novo padrão de regulamentação para as áreas de meio ambiente e de questões trabalhistas da UE. A mudança de estratégia implica também em novas redações para essas cláusulas nos APCs: as cláusulas de cooperação passam a ser menos específicas; são incorporadas cláusulas sobre o comprometimento das partes com a regulamentação nacional e mecanismos de transparência; há uma precisão dos princípios e acordos multilaterais incorporados nos referenciais regulatórios nas áreas de meio ambiente e questões trabalhistas; e os dispositivos institucionais passam a ser específicos para os capítulos sobre esses temas. Assim, resta saber qual a tendência que a UE seguirá em seus APCs, sobretudo o quanto estará disposta a implementar os novos compromissos previstos.<sup>46</sup>

Nos dispositivos sobre meio ambiente, uma especificidade dos APCs da UE que pode até mesmo ser identificada como uma tendência em seus acordos é a incorporação de assuntos que integram a agenda regulatória da própria UE na sua política comercial. Exemplos disso são: a indicação de medidas específica sobre o uso da terra para fins agrícolas e o planejamento urbano; o gerenciamento de reservas florestais e controle da poluição da costa no acordo UE-África do Sul, assim como os artigos sobre melhores esforços para promoção de políticas incluindo rotulação (*labelling*) e o critério de embasamento em informações científicas para determinação de política ambientais que não assumam um caráter protecionista.

De outro lado, em questões trabalhistas, tendo em vista o fato de os países membros da UE terem assinado todas as convenções consideradas fundamentais da OIT, é corrente a inclusão ou ao menos referências dos direitos resguardados nessas convenções nos compromissos entre as partes. E um dos compromissos que difere daqueles indicados nos acordos dos EUA, por exemplo, é a proteção para a igualdade de gênero, com

referência específica ao regulado pelas Convenções da OIT sobre Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor (C100) e sobre Discriminação em matéria de emprego e ocupação (C111).

Em suma, tanto em meio ambiente quanto em questões trabalhistas, repete-se a postura dos EUA e da UE. Os acordos estadunidenses sempre trataram desses temas em seus acordos, a partir do modelo fornecido pelo acordo NAFTA, inclusive com mecanismos para supervisão e implementação dos compromissos, e a incorporação de padrões advindos de acordos multilaterais ambientais e de direitos trabalhistas. Embora, hoje, a UE também se apresente de maneira ativa na regulação de ambos os temas, a chegada a esse padrão foi gradativa, de disposições genéricas de cooperação e desenvolvimento sustentável até o desenho de regras mais específicas e a incorporação de questões que integram a própria pauta de regulação da sua política comercial.

### 3.2 Países emergentes e a busca por padrões: os casos de China e Índia

No âmbito do tratamento dos “novos temas”, os APCs da China que mais avançam na regulação desses são os Acordos China-Chile e China-Peru, justamente os únicos com previsões sobre compras governamentais. Em ambos, a menção a essa área se dá em um capítulo geral sobre cooperação (capítulo XIII do Acordo China-Chile e capítulo 12 do acordo China-Peru), em que há uma cláusula sobre cooperação econômica. No art. 118 do Acordo China-Chile, há a previsão geral de que se houver qualquer alteração das obrigações das partes junto à OMC, as partes se obrigam a rever as disposições afetadas do APC. No entanto, apesar de os artigos sobre compras governamentais serem vagos sobre a forma e a extensão da cooperação, esses dispositivos não são excluídos de um mecanismo de supervisão do Acordo, composto por representantes oficiais de ambas as partes (art. 97 sobre a Comissão de Comércio do Acordo China-Chile, e o art. 171(h) sobre o Comitê em Cooperação do Acordo China-Peru). Em contraponto, os capítulos sobre cooperação são explicitamente excluídos dos respectivos mecanismos de solução de controvérsias (art. 105, do capítulo XIII do Acordo China-Chile, e art. 166 do capítulo XIII do Acordo China-Peru).

46 ELLIOT, K.A. Labor rights. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. p. 435.

Os mesmos dois acordos (China-Chile e China-Peru) são também os únicos que contam com dispositivos sobre concorrência. Neles, a redação dos artigos é muito similar, de forma que predominam a pretensão de cooperação entre as partes e as previsões sobre assistência técnica e capacitação. As referências a condutas e atos regulados nesses acordos são muito superficiais e pouco detalhadas. Além disso, deve-se observar que os mecanismos de supervisão são frágeis, submetidos aos respectivos Comitês de Cooperação e sem que haja qualquer possibilidade de tais compromissos serem levados ao mecanismo bilateral de solução de controvérsias (cf. Artigo 166 do Acordo China-Peru e artigo 118.3 do Acordo China-Costa Rica), tal como em compras governamentais.

A China é apontada como um dos países em desenvolvimento que tradicionalmente resistiu à incorporação dos temas meio ambiente e cláusula social em acordos de comércio, mas que hoje, cada vez mais, passa a incorporar dispositivos sobre esses assuntos em sua estratégia de celebração de APCs<sup>47</sup>. Dos cinco acordos analisados da China, três deles contêm tanto regras em meio ambiente como em questões trabalhistas. As suas contrapartes nesses acordos, com a exceção do Peru, também são indicadas como adeptas da incorporação desses novos temas nos APCs: Chile e Nova Zelândia. Esse dado sugere que a inserção dos temas meio ambiente e questões trabalhistas nos APCs chineses também pode depender da sua contraparte. Um dado que reforça essa evidência é a carência de dispositivos nessas áreas no seu acordo de livre comércio mais recente, assinado com Costa Rica (2010).

Os dispositivos nos APCs celebrados pela China ainda são de proporções modestas em termos de impacto regulatório. Os temas meio ambiente e cláusula social estão, em geral, incorporados em capítulos mais genéricos sobre cooperação e constam de um único artigo que traz a previsão de cooperação a ser definida em um memorando separado, entre as partes. Esses temas estão explicitamente excluídos dos mecanismos de solução de controvérsias e, para sua implementação, conta-se, no limite com a supervisão pela comissão ge-

ral estabelecida para administrar o acordo.

Ainda mais distante das tendências apresentadas pelos países desenvolvidos, dentre os seus APCs analisados, a Índia não incluiu disposições sobre “novos temas”, exceção feita às áreas de compras governamentais e concorrência no Acordo Índia-Coreia, o último a ser negociado. A Índia está no grupo de países em desenvolvimento que resistem à regulação de temas como meio ambiente e cláusula social em acordos internacionais de comércio, e a ausência de dispositivos nesse sentido nos três APCs analisados parece comprovar essa estratégia.

Tal como no caso da China, o tema compras governamentais está inserido no capítulo sobre Cooperação Bilateral (capítulo 13 do Acordo, art. 13.12). A previsão de cooperação em compras governamentais foca na troca de informações entre as partes sobre os processos de compra e também indica o interesse das partes em investirem em capacitação técnica sobre o tema. O capítulo sobre cooperação conta com a supervisão do Comitê Conjunto para acompanhar o processo de implementação do Acordo (art. 15.2), mas o próprio capítulo exclui a possibilidade de suas disposições serem questionadas nos procedimentos previstos para solução de controvérsias relativas ao APC (art. 13.14), mesma restrição que é feita na área de concorrência (art. 11.5). Repete-se aqui também a disposição existente no Acordo China-Chile no sentido de que, se houver qualquer alteração das obrigações das partes junto à OMC, as partes se obrigam a rever as disposições afetadas do APC (art. 15.6). Caso a Índia aceda ao Acordo de Compras Governamentais, o artigo 15.6 pode ser acionado e as partes devem rever o APC no prazo de seis meses.

Por sua vez, o capítulo sobre concorrência do Acordo Índia-Coreia conta com um total de cinco artigos que focam em compromissos de cooperação e coordenação na área. As referências às formas de cooperação se dão de modo enunciativo e genérico, o que reduz a capacidade de supervisão do cumprimento de obrigações pelas partes pelo Comitê Conjunto.

O ingresso de China e Índia nessa dinâmica de assinaturas de APCs envolve necessariamente uma leitura interna sobre seus interesses específicos, ou seja, que áreas procuram avançar em termos de regulação e o quanto estão dispostos a ceder em outras matérias, em um processo de definição de um modelo próprio de acordo. Paulatinamente, é o que parece acontecer, a China tenha um protagonismo maior nas disciplinas

<sup>47</sup> ELLIOT, K.A. Labor rights. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011.; ANURADHA R.V. Environment. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011, p. 407-425.



aqui consideradas, com a incorporação inclusive da temática ambiental e de questões trabalhistas nos seus acordos de comércio. Nesse sentido, mesmo a inclusão de novos temas sob uma forma de cooperação apresenta um valor simbólico que não é menor, sobretudo quando se considera a posição de resistência dos países em desenvolvimento na OMC. Posição que, todavia, ainda é mantida pela Índia, especialmente quanto a meio ambiente e cláusula social.

#### **4. TENDÊNCIAS REGULATÓRIAS DOS “NOVOS TEMAS”: CONTRAPONTO COM A AGENDA MULTILATERAL E A POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA**

##### **4.1 Tendências nos apcs em contraponto com a estagnação da rodada Doha e a agenda multilateral**

Como ficou claro ao longo deste artigo, os quatro campos temáticos analisados – compras governamentais, concorrência, meio ambiente e questões trabalhistas –, quando regulados em acordos internacionais de comércio, estabelecem compromissos entre as partes quanto aos padrões regulatórios domésticos e à atuação das autoridades governamentais internas. Assim, parte-se para a tarefa de cruzar esses padrões e seus impactos para o sistema multilateral de comércio e para a política externa brasileira. No âmbito do sistema multilateral de comércio, gerenciado pela OMC, duas preocupações são aqui consideradas: em que medida a definição de padrões regulatórios está sendo estabelecida fora do sistema multilateral de negociações; e qual a compatibilidade desses compromissos com os princípios, regras e mecanismos da OMC (o desafio do spagueti bowl para o sistema multilateral de regras).

A área de compras governamentais, por ser a única que já conta com uma regulação no âmbito da OMC – ainda que não multilateral –, permite um contraste mais evidente sobre o impacto das tendências regulatórias nos APCs em relação ao GPA. E, o fato de a revisão do GPA ter sido aprovada recentemente, em dezembro de 2011, permite-nos uma análise ainda mais acurada dessa relação. De imediato, fica claro que os APCs são instrumentos importantes para definir novos padrões regulatórios e incorporar novos parceiros comerciais no processo de concessões e regulação desse setor da

economia, sobretudo por iniciativa dos EUA e da UE. A incorporação de novos padrões se dá, sobretudo, nos acordos assinados com os parceiros comerciais que ainda não são parte do GPA (e.g Acordo UE-Chile, em que Chile é apenas um observador no GPA; acordos EUA-Peru, em que Peru não é parte nem observador do GPA).

Ao identificar essas estratégias e contrastá-las com os avanços do tema na OMC (GPA e orientações de negociação até 2004 na Rodada Doha), pode-se observar que há uma tendência de os APCs mais elaborados e com regras mais precisas terem uma influência maior no sistema da OMC. Atuam, assim, como instrumentos poderosos para refletir e estruturar o sistema multilateral, sobretudo a partir dos centros regulatórios mais consistentes.<sup>48</sup> Os EUA, por exemplo, estabeleceram um padrão de acordo, aplicado a quaisquer parceiros comerciais, que claramente influenciou a nova estrutura do GPA de 2011, quando este assumiu praticamente a mesma estrutura de tópicos e organização dos compromissos entre as partes dos APCs dos EUA. Tal leitura é mais limitada em relação à influência da UE, na medida em que o bloco parece não ter ainda uma estratégia única para seus APCs.

Nesse sentido, regras, se não incompatíveis ao menos distintas daquelas do GPA/OMC, estão sendo criadas no âmbito dos APCs na área de compras governamentais, em um movimento que pode deflagrar possíveis conflitos no GPA, mas também eventuais influências dos APCs em futura revisão do GPA. Destacam-se aqui a abertura para a negociação das concessões em formato de listas negativas, com um caráter mais liberalizante; a expansão dos setores compreendidos pelos acordos, desde tipos de bens e serviços a serem adquiridos até os níveis das autoridades compreendidas nas regras gerais internacionais de licitação, a partir dos APCs; a forma de definição de flexibilidades às regras gerais e às situações excluídas por cada parte no acordo, a partir de seus interesses nacionais, que são bem precisas e passam a

<sup>48</sup> Essa análise complementa aquela apresentada em Davies (2009, p. 276) de que o GPA determina o conteúdo das regras em compras governamentais nos APCs: “*It is clear that the GPA has had, and will very probably continue to have, a dominant influence on the development of procurement disciplines in PTAs. The GPA’s influence on the development of procurement disciplines at the bilateral and regional levels is well deserved by reason of the richness and duration of its negotiating history.*” (nota omitida). O que se pode observar é um movimento mais rico ainda, em que há um processo mais intenso de alimentação e retroalimentação de padrões regulatórios entre os APCs e o GPA.

substituir as regras gerais de regras de tratamento especial e diferenciado, baseadas no grau de desenvolvimento dos estados; e a estrutura dos capítulos e a redação dos compromissos, que constam tanto da parte principal como de seus anexos e apêndices.<sup>49</sup>

De outro lado, o tema concorrência não possui ainda uma agenda concreta de compromissos entre os membros da OMC, mas apenas de tópicos enunciados, que seriam discutidos entre os membros. O mesmo foi introduzido na agenda específica da OMC em 1996, a partir de uma demanda da UE<sup>50</sup>, e, desde então, foi tratado em um grupo de trabalho com a Conferência Ministerial de Cingapura, e deliberadamente excluído das negociações no âmbito da Rodada Doha. Nesse cenário, cabe identificar o quanto os tópicos que foram eleitos para discussão entre as partes avançaram na regulamentação pelos APCs, quais sejam: princípios gerais, regulação sobre cartéis hardcore, formas de cooperação voluntária e capacitação técnica.<sup>51</sup> Os APCs analisados cobrem esses eixos temáticos, e adicionalmente definem o compromisso entre as partes para definição de legislação doméstica e autoridades nacionais responsáveis pela coordenação e implementação da política em concorrência; critérios a serem aplicados aos casos específicos de empresas estatais e monopólio estatal; e compromissos com formas de cooperação específicas, inclusive com a possibilidade de reconhecimento dos interesses e decisões da outra parte em seu território (os casos de deferência ou comity). Nota-se, portanto, uma sofisticação importante dos compromissos que podem ser estabelecidos entre partes em um acordo de comércio internacional para a política de concorrência, para além daquela agenda preliminar acordada entre os membros da OMC.

Quanto às consequências que tal migração de fórum de negociação e de definição de compromissos pode trazer para o sistema multilateral<sup>52</sup>, Baldwin, Evenett e

Low a partir de um estudo empírico, afirmam que as regras nos APCs sobre concorrência em geral focam nos princípios gerais e no compromisso das partes para o estabelecimento de sistemas nacionais para a defesa da concorrência, de forma que não estão baseados em regras discriminatórias. De acordo com os autores, os efeitos das regras estabelecidas nesses APCs são, portanto, multilaterais e podem beneficiar a todos os países e não apenas os signatários dos acordos. O que se distancia dessa conclusão são os compromissos de cooperação e possibilidade de recurso aos dispositivos institucionais dos APCs para implementação dos compromissos então previstos nos acordos.

Ademais, ainda que a UE tenha sido o principal proponente para negociações no âmbito da OMC, o tema agora foi incorporado à agenda de negociação de outros Estados. A definição de um modelo sofisticado de compromissos pelos EUA e a nova tendência de China e Índia em assumirem compromissos na área evidenciam que a geometria de interesses pode ter-se alterado nos últimos anos – o que certamente pode trazer impactos importantes em caso de eventual retomada do tema no tabuleiro multilateral.

Dentre os “novos temas” objeto deste estudo, meio ambiente é o único que permanece na agenda de negociações multilaterais da Rodada Doha, inclusive com uma amplitude bem maior do aquela que se define nas relações bilaterais. O ponto mais relevante da agenda multilateral que está completamente ausente dos APCs é a questão de acesso a mercado e tratamento especial a bens e serviços qualificados como ambientalmente favoráveis. Pode-se constatar que os acordos analisados estão mais centrados em processos de cooperação entre as partes e no estabelecimento de alguns padrões comuns de proteção ao meio ambiente que possam evitar o conhecido dumping ambiental. Por isso, o ponto que mais se cruza com a agenda da OMC é o do reconhecimento dos compromissos nos acordos multilaterais de meio ambiente (sigla em inglês, MEA); alguns poucos acordos da UE chegam a mencionar a questão da rotulagem (labelling), mas sem qualquer dispositivo que o precise e estabeleça compromissos claros entre as partes.

Para os países em desenvolvimento, disposições como o recurso a medidas não legítimas que restrin-

<sup>49</sup> Essas conclusões divergem da conclusão apresentada por Davies de que poucas seriam as regras presentes nos APCs que não seriam consistentes com o GPA: “There are very few examples of rules contained in PTAs which do not feature in the GPA.”

<sup>50</sup> SILVA, L.; CRUZ, T.; GARBELINI Jr., A.; ROSENBERG, B.; ANDRADE, M. Política de concorrência. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (Org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 355-378.

<sup>51</sup> V. a respeito Declaração Ministerial de Doha, parágrafos 23-25. Disponível em: [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm#interaction](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#interaction) Acesso em: 07 jun. 2013.

<sup>52</sup> BALDWIN, R.; EVENETT, S.; LOW, P. Beyond tariffs: multilateralizing non-tariff RTA commitments. In: BALDWIN, R.; LOW,

P. (Ed.). *Multilateralizing Regionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 79-141.

jam o comércio sob o argumento de proteção ambiental são uma preocupação a ser considerada. Esse é um tópico levantado de forma recorrente pelos membros em desenvolvimento no âmbito da OMC, mas que nos APCs se restringe a uma previsão genérica de que as políticas ambientais serão implementadas considerando seus possíveis impactos para os fluxos de comércio e investimento entre as partes. Uma previsão genérica nesses termos passa a ser um prejuízo para a estratégia desses países caso se torne um padrão nos APCs e, eventualmente, seja considerado para alguma forma de regulamentação na área de comércio e meio ambiente na OMC.

Enquanto a questão ambiental ainda encontra algum espaço na esfera multilateral, os temas trabalhistas nunca ingressaram formalmente na agenda de negociações da OMC, mas têm os APCs o principal espaço para o seu desenvolvimento. Os acordos mais sofisticados – como é o caso dos APCs dos EUA e dos últimos promovidos pela UE – já vinculam as partes dos acordos ao reconhecimento dos direitos laborais fundamentais e, em quase sua totalidade, contam com os mecanismos institucionais específicos para a implementação dos compromissos. Todavia, assim como na área ambiental, a principal preocupação desses APCs está em definir compromissos que reduzam a possibilidade de dumping social, ou melhor, o ganho de competitividade por certos produtores e prestadores de serviços pelo não respeito aos direitos trabalhistas. Razão pela qual as disposições sobre cooperação e sobre assistência técnica se fazem mais presentes nesses acordos.

#### 4.2 A política externa brasileira em face das tendências regulatórias para “novos temas”

Os “novos temas”, que de um modo ou outro vão sendo incorporados aos APCs recentemente negociados, ainda encontram grande resistência do Brasil. De qualquer forma, sob a perspectiva da política externa brasileira, é relevante analisar, primeiro, se os principais padrões regulatórios nos APCs para essas áreas destoam do marco regulatório doméstico, para compreender eventuais necessidades de se adequar a esses padrões, seja em virtude de negociações com integrantes dos centros regulatórios identificado seja em eventuais interferências desses padrões no sistema multilateral da OMC. Em outra frente, deve-se questionar também sobre o impacto para as alianças políticas de resistência aos novos temas das tendências de regulação nesses centros analisados neste

artigo, sobretudo quanto à China e à Índia.

O Brasil não é membro nem observador do GPA; seus únicos compromissos internacionais nessa área são com países do Mercosul,<sup>53</sup> em acordos ainda pendentes de ratificação. Considerando a relevância econômica e a política crescente do Brasil no cenário internacional, a pressão para que o Brasil integre o grupo de membros do GPA tem sido grande.<sup>54</sup> Estima-se que exista um mercado de aproximadamente US\$250-300 bi em compras governamentais no Brasil e que, caso o país se vincule aos compromissos do GPA, cerca de um terço desse mercado possa ser aberto às demais partes do Acordo<sup>55</sup>. Um contraponto entre a legislação brasileira – eminentemente Lei n. 8666/93 – e os compromissos internacionais em compras governamentais é apresentada em pesquisa do IPEA<sup>56</sup>. No trabalho é possível observar que, caso o Brasil tenha interesse em se vincular a compromissos tipicamente previstos nos acordos internacionais de comércio, sua legislação em muito se aproxima dos compromissos mínimos, sobretudo quanto à transparência e a procedimentos. Há, entretanto, justificativas para resistência do Brasil em avançar nas concessões em compras governamentais, que vão desde a percepção de que a efetiva entrada brasileira no mercado de compras governamentais dos países desenvolvidos será difícil, a necessidades de modificação na Lei de licitações.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> No âmbito do Mercosul, as primeiras tratativas sobre compras governamentais foram negociadas em 2003, com o Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, assinado em Montevideo (Acordo 69, Decisão n° 40/03), o qual foi derogado pela Decisão CMC n° 27/04. Em 2004, os Estados-parte assinaram um novo Protocolo (Acordo 76, Decisão n° 27/04), que também foi derogado posteriormente, com a Decisão CMC n° 23/06. Aguarda atualmente a ratificação por Brasil, Paraguai e Uruguai, o novo Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, assinado em Córdoba, em 27 de julho 2006 (Decisão n° 23/06). Informações adicionais sobre o conteúdo das tratativas e seu *status* podem ser obtidas em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3750/1/secre\\_taria/tratados\\_protocolos\\_y\\_acuerdos\\_depositados\\_en\\_paraguay](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3750/1/secre_taria/tratados_protocolos_y_acuerdos_depositados_en_paraguay)> (acesso em fevereiro de 2012).

<sup>54</sup> Cf. Informações apresentadas por Assis Moreira no jornal Valor Econômico, logo na sequência da aprovação da nova versão do GPA/OMC pelos seus membros, em dezembro de 2011, em MOREIRA, A. OMC revisa acordo de compra governamental; Brasil prefere não aderir. *Valor Econômico*, São Paulo, 16 dez. 2011.

<sup>55</sup> ANDERSON, R. et al. A. *Assessing the value of future accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA)*: some new data sources, provisional estimates, and an evaluative framework for individual WTO members considering accession. WTO Staff Working Paper, ERSD-2011-15, 6 de outubro de 2011.p.15.

<sup>56</sup> MOREIRA, H.C.; MORAIS, J.M. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, NAFTA, Estados Unidos e Brasil*. Texto para Discussão n. 930. Brasília: IPEA, 2002.

<sup>57</sup> CELLI, U. et al. *Compras governamentais*. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 299-321. ; MOREIRA, H.C.;



Nesse sentido, os pontos mais sensíveis para alteração da legislação nacional são: a possibilidade de exigir condicionalidades nos processos de licitação (e.g. relacionadas a políticas de redistribuição, desenvolvimento regional ou industrial) e as preferências que podem ser garantidas a produtos e a serviços nacionais, em detrimento de competidores estrangeiros. Esse último ponto é até mesmo objeto de disposição no Protocolo sobre Contratação Pública do Mercosul de 2006 e na única proposta pública apresentada pelo Brasil para as negociações com a UE, em 2004.<sup>58</sup> A partir dessa preocupação, inclusive, a proposta junto à UE é de criar uma ordem de preferência dos produtos e serviços nacionais, aos do Mercosul e então aqueles provenientes da UE, e que isso possa ser assegurado com base em regras de origem claramente definidas entre as partes do acordo.

Multilateralmente, no âmbito da OMC, o Brasil tem reforçado sua estratégia na área de compras governamentais a partir do entendimento de que a agenda da OMC já é demasiadamente extensa para incorporar novos temas, o que o inibiria de assumir novos compromissos junto à organização. Assim, o Brasil aceitaria discutir apenas princípios de transparência nas suas licitações, respeitando-se a circunscrição apenas às atividades do governo central<sup>59</sup>, mantendo também o seu espaço para o desenvolvimento de políticas públicas, com a garantia de tratamento discriminatório a empresas e prestadores de serviços brasileiros e, eventualmente, do Mercosul.<sup>60</sup>

MORAIS, J.M. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, NAFTA, Estados Unidos e Brasil*. Texto para Discussão n. 930. Brasília: IPEA, 2002.

<sup>58</sup> Cf. *Government Procurement - Brazilian offer*, de 24 de setembro de 2004. Para acesso a esse documento, bem como ao status das negociações UE-Mercosul e a demais documentos e ofertas pelas partes envolvidas, v. [http://sice.oas.org/TPD/MER\\_EU/MER\\_EU\\_e.asp](http://sice.oas.org/TPD/MER_EU/MER_EU_e.asp) [http://sice.oas.org/TPD/MER\\_EU/MER\\_EU\\_e.asp](http://sice.oas.org/TPD/MER_EU/MER_EU_e.asp) (acesso em fevereiro de 2012).

<sup>59</sup> A respeito desses dois pontos, v. a intervenção do Embaixador Luiz Felipe Lampreia à época da abertura da Conferência Ministerial de Cingapura (WT/MIN(96)/ST/8): “[...] The proposed inclusion of some new issues in the already loaded agenda of the World Trade Organization deserves some further consideration. (...) As for government procurement, we could join the proposal to create a working group to discuss and negotiate a set of procedures and principles related to transparency of government procurement practices on bidding and notification of procurement opportunities by federal (or central) governments. The working group should report its conclusions to the second WTO Ministerial Conference in 1998 [...]”

<sup>60</sup> Cf. Moreira (2011). Essa percepção brasileira é reforçada em Davies (2009, p.307) quando o autor admite os desafios para conciliar os países com diferentes graus de desenvolvimento, consid-

Essas orientações da política brasileira são colocadas em xeque a partir da crescente adesão de outros parceiros comerciais às regras em compras governamentais (e.g. Argentina e Chile que estão como observadores junto ao GPA/OMC) e, também, de sua participação em processos de negociação mais complexos, como a retomada das negociações para um acordo birregional entre UE e Mercosul. Considerando que essa última negociação aponta para as compras governamentais como uma das condições de acordo pela UE, é de se esperar que as propostas da UE aproximem-se do seu formato de acordo com o Chile, o qual tem uma regulamentação bastante extensa. Confirmada essa expectativa, mudanças importantes na política externa brasileira podem ser esperadas para um futuro próximo. A própria retomada da negociação com a UE, a partir de 2010, provocou a aceleração do processo de coordenação e internalização das tratativas regionais assumidas no âmbito do Mercosul. Um processo assim exige que, além das lições básicas para a celebração de um APC<sup>61</sup>, já sejam avaliadas as potenciais externalidades da negociação com a UE, o que inclui o cálculo sobre a dinâmica de efeitos dos compromissos assumidos nos APCs para o GPA/OMC. Apenas assim poderá ser possível pensar em uma agenda mais propositiva para o Brasil na área de compras governamentais do que aquela que está sendo apresentada pela China e pela Índia, apresentados como outros centros regulatórios em APCs.

No âmbito das disciplinas sobre concorrência, o Brasil mantém também uma postura tímida, ainda que tenha apoiado, no primeiro lançamento do tema para a agenda multilateral, a iniciativa para um grupo de trabalho com o objetivo de estudar políticas de concorrência relacionadas ao comércio (WT/MIN (96) /ST/8), e que já possua um sistema de defesa da concorrência estabelecido e em consonância com os padrões estabelecidos nas economias mais desenvolvidas. De acordo com Lima et al.,<sup>62</sup> apesar de o avanço de negociações sobre concorrência não ser um problema em si para o Brasil,

erando, sobretudo as prioridades públicas nem sempre tão claras e programadas em um país em desenvolvimento e, ainda, o papel que o Estado possa ocupar na economia como agente econômico e promotor de políticas específicas de desenvolvimento.

<sup>61</sup> CELLI, U. et al. *Compras governamentais*. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (Org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 299-321. p.320

<sup>62</sup> KANAS, V.; NASSER, S.; LIMA, R. Meio ambiente. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (Org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 241-271.

a diplomacia brasileira resguardou-se na estratégia de não demonstrar muito interesse nessa agenda a fim de garanti-la como moeda de troca nas negociações mais amplas no âmbito da OMC, com o foco em temas mais prioritários para o país, como o é a agricultura.

Com efeito, as manifestações do Brasil em algumas reuniões do Grupo de Trabalho pautaram-se em indicar também o papel da política de concorrência na promoção de determinadas políticas de desenvolvimento.<sup>63</sup> Posição essa fortemente assumida pela Índia, nos trabalhos ao longo da Rodada Doha,<sup>64</sup> mas que já não aparece em seu APC assinado com a Coreia (nem em formato de princípios de tratamento especial e diferenciado, nem de capacitação técnica, por exemplo). Nos compromissos em APCs, o ponto mais sensível está nas exceções e nas flexibilidades possíveis na aplicação da política de concorrência, principalmente as políticas específicas para empresas públicas, monopólios estatais e eventualmente para pequenas e médias empresas. Esses temas são hoje regulados nos modelos de acordo dos EUA e da UE, mas não naqueles celebrados pela China e pela Índia, que resguardam a preocupação e as posições políticas em não avançarem com regulamentações nesses tópicos. Não obstante, mesmo que regulado, com a exceção dos acordos dos EUA, os demais APCs excluem sempre o capítulo de concorrência do sistema de solução de controvérsias.

Por fim, também em meio ambiente e questões trabalhistas a posição do Brasil tem sido sempre de resistência a uma regulamentação positiva na relação dessas áreas e comércio na OMC, e foi desde o lançamento dessa agenda identificado como um líder no grupo de países em desenvolvimento resistentes a tal agenda<sup>65</sup>. Isso sob o argumento principal de que meio ambiente e trabalho já contam com fóruns especializados onde essas questões específicas devem ser analisadas.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> A respeito, v. WT/WGTCP/M/4 (1998, par. 69). No mesmo sentido, a Índia se manifestou à época (par. 77), em defesa das especificidades de países em desenvolvimento.

<sup>64</sup> WT/WGTCP/M/21 (2003, par. 33), conforme apontado por Cuba a relevância de propostas para mecanismos de tratamento especial e diferenciado na área de concorrência para países em desenvolvimento, WT/WGTCP/M/22 (2003, par. 29-30), sobre a inadequação do princípio de tratamento nacional, tendo em vista as necessidades de desenvolvimento de cada país.

<sup>65</sup> KANAS, V.; NASSER, S.; LIMA, R. Meio ambiente. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (Org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 241-271.

<sup>66</sup> Conforme discurso do Embaixador Luiz Felipe Lampraia, na abertura da Conferência Ministerial em Seattle, em 1999: “Environ-

A partir das tendências identificadas nos APCs analisados, pode-se apontar para o Brasil, em matéria ambiental, como principais preocupações o reconhecimento da relação “comércio e meio ambiente” em instrumentos regulatórios internacionais, alguns até mesmo com mecanismos efetivos para implementação dos compromissos; a associação de “obrigações específicas de comércio” identificadas nos MEAs aos compromissos de comércio dos APCs; o recorte sobre quais MEAs serão considerados como compreendidos pela relação com o comércio<sup>67</sup>; e o caráter marginal que a preocupação sobre o uso protecionista de medidas de proteção ambiental assumiu nesses acordos. Aqui também as negociações em curso entre Mercosul e UE podem trazer essas preocupações para um campo mais próximo da política externa brasileira, num curto prazo de tempo, já que a UE é tradicionalmente uma das principais demandantes em meio ambiente na OMC. A retomada das tratativas faz referência a negociações em desenvolvimento sustentável,<sup>68</sup> mesma linguagem utilizada no Acordo UE-Coreia, que traz previsões bastante detalhadas sobre a regulação de comércio e meio ambiente, com mecanismos institucionais específicos para implementação dos compromissos. Tal tendência sugere que algo nesse formato possa ser levado à mesa de negociações com o Mercosul.

Já em matéria trabalhista, a regulamentação doméstica brasileira é bastante protetiva aos direitos trabalhistas e, se considerados os direitos laborais fundamentais, o Brasil ratificou seis dessas sete convenções fundamentais (a única exceção é a Convenção sobre Liberdade de Associação e Proteção do Direito de Organização – C87).<sup>69</sup> Nesse cenário, o ponto mais sensível para o

---

ment and labour standards – which the international community has created specific rules for, and entrusted specialized agencies with – are two of such new issues being brought to the trade agenda in a way that leaves much room for suspicion. We are not convinced of the need to make changes in the WTO Agreements to that effect.” (WT/MIN(99)/ST/5)

<sup>67</sup> De acordo com a base de dados da Ecolex ([www.ecolex.org](http://www.ecolex.org)), resultado de um consórcio entre UNEP, FAO e IUCN, existem hoje 672 acordos de caráter multilateral na área ambiental (último acesso em 20 de fevereiro de 2012). Desse total, uma estimativa apresentada pela OMC e UNCTAD é de que, entre 10 e 13 por cento desses acordos contêm medidas relativas ao comércio, cf. KANAS, V.; NASSER, S.; LIMA, R. Meio ambiente. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (Org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 241-271.

<sup>68</sup> Cf. Statement of the EU and Mercosur after the 8th round of negotiations on the future association agreement between both regions, 16 de março de 2012. Disponível em: [http://sice.oas.org/TPD/MER\\_EU/negotiations/XXIV\\_BCN\\_s.pdf](http://sice.oas.org/TPD/MER_EU/negotiations/XXIV_BCN_s.pdf). Acesso em: 07 jun. 2013.

<sup>69</sup> Cf. base de dados da OIT. Disponível em: <http://webfusion.ilo>.

Brasil na incorporação desses direitos em APCs é a possibilidade de ser alvo de questionamentos sobre a efetiva implementação dos direitos, com o risco de sanções comerciais. Mesmo em seu processo de integração regional no âmbito do Mercosul, o Brasil e os demais Estados-partes assinaram a Declaração Sociolaboral em 1998, que traz a Declaração dos Direitos Laborais Fundamentais, mas não está vinculada aos demais acordos e mecanismos de solução de controvérsias do Mercosul. Assim sendo, se as negociações Mercosul-UE avançarem e chegarem a incorporar temas sociais – como foi o que ocorreu no capítulo intitulado “comércio e desenvolvimento sustentável” do acordo UE-Coreia, o Brasil, assim como as demais partes do bloco, terão que se preparar para uma negociação que possa envolver compromissos específicos e mecanismos institucionais para sua devida implementação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os APCs analisados, especificamente quanto ao perfil regulatório, os EUA reforçam a tendência de um modelo-padrão para os seus acordos e têm os mesmos com a perspectiva de assumir compromissos e obrigações vinculantes para as partes em todos os temas considerados “novos”, inclusive com a previsão de mecanismos de supervisão e de implementação, mediante procedimentos para solução de controvérsias. A UE, por sua vez, ainda que procure sempre inserir os “novos” temas nos APCs celebrados, tem suas obrigações variando entre vinculantes e não vinculantes. A China também incorpora a negociação dos “novos temas” em todos os APCs analisados, com maior ênfase nos temas de meio ambiente e cláusula social, mas opta pela determinação de obrigações de caráter não vinculante. Por fim, a Índia se mostra o ator mais reticente em incorporar os “novos” temas em seus APCs, de forma geral. Apenas no seu último acordo com a Coreia do Sul, apresentou-se a perspectiva de inserção dos temas compras governamentais e concorrência.

Em todas as áreas, há uma tendência de adensamento jurídico – compreendido como a evolução de dispositivos restritos à cooperação entre as partes e suas autoridades para dispositivos mais compreensivos, com obrigações claras e detalhadas e, até mesmo,

mecanismos institucionais específicos. A área de compras governamentais compreende acesso a mercado e estrutura regulatória doméstica e assume o perfil, comparativamente com os demais temas, de área mais regulada. Como um tema regulado plurilateralmente na OMC, observa-se uma relação circular de influência recíproca das regras multilaterais naquelas estabelecidas nos APCs e vice-versa. Já nos capítulos e artigos sobre políticas de concorrência, as regras assumem um caráter menos discriminatório e buscam assegurar um padrão regulatório mínimo no nível doméstico, a fim de assegurar que as regras de livre mercado prevaleçam nas relações de comércio e investimento entre as partes. Tendo em vista o tímido avanço dessa área no sistema multilateral da OMC, o que se observa é que as regras definidas nos APCs podem futuramente pautar as negociações multilaterais.

Em meio ambiente, os avanços ocorrem predominantemente nos APCs de países desenvolvidos. Daí a sua ênfase em corrigir a assimetria regulatória que eventualmente possa estar presente na comparação entre as regulamentações domésticas das partes – como uma forma de evitar o *dumping ambiental*. Esse mesmo intuito perpassa a regulamentação sobre questões trabalhistas, que encontra seu espaço nos APCs, dada a carência de mandato na área no âmbito da OMC. Ainda que assumam um perfil regulatório modesto, muitos dos APCs que definem obrigações nessa última área tornam vinculante o reconhecimento dos direitos laborais fundamentais, submetendo-os até mesmo a mecanismos de solução de controvérsias específicos, previstos nos acordos.

De modo geral, o incremento do número de APCs assinados nos últimos anos e a parcela deles que regulamenta novas obrigações e novas áreas para além daquelas assumidas no âmbito multilateral compõe dados que desafiam a política externa brasileira na área de comércio nos últimos anos. Uma tendência nesse sentido pode apontar para uma relativa limitação das estratégias defensivas em face das pressões para a ampliação da agenda de negociações, tendo em vista que a agenda bloqueada está sendo negociada em outros fóruns, com impactos na própria regulamentação da OMC. De outro lado, se o Brasil estiver disposto a negociar um acordo no formato APC, será essencial considerar suas estratégias para regulação dos “novos temas”, a partir da análise da tendência regulatória do potencial parceiro comercial, considerando inclusive, nos casos em que couber, a relação com os temas cruzados; da avaliação do impacto do padrão regu-



latório para o seu sistema doméstico, tendo em vista que se trata de medidas conhecidas como internas à fronteira (*behind the border*); e da elaboração de uma agenda proativa que consiga responder às tendências de hiper-regulação apresentadas pelos principais centros regulatórios dos APCs (EUA e UE) e que, ao mesmo tempo, não seja absorvível por essa outra agenda com maior influência.

## REFERÊNCIAS

- ABATE, R. Dawn of a new era in the extraterritorial application of US environmental statutes: a proposal for an integrated judicial standard base don the continuun of context. *Journal of Environmental Law*, Columbia, v. 31, p. 87,2006,
- AMARAL JUNIOR, A. Cláusula social e comércio internacional. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 129-141, jan./mar. 1999.
- ANDERSON, R.; EVENETT, S. *Incorporating competition elements in regional trade agreements: characterization and empirical analysis*, 2006 (mimeo).
- ANDERSON, R et al. Government procurement provisions in regional trade agreements: a stepping stone to GPA accession? In: ANDERSON, R.; ARROWSMITH, S. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge, Cambridge University Press, 2011. p. 561-656.
- ANDERSON, R. et al. A. *Assessing the value of future accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): some new data sources, provisional estimates, and an evaluative framework for individual WTO members considering accession*. WTO Staff Working Paper, ERSD-2011-15, 6 de outubro de 2011.
- ANURADHA R.V. Environment. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. p. 407- 425.
- BARRY, C; REDDY, S. International trade and labor standards: a proposal for linkage. *Cornell International Law Journal*, v. 39, p. 545-639.
- BARTELS, L. Social issues: Labour, environment and human rights. In: LESTER, S.; MERCURIO, Bryan (Ed.). *Bilateral and Regional Trade Agreements: commentary and analysis*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 342-366.
- BALDWIN, R.; EVENETT, S.; LOW, P. Beyond tariffs: multilateralizing non-tariff RTA commitments. In: BALDWIN, R.; LOW, P. (Ed.). *Multilateralizing Regionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 79-141.
- BIÈVRE, D. The EU Regulatory Trade Agenda and the Quest for WTO Enforcement. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 851-866, 2006.
- BLANK, A.; MARCEAU, G. The history of the government procurement negotiations since 1945. *Public Procurement Law Review*, v. 5, n.82, p. 77-147, 1996.
- BLOOMBERG NEWS. *WTO reaches deal on public procurement – minus China*. 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/12/16/business/global/wto-reaches-deal-on-public-procurement.html> Acesso em: dez. 2011.
- BOURGEOIS, J.; DAWAR, K.; EVENETT, S. *A comparative analysis of selected provisions in free trade agreements*. Comissioned by DG Trade, European Union, October 2007, 212 p. (mimeo).
- BRUNNEE, J. The United States and international environmental law: living with an elephant. *European Journal of International Law*, v. 15, p. 617-649, 2004.
- CARVALHO, M.E. *Medidas de Defesa Comercial e Regras de Origem*. panorama de regulação em acordos regionais de comércio celebrados por Comunidade Europeia, Estados Unidos, China e Índia. Texto para Discussão IPEA, 2012 (no prelo).
- CELLI, U. et al. Compras governamentais. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 299-321.
- CERNAT, L. Eager to ink, but ready to act? RTA proliferation and international cooperation on competition policy. In: BRUSICK, P., ALVAREZ, A.M., CERNAT, L. (Org.) *Competition provisions in regional trade agreements: how to assure development gains*. New York, Geneva: UNCTAD, 2005. p. 1-36.
- CHARNOVITZ, S. The influence of international labour standards on the world trading regime: a historical overview. *International Labour Review*, v. 126, p. 565-584, 1987.
- DAVIES, A. Government procurement. In: LESTER, S.; MERCURIO, B. (Ed.). *Bilateral and Regional Trade Agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 274-307.

- DAWAR, K.; EVENETT, S. Government procurement. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. p. 367-385.
- DUNOFF, J. Linking international markets and global justice. *Michigan Law Review*, v. 107, p. 1039-1058, apr., 2009.
- ELLIOT, K.A. Labor rights. In: CHAUFFOUR, J.P.; MAUR, J.C. *Preferential trade agreement policies for development: a handbook*. Washington: Banco Mundial, 2011. p. 427-441.
- EVENETT, S.; HOEKMAN, B. Government procurement: market access, transparency and multilateral trade rules. *European Journal of Political Economy*, v. 21, n. 1, p. 163-83, 2005.
- EVENETT, S.; HOEKMAN, B. *Government procurement: how does discrimination matter?* World Bank, June 1999.
- GALLAGHER, P.; SERRET, Y. *Implementing regional trade agreements with environmental provisions; a framework for evaluation*. OECD Trade and Environment Working Papers 2011/06. OECD Publishing. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1787/5kg3n2crpxwk-en> >. Acesso em: 20 dez. 2011.
- GEORGE, C.; SERRET, Y. *Regional trade agreements and the environment: developments in 2010*. OECD Trade and Environment Working Papers 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1787/5kgcf71188x-en> >. Acesso em: 20 dez. 2011.
- GRANDI, P.L. *Trade Agreements and their Relation to Labour Standards: The Current Situation*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Issue Paper n. 3, 2009.
- HADDAD, M.; HOEKMAN, B. Taking places: international integration after the crisis. In: CANUTO, O.; GIUGALE, M. (Ed.). *The day after tomorrow: a handbook on the future of economic policy in developing world*. Washington: World Bank, 2010. p. 67-84.
- HOEKMAN, B. *The WTO and the Doha Round: walking on two legs*. Economic Premise. Washington, The World Bank. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 22 jul. 2011.
- HORBECK, J.F.; COOPER, W. *Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy*, CRS Report RL33743. Disponível em: < [fpc.state.gov/documents/organization/161326.pdf](http://fpc.state.gov/documents/organization/161326.pdf) >. Acesso em: fevereiro de 2012.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Standard-setting policy: ratification and promotion of the ILO's fundamental conventions*, GB.277/LILS/5. 27th Session. Geneva, March 2000.
- JANSEN, M; KECK, A. *National environmental policies and multilateral trade rules*. Staff Working Paper ERSD-2004-01. Geneva: WTO, 2004.
- KANAS, V.; NASSER, S.; LIMA, R. Meio ambiente. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (Org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 241-271.
- MASKUS, K. Should core labor rights standards be imposed through international trade policy. *The World Bank Policy Research Working Paper*, n. 1817, 1997.
- MATSUSHITA, M. International cooperation in the enforcement of competition policy. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 1, n. 463, p. 463-475, 2002.
- MCAFEE, R.; MCMILAN, J. Government procurement and international trade. *Journal of International Economics*, v. 26, n. 3-4, p. 291-308, 1989.
- MOREIRA, A. OMC revisa acordo de compra governamental; Brasil prefere não aderir. *Valor Econômico*, São Paulo, 16 dez 2011.
- MOREIRA, H.C.; MORAIS, J.M. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, NAFTA, Estados Unidos e Brasil*. Texto para Discussão n. 930. Brasília: IPEA, 2002.
- NORDSTRÖM, H.; VAUGHAN, S. *Trade and Environment, Special Study n. 4*. Geneva: WTO, 1999.
- PURI, L. Executive summary. In: BRUSICK, P., ALVAREZ, A.M., CERNAT, L. (Org.) *Competition provisions in regional trade agreements: how to assure development gains*. New York, Geneva: UNCTAD, 2005. p. vii-xi.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Trade, Employment, and Labour Standards: a Study of Core Workers' Rights and International Trade*. Paris: OECD, 1996.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The relationship between regional trade agreements and the multilateral trading system: competition*. Working Party of the Trade Committee.

- TD/TC/WP(2002)19/FINAL. OCDE, Paris, 2002.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Environment and regional trade agreements. OCDE, Paris, 2007.
- OLIVEIRA, I.; SANCHEZ BADIN, M.R. *Tendências regulatórias nos acordos preferenciais de comércio no século XXI: os casos de Estados Unidos, União Europeia, China e Índia*. Brasília, IPEA, 2013.
- RORIZ, J.H.R.; TASQUETTO, L.S. *Propriedade intelectual, serviços e investimentos: panorama de regulação em acordos regionais de comércio celebrados pela União Europeia, Estados Unidos, China e Índia*. Texto para Discussão IPEA n. 1801, 2012.
- SANCHEZ BADIN, M.R. *Compromissos assumidos por grandes e médias economias em acordos preferenciais de comércio: o contraponto entre União Europeia e Estados Unidos e China e Índia*. Texto para Discussão IPEA n. 1700, 2012.
- SILVA, L.; CRUZ, T.; GARBELINI Jr., A.; ROSENBERG, B.; ANDRADE, M. Política de concorrência. In: THORSTENSEN, V.; JANK, M. (org.) *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 355-378.
- SOLANO, O.; SENNEKAMP, A. Competition provisions in regional trade agreements. *OECD Trade Policy Working Paper* n. 31 (COM/DAF/TD(2005)3/FINAL).
- SRIVASTAVA, V. India's accession to the government procurement agreement: identifying costs and benefits. In: MATTOO, A.; STERN, R. (ed.). *India and the WTO*. World Bank and Oxford University Press, 2003.
- STERN, R.; TERRELL, K. *Labor standards and the World Trade Organization: a position paper*. University of Michigan, August 2003 (mimeo).
- TEH, R. Competition provisions in regional trade agreements. In: ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R. *Regional rules in the global trading system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 418-502.
- YOUNG, A.R.; PETERSON, J. The EU and the new trade politics. *Journal of European Public Policy*, v. 13, n. 6, p. 795-814, 2006.
- WANG, P. China's accession to WTO's government procurement agreement: domestic challenges and prospects in negotiation. *The University of Nottingham China Policy Institute Briefing Series*, n. 48, mar. 2009.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Ministerial Conference. Brazil Statement by H.E. Mr. Luiz Felipe Lampreia, Minister of Foreign Relations. WT/MIN(96)/ST/8, 9 de dezembro de 1996.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Ministerial Conference Third Session. Brazil – Statement by H.E. Mr. Luiz Felipe Lampreia, Minister of Foreign Relations. WT/MIN(99)/ST/5, 1o. de dezembro de 1999.
- WORLD TRADE ORGANIZATION.. Singapore WTO Ministerial 1996: Ministerial Declaration, WT/MIN(96)/DEC, 18 de dezembro de 1996.
- WORLD TRADE ORGANIZATION.. Uruguay Round - Trade Negotiations Committee - Communication from the Chairman, MTN.TNC/W/141, 29 de março de 1994.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *World trade report 2011: the WTO and preferential trade agreements: from co-existence to coherence*. Geneva: WTO, 2011. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 22 jul. 2011.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Korea eases Affecting Government Procurement Report of the Panel, WT/DS163/R, 1o. de maio de 2000.
- Agradecimentos pelo apoio de bolsas concedidas pelo IPEA e pela FAPESP



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Integração econômica no  
MERCOSUL: opiniões consultivas e  
a democratização no acesso ao  
tribunal permante de revisão**

**Economic integration in  
MERCOSUR: the democratization  
access on the mercosur's  
permanent court review and the  
advisory**

Eduardo Biachi Gomes

# Integração econômica no MERCOSUL: opiniões consultivas e a democratização no acesso ao tribunal permante de revisão

## Economic integration in MERCOSUR: the democratization access on the mercosur's permanent court review and the advisory\*

Eduardo Biachi Gomes<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo examinar o sistema das Opiniões Consultivas do MERCOSUL e a sua regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a identificar a viabilidade da construção de um direito da integração no bloco, vez que uma das grandes dificuldades encontradas pelos juristas, refere-se a aplicação das normativas MERCOSUL nos ordenamentos jurídicos dos Estados partes. Para tanto, o presente artigo partiu de uma análise normativa, do Protocolo de Olivos e seu Regulamento, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como doutrina, de forma a compreender a sistemática de funcionamento das Opiniões Consultivas. Buscou-se efetuar uma análise da jurisprudência, nas Cortes Constitucionais dos Estados Partes, sobre a interpretação e aplicação das normativas MERCOSUL. Por fim, na conclusão, verifica-se que a recente regulamentação das Opiniões Consultivas, pelo Supremo Tribunal Federal, pode contribuir para a democratização do acesso à jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão, de forma a contribuir para construção da jurisprudência do direito da integração do MERCOSUL.

**Palavras-chave:** Mercosul. Sistema de solução de controvérsias. Opiniões consultivas. Direito da integração. Democracia. Jurisdição internacional.

### ABSTRACT

This article aims to examine the system of Advisory Opinions of MERCOSUR and its regulation by the Supreme Court in order to identify the viability of building an integration law in the block. Since one of the major difficulties encountered by the lawyers, refers to the application of MERCOSUR's the in the legal systems of States Parties. Therefore, this article started from a normative analysis of the Olivos Protocol and its Regulations, the Internal Rules of the Supreme Court, as well as the doctrinal in order to understand the systematic functioning of the Advisory Opinionsnormatives. We attempted to perform an analysis of the case law in the Constitutional Courts of the States Parties concerning the interpretation and application of the MERCOSUR'snormatives. Finally in the conclusion, it appears that the recent regulation of Advisory Opinions by the Supreme Court may contribute to the democratization of access to the jurisdiction

<sup>1</sup> Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Departamento de Direito Constitucional. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Internacional e Direito da Integração (Pós-Graduação e graduação) da UniBrasil, Professor titular de Direito Internacional Privado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor de Direito Internacional da FACINTER. Email: ebgommes@me.com

\* Recebido em 02/05/2013  
Aprovado em 13/05/2013



of the Permanent Court of Review in order to contribute to building the case law of the integration of MERCOSUR's normatives.

**Keywords:** Mercosur. Dispute settlement system. Advisory opinions. Integration law. Democracy. International jurisdiction.

## 1. INTRODUÇÃO

Muito embora a recente história dos fatores econômicos e sociais, vivenciados nos últimos anos, principalmente em relação à crise mundial, possam trazer pessimismo às ações de formação dos processos de integração, como é o caso da União Europeia ou do Mercosul, em virtude dos nefastos efeitos da crise econômica e social que assolam os países, importante buscar uma reflexão sobre os reais objetivos de qualquer bloco econômico, ou seja: qualquer processo de integração, em última instância, deve adotar políticas voltadas para atender aos interesses jurisdicionados dos Estados.

Assim, tanto a União Europeia como o Mercosul devem garantir eficazmente a proteção dos direitos, não somente econômicos, mas principalmente os direitos sociais, fundamentais, dentre outros dos nacionais dos respectivos Estados que integram os blocos. Quanto ao Mercosul, ainda que se caracterize como uma União Aduaneira imperfeita,<sup>2</sup> existem normativas que regulamentam questões de interesse aos nacionais dos Estados-partes.<sup>3</sup>

Pensar sobre a integração, em última instância, é questionar sobre o real e efetivo papel dos Estados e das instituições do bloco, no sentido de adotar políticas que venham a atender aos interesses dos nacionais dos Estados.

A despeito das peculiaridades de cada bloco econômico, vide o exemplo da União Europeia, em que se tem presente um direito supranacional e cujas normas têm aplicabilidade direta sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, ao passo que no Mercosul, regido pela intergovernabilidade, as normativas, para que se tornem

obrigatórias, necessitam ser internalizadas pelos Estados; há que se destacar que a existência de um efetivo mecanismo de solução de controvérsias é mais do que necessário para que haja uma segurança jurídica na observância e na aplicação das normas emanadas pelas instituições do bloco.

A existência de um mecanismo de cooperação, entre a instância jurisdicional supranacional (no caso da União Europeia) e internacional (no caso do Mercosul), é mais do que necessária para dar diretrizes de como os juízes nacionais deverão interpretar e aplicar tais normativas.

No caso do Mercosul, o Protocolo de Olivos estabeleceu, com base na experiência do Tribunal de Justiça da União Europeia, as Opiniões Consultivas (sem caráter vinculante), matéria que foi recentemente regulamentada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Emenda Regimental 48, datada de 03 de abril de 2012 e se traduz em importante mecanismo de democratização ao acesso à jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão, por parte dos particulares.

## 2. CARACTERÍSTICAS DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: DEMOCRACIA MITIGADA

O acesso à jurisdição internacional é distinto daquele existente na jurisdição interna, vez que na sociedade internacional, pelo fato de ser anárquica, descentralizada, paritária e aberta, não existe uma autoridade central, ou seja, um poder judiciário único dotado de prerrogativas para impor a jurisdição para aplicar as sanções.<sup>4</sup> Trata-se de um direito de coordenação, em que as normas e as sanções são elaboradas e impostas pelos principais sujeitos de direito internacional, que são os Estados.<sup>5</sup> No que diz respeito às Organizações Internacionais, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, passaram a ter uma maior atenção por parte do Direito Internacional, ainda que, anteriormente, já fossem consideradas como sujeitos de direito internacional, como o caso da Organização Internacional do Trabalho, instituída pelo Tratado de Versalhes, 1919.

<sup>2</sup> Tendo em vista a existência da Tarifa Externa Comum, que não é perfeita e contempla a lista de exceção e o regime de adequação. Nesse sentido, o Mercosul não atingiu perfeitamente o estágio de zona de livre comércio e já avançou ao estágio de União Aduaneira (Protocolo de Olivos, 1994).

<sup>3</sup> Conforme será esclarecido adiante.

<sup>4</sup> No direito internacional clássico, as sanções são aplicadas de forma difusa; nesse sentido. KELSEN. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 355.

<sup>5</sup> Neste sentido, o Direito Internacional tem início com a Paz de Vestfália, 1648.



Finalmente, no que diz respeito aos indivíduos, somente e em carácter excepcional, podem ser considerados como sujeitos de direito internacional, como é o caso de violação aos Direitos Humanos.<sup>6</sup>

O Direito Internacional clássico, tal qual como foi concebido na Paz de Vestfália, 1648, foi um direito construído pelos Estados e para os Estados, sendo eles os principais sujeitos de direito internacional e, assim, são os legisladores e os destinatários das normas internacionais. Trata-se de um direito de coordenação de soberanias, em que os Estados, formalmente, encontram-se em um mesmo plano de igualdade e, assim, um Estado não pode se sobrepor à vontade de outro Estado.

Na hipótese do cometimento de algum ilícito, como a violação de algum tratado, a regra é a aplicação do princípio secular *pacta sunt servanda*, positivado na Convenção de Viena sobre Tratados do ano de 1969.

No que diz respeito ao acesso à jurisdição internacional, ela não se dá de forma compulsória, pois normalmente é o Estado quem a aceita voluntariamente,<sup>7</sup> como é o caso da Corte Internacional de Justiça e, de acordo com os artigos 35 e 36 de seu Estatuto, a jurisdição não é obrigatória, assim, é necessário que os Estados que a compõem, manifestem – expressamente – a sua intenção em aceitar a jurisdição da Corte para o julgamento da controvérsia.

Cabe ressaltar que, de acordo com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça da Haia, que é um órgão de solução de controvérsias vinculado à Organização das Nações Unidas, somente os Estados é que possuem a legitimidade para demandarem ou para serem demandados.

Em outros sistemas de solução de controvérsias, regidos pelo Direito Internacional, como é o caso do Órgão de Solução de Controvérsias, vinculado à Organização Mundial do Comércio, a jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias é obrigatória.

Em ambos os casos, assim como em outros sistemas de solução de controvérsias regidos pelo Direito Internacional, vide Mercosul ou o Nafta,<sup>8</sup> somente os

Estados é que têm acesso direto à jurisdição internacional, vez que são eles os signatários dos tratados e os detentores da personalidade e capacidade jurídica para demandarem ou serem demandados.

Nas palavras de Jorge Fontoura:<sup>9</sup>

[...] o sistema de solução de controvérsias da OMC destina-se, no entanto, somente a Estados, em um viés estrito (de) direito internacional público. Mesmo quando são as empresas a conflitar, só os Estados podem formalmente compor o litígio. [...].

Quanto à aplicação dos tratados nos ordenamentos jurídicos nacionais, os tribunais nacionais, normalmente se limitam a analisar o controle prévio ou *a posteriori* de constitucionalidade dos tratados; todavia, muitas vezes restam dúvidas de como o magistrado nacional deverá interpretar e aplicar uma norma decorrente de um tratado internalizado.

Ainda que os fundamentos e os pressupostos de validade do Direito Internacional sejam diferentes daqueles expostos no direito interno, tem-se cada vez mais presente as influências do Direito Internacional nas ordens jurídicas internas dos Estados. Trata-se de uma tendência prevista em várias Constituições contemporâneas, no sentido de regulamentar temas relevantes e de interesse comum, como é o caso dos Direitos Humanos.

Aqui resulta o chamado *déficit democrático mitigado* do Direito Internacional, notadamente porque os nacionais não possuem o devido acesso aos tribunais internacionais, pois lhes falta o pressuposto processual elementar – capacidade jurídica<sup>10</sup> – para atuarem no foro internacional.

Como a sociedade internacional contemporânea, tendo em vista os últimos acontecimentos verificados a partir de 2008 (crises econômicas na Europa e nos Estados Unidos e os respectivos protestos como: ocupe *Wall Street* em Nova Iorque, protestos na *Puerta del Sol* em Madri, protestos na Grécia, na França, na Inglaterra, sem contar com os decorrentes da *Primavera Árabe*, no mundo islâmico), é certo que a sociedade internacional reclama mudanças e o próprio Direito Internacional passa por transformações.

pelo Canadá, Estados Unidos e México.

<sup>9</sup> Embraer versus Bombardier: anatomia de um caso.

GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcisio Hardman. *Globalização e Comércio Internacional no direito da integração*. Rio de Janeiro: Lex/Aduaneiras, 2005. p. 252-253.

<sup>10</sup> Excetuam-se os casos referentes aos direitos humanos

<sup>6</sup> Sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos e o acesso ao Tribunal Penal Internacional.

<sup>7</sup> Neste sentido, DUPUY, René-Jean. *O direito internacional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 95 entende que “[...] na sociedade os Estados justapostos, a conservação da paz deve-se precisamente à sua boa vontade e à sua prudência”.

<sup>8</sup> Bloco econômico em regime de zona de livre comércio formado

Referidas transformações levarão, indubitavelmente, a uma maior participação dos cidadãos e dos próprios movimentos sociais, no poder decisório dos Estados, e a sociedade internacional passará a experimentar novos ares, com a convivência mais ativa dos referidos atores na esfera internacional (ainda que referida transformação se dê de forma lenta e gradual, como é todo o processo histórico que ocorre em sociedade).

O chamado *déficit democrático* em questão é mitigado, devido às próprias características da sociedade internacional que, devido às suas estruturas, não permite uma maior atuação dos indivíduos.

Dentro de determinados sistemas de solução de controvérsias, como é o caso da União Europeia, o particular tem acesso à jurisdição supranacional e, ainda que se trate de um modelo evoluído daqueles pautados no Direito Internacional, trata-se de um exemplo a ser estudado, que é o caso do Reenvio Prejudicial, conforme será visto adiante.

No caso do Mercosul, o Protocolo de Olivos inspirado – guardadas as devidas proporções e diferenças – em parte na sistemática processual do Tribunal de Justiça da União Europeia, adotou o sistema das Opiniões Consultivas, instrumento processual extremamente útil para reduzir o *déficit democrático* existente entre o bloco econômico e seus jurisdicionados.

### 3. O SISTEMA DO REENVIO PREJUDICIAL NA UNIÃO EUROPEIA E DAS OPINIÕES CONSULTIVAS NO MERCOSUL

Na União Europeia, bloco econômico em regime de mercado comum e união monetária, vigora um direito específico e peculiar que é o Direito Comunitário, de caráter supranacional e dotado das seguintes características: aplicabilidade direta (vale dizer que a norma do bloco não necessita ser internalizada nos ordenamentos jurídicos dos Estados), primazia frente às normas nacionais (naqueles eventos em que, caso as normas nacionais conflitem com as normativas do bloco, sempre terão primazia as primeiras) e a uniformidade na interpretação e na aplicação das normativas.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Neste sentido, vide GOMES, Eduardo Bianchi. *Blocos econômicos e solução de controvérsias*. 3. ed. Curitiba: Juruá: 2010. p. 146-148.

Relativamente a esta última característica, vale destacar que os juízes nacionais são, ao mesmo tempo, juízes supranacionais, posto que, naquelas matérias de competência das Instituições do bloco, como as normativas possuem aplicabilidade direta e a primazia frente aos ordenamentos jurídicos nacionais, elas podem ser invocadas pelos particulares nas jurisdições nacionais. Assim, sempre que provocados para dirimir questões que envolvam as normativas da União Europeia, deverão assegurar a primazia na sua aplicação.

Na hipótese de dúvidas, por parte do juiz nacional sobre a interpretação e sobre a aplicação das referidas normativas, ela poderá ser suscitada para o Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio do Reenvio Prejudicial, que é um mecanismo processual que possibilita uniformidade na interpretação e na aplicação do Direito da União Europeia, por parte dos juízes nacionais.

Trata-se de um mecanismo de cooperação entre as instâncias nacionais e a supranacional, cuja decisão, relativamente à interpretação ou aos próprios efeitos da norma supranacional, vincula o juiz nacional e produz efeito entre as partes, mas pode servir de jurisprudência em casos similares.<sup>12</sup>

O reenvio prejudicial permite às instâncias jurisdicionais nacionais aplicar de forma homogênea o Direito da União Europeia nas 27 (vinte e sete) jurisdições nacionais. Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nesse sentido, unicamente irá dar o seu pronunciamento no que diz respeito à correta interpretação e aplicação da norma, em determinado caso em concreto. Em momento algum ocorre a supressão de instância, ou seja, a competência para julgar a controvérsia continuará sendo da instância jurisdicional nacional; todavia,<sup>13</sup> no caso específico, seu julgamento ficará condicionado à interpretação emanada do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O procedimento é facultativo nos processos em instâncias inferiores e, portanto, passíveis de reformulação pelos tribunais superiores, e obrigatório, quando o processo esteja em trâmite na última instância recursal.

<sup>12</sup> Neste sentido, vide CAMPOS, João Mota de. *Manual de direito comunitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 307.

<sup>13</sup> Conforme CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Contencioso Comunitário*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 154. “[...] o Tribunal Comunitário não pode, pois, tentar orientar o juiz nacional quanto à aplicação do Direito Comunitário, sob pena de ultrapassar sua competência”.

No sistema da intergovernabilidade Mercosul, o mecanismo de cooperação utilizado é o das Opiniões Consultivas que, a exemplo do modelo supranacional do Reenvio Prejudicial, é aplicado quando as partes ou o próprio juiz nacional da causa possuem dúvidas quanto à aplicação e à interpretação de uma norma do bloco, no caso em concreto. Todavia, existem determinadas diferenças entre ambas:

a) A decisão da Opinião Consultiva não é vinculante, isto é, não obriga ao juiz nacional.

b) Na sistemática do Protocolo de Olivos, os particulares não podem, diretamente, suscitar a dúvida, a qual deve tramitar pelos Tribunais Superiores dos Estados e;

c) A instância jurisdicional nacional não é obrigada a aceitar o pedido de Opinião Consultiva.<sup>14</sup>

A matéria encontra-se definida no Protocolo de Olivos, 2002<sup>15</sup> e seu Regulamento.<sup>16</sup> No Brasil, é competente para encaminhar as opiniões consultivas o Supremo Tribunal Federal;<sup>17</sup> na Argentina, a Corte Suprema de La Justicia de La Nación;<sup>18</sup> no Paraguai<sup>19</sup> e no Uruguai,<sup>20</sup> a Corte Suprema de Justicia. As competências poderão ser delegadas para outros tribunais recursais, com jurisdição nacional.

A tramitação e o encaminhamento das Opiniões Consultivas encontram-se regulamentados na Decisão Mercosul CMC 02/2007 e, basicamente, resume-se no seguinte:

Art. 4 – A solicitação de opiniões consultivas será apresentada por escrito, e, de acordo com o Artigo 5 da Decisão CMC Nº 37/03, e conterá os seguintes elementos:

- a) Exposição dos fatos e do objeto da solicitação;
- b) Descrição das razões que motivaram a solicitação; e

<sup>14</sup> Neste sentido, vide GOMES, Eduardo Biacchi. Protocolo de Olivos. Alterações no sistema de solução de controvérsias do Mercosul e perspectivas. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*. São Paulo: RT, 2012. p. 671-684.

<sup>15</sup> Artigo 3º.

<sup>16</sup> Mercosul CMC/DEC 37/03

<sup>17</sup> Regulamentado pela Emenda Regimental 48 de 2012 do STF.

<sup>18</sup> Regulamentado pela Acordada 13/2008 da Corte de la Justicia de la Nación.

<sup>19</sup> Regulamentada pela Acordada 549 de 2008 da Corte Suprema de Justicia.

<sup>20</sup> Regulamentado pela Acordada 7604 de 2007 da Suprema Corte de Justicia.

c) Indicação precisa da Normativa MERCOSUL em causa [...]

As opiniões consultivas solicitadas referir-se-ão exclusivamente à interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretrizes da CCM.

As opiniões consultivas solicitadas deverão estar necessariamente vinculadas a causas em trâmite no Poder Judiciário ou a instâncias jurisdicionais contencioso - administrativas do Estado Parte solicitante.

Art. 5 – Os Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes encaminharão as solicitações de opiniões consultivas ao TPR, por intermédio de sua Secretaria (ST), com cópia para a Secretaria do MERCOSUL, para os fins do Artigo 11 do presente Regulamento, e para os demais Tribunais Superiores indicados pelos Estados Partes.

[...]

Art. 7 – O TPR somente conhecerá da solicitação apresentada quando:

- a) A solicitação proceda de um dos Tribunais Superiores designados pelos Estados Partes;
- b) O pedido esteja formulado de acordo com o disposto no Artigo 4 deste Regulamento;
- c) A questão em causa não seja objeto de procedimento de solução de controvérsias em curso sobre a mesma questão.

Nos casos em que não se verificarem os requisitos de admissibilidade acima previstos, o TPR denegará a solicitação, informando imediatamente o Tribunal solicitante.

Art. 8 – Admitida a solicitação de opinião consultiva, o Presidente do Tribunal coordenará com os demais integrantes do TPR a designação do árbitro responsável que se encarregará da coordenação da resposta, de acordo com o disposto no Artigo 6.3 da Decisão CMC Nº 37/03. Para tanto, se levará em conta a atuação dos árbitros em casos similares. Em caso de não se chegar a um consenso para a designação, efetuar-se-á o sorteio previsto no referido Artigo 6.3.

Art. 9 – Os Coordenadores Nacionais do GMC poderão, em um prazo de quinze dias contados a partir da notificação de recebimento de uma solicitação de opinião consultiva, conforme o Artigo 6, enviar ao TPR, por intermédio da ST, apenas para fins informativos, suas eventuais considerações sobre o tema objeto da solicitação de opinião consultiva.

Art. 10 – A admissão ou recusa de uma solicitação encaminhada ao TPR e as opiniões consultivas emitidas por este órgão serão enviadas diretamente ao Tribunal Superior solicitante e notificadas a todos



os Estados Partes, por intermédio da ST, com cópia à Secretaria do MERCOSUL e aos demais Tribunais Superiores indicados pelos Estados Partes.

Art. 11 – Os gastos derivados da emissão de opiniões consultivas solicitadas pelos Tribunais Superiores de Justiça, tais como os honorários, os gastos de traslado, diárias dos integrantes do Tribunal Permanente de Revisão e os demais gastos que possam derivar de sua tramitação, serão custeados pelo Estado Parte ao qual pertença o Tribunal Superior de Justiça peticionário.

Conforme bem esclarece Luciane Klein Vieira,<sup>21</sup> a sistemática das Opiniões Consultivas do Mercosul, os requisitos para a apresentação do pedido, ainda que necessário o preenchimento de determinados requisitos, carece de maiores formalismos, em relação à apresentação do pedido, matéria já regulamentada pelas jurisdições nacionais dos Tribunais Superiores dos Estados.<sup>22</sup>

Importante destacar, sobre o acesso ao sistema das Opiniões Consultivas, o entendimento de Perotti,<sup>23</sup> segundo o qual a ausência de regulamentação quanto ao acesso ao Tribunal Permanente de Revisão, violaria o direito fundamental dos jurisdicionados dos Estados Partes do Mercosul em buscar a melhor interpretação e aplicação das referidas normativas. Conforme aduz Perotti,<sup>24</sup> referido direito fundamental está previsto nos “[...] pactos internacionais sobre direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 8 a 10), Convenção Americana sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 8, inciso 1 e 25, inciso 1) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 2, inciso 3, alíneas “a” e “b” e 14, inciso 1)”.

<sup>21</sup> VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B&F, 2011. p. 95.

<sup>22</sup> A Emenda Regimental 48 de 2012 do Supremo Tribunal Federal, estabelece no artigo 354-I que possuem legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação da Opinião consultiva, qualquer das partes ou o próprio juiz da causa. De acordo com o artigo 354-J, a solicitação deverá contemplar os seguintes requisitos: a) exposição dos fatos e do objeto da decisão, b) descrição das razões que motivaram a decisão, c) indicação precisa da Normativa MERCOSUL a respeito da qual se realiza consulta, d) a indicação do juízo e da ação em que (foi) originada a solicitação.

<sup>23</sup> PEROTTI, Alejandro D. *Tribunal permanente de revisión y estado de derecho en el Mercosur*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. p. 107-108. Original no espanhol e tradução livre do autor.

<sup>24</sup> PEROTTI, Alejandro D. *Tribunal permanente de revisión y estado de derecho en el Mercosur*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. p. 107-108. Original no espanhol e tradução livre do autor

Pode-se constatar, portanto, que, nos dias de hoje, o direito internacional e o próprio direito da integração merecem ser repensados sob a ótica da pessoa humana. Nesse sentido, conforme aponta Gomes:<sup>25</sup> “Vários fatores que podem ser destacados para o seu ressurgimento [...] como a consolidação dos blocos econômicos [...]”. Repensar os processos de integração e o próprio Mercosul, a partir da vertente da pessoa humana é medida mais do que necessária para que os objetivos estabelecidos nos seus tratados fundacionais não se percam em meros discursos (fantasiosos) econômicos e comerciais.

Nada mais correto do que democratizar o acesso à jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão aos jurisdicionados, por meio das Opiniões Consultivas, de maneira a garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Alviçareiro o avanço demonstrado pelo Supremo Tribunal Federal ao, finalmente, regulamentar tal questão, como forma de democratizar o acesso àquela jurisdição.

#### 4. DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO

Especialmente em relação à democracia e aos direitos fundamentais, o Mercosul apresenta resultados, mediante decisões e políticas que são adotadas pelos seus sócios.

Desde a sua criação, o Mercosul almejou se consolidar em um mercado comum, com a livre circulação de bens, de pessoas, de serviços e de capitais e, assim, a integração concentra outros objetivos, além daqueles meramente econômicos e comerciais, conforme previsão do Tratado de Assunção, 1991.

Como forma de concretização dos objetivos do Mercosul, necessário que os juízes nacionais garantam a eficácia no cumprimento das normativas, inclusive em relação às normas de direito interno, isso porque, com a globalização e com o maior fluxo migratório, cada vez mais se torna necessário que o direito da integração passe a se preocupar com temas sensíveis aos interesses dos indivíduos, como os direitos fundamentais e a democracia.

<sup>25</sup> GOMES, Eduardo Biacchi. *Tratados Internacionais*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. (Org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: RT, 2012. p. 115-116.

A aplicação das referidas normas e políticas, por parte dos Estados, já é uma realidade, como é o caso do Parlamento do Mercosul, o qual, muito embora não possua competências legislativas, pode auxiliar na observância dos referidos direitos e exerce papel fundamental na sua fiscalização.

As Opiniões Consultivas do Mercosul vêm a ocupar importante espaço dentro do direito da integração do Mercosul, de forma a facilitar a interpretação e a aplicação das normativas do bloco, visto que um dos principais empecilhos existentes dentro do bloco, para que possa evoluir, é o desconhecimento, por parte de juristas, de operadores do direito, de magistrados etc., sobre as suas normas e conteúdo.

Sobre o tema, assim expôs a Circular emanada do Tribunal Permanente de Revisão de nº 119/2012, data de 16 de abril do corrente ano:<sup>26</sup>

As opiniões consultivas consistem em um procedimento sobre a interpretação ou aplicação do direito do MERCOSUL, no caso concreto, tendente a uma uniforme aplicação. [...] A instrumentalização do acesso dos juízes nacionais ao procedimento de Opiniões Consultivas se dá a partir de regulamentações internas. A Argentina teve o procedimento de Opiniões Consultivas regulamentada pela Acordada 18/08 CSJN, o Paraguai pela Acordada 549 CJJ e o Uruguai pela Circular 86/2007 SCJ.

O Brasil, por meio da Emenda Regimental 48 do STF, datada de 03 de abril do corrente ano, regulamentou o procedimento, de forma que, agora, todos os juízes nacionais podem remeter as Opiniões Consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão.

Oportuno destacar que, no chamado caso das *pa-peleras*, entre a República Oriental do Uruguai e a República da Argentina, ainda que na instância do TPR (*Lauda Arbitral 02/2006*), os árbitros manifestaram-se sobre temas voltados aos direitos fundamentais e democracia.

*No tocante à interpretação dos Tribunais argentino e brasileiro sobre as normativas Mercosul que versam sobre direitos humanos (fundamentais no plano interno) e democracia, mencione-se o Terceiro Informe sobre a aplicação Direito do Mercosul por parte dos magistrados nacionais dos Estados-partes, publicado pela Secretaria do bloco econômico, no ano de 2005.*<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Disponível em: <<http://www.tprmercosul.org/pt/index.htm>>. Acesso em: 04 maio 2012.

<sup>27</sup> MERCOSUR. Disponível em: <<http://www.mercosul.org.uy/innovaportal/file/2179/1/tercer%20informe%20final.pdf>>. Acesso em: 31 set. 2010.

Naquele documento pode-se constatar o posicionamento avançado da jurisdição da República da Argentina, que reconhece como obrigatória a Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 1998, e fundamenta as suas decisões com base no referido documento emanado das suas instituições. Em uma de suas decisões, assinalou que a prática da empresa violou os direitos humanos e fundamentou a sua decisão com base no artigo 10 da Declaração Sociolaboral do Mercosul, que assegura aos empregados e aos empregadores a liberdade de negociar e de celebrar as convenções e acordos coletivos, de acordo com a lei nacional.<sup>28</sup>

Em outra decisão, emanada pela Justiça Laboral da República da Argentina, o magistrado utilizou-se, e citou o magistrado Capón Filas, sobre a importância da aplicação judicial das Convenções Fundamentais da OIT e da própria Declaração Sociolaboral do Mercosul, entendendo que esta última, por força do disposto na Constituição da Argentina em seu artigo 75.22 (que assegura que os tratados possuem grau de hierarquia acima da lei), teria grau de hierarquia supralegal.<sup>29</sup>

Destaque-se, ainda, a Decisão emanada da Justiça Nacional do Trabalho da República da Argentina, que eleva a Declaração Sociolaboral do Mercosul a uma norma de caráter imperativo e obrigatório e que, portanto, não permitiria derrogação em contrário, por se tratar de uma norma de *ius cogens*. Assevera que referido instrumento se traduz em uma norma de direitos humanos que, portanto, integra o rol de direitos fundamentais do trabalhador, por meio da qual todos os Estados têm o dever de observá-la, sendo que as legislações nacionais devem se sujeitar aos seus comandos.<sup>30</sup>

No Supremo Tribunal Federal, podem ser destacados alguns acórdãos emblemáticos que analisaram temas alusivos às normativas Mercosul:

a) Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 101, que questionava a importação de pneus remoldados. Figurou como relatora a Ministra Carmen Lúcia, julgado em 11.3.2009.

<sup>28</sup> CNTRAB (Federación Operária Ceramista de la República Argentina c/ Cámara de Fabricantes de Artefactos Sanitarios de Cerámica s/juicio sumarísimo. proc. n. 24810/03, sentença 58.031, 05.05.2005.

<sup>29</sup> JLC n. 1. Partiño, Daniel Esteban c/ Alicia Álvarez y otros s/ind. proc. 15.309, sentença n. 107, 14.06.2005.

<sup>30</sup> JNTRAB. Bergara Juan Ramón c/Piso Uno SRL s/despido, proc. n. 3.767/2004, 09/09/2005.

b) Mandado de Segurança Preventivo 26600, com a finalidade de suspender a tramitação de projeto de resolução do Congresso Nacional 03/2007, relativamente à representação brasileira no Parlamento do Mercosul. Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 19.11.07.

c) Homologação de Sentença Estrangeira nº 7101, Relator Ministro Maurício Correa, julgado em 14.11.2003.

Concretamente a Emenda Regimental 48 do Supremo Tribunal Federal estabelece em seu artigo 7º, inciso VIII, que é de competência do Plenário, nas sessões administrativas, decidir administrativamente sobre o encaminhamento das Opiniões Consultivas, mediante prévio e necessário juízo de admissibilidade do pedido e sua pertinência. O pedido de encaminhamento é relatado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Recebida a solicitação, o Presidente do Supremo Tribunal Federal iniciará, por meio do processo virtual, a colheita de votos dos ministros ou, se entender conveniente, encaminhará cópias aos demais ministros antes da **sessão administrativa**<sup>31</sup> designada para deliberação sobre a presença dos requisitos do pedido e sua pertinência processual.<sup>32</sup>

De forma a contemplar a Resolução Mercosul que regulamenta o trâmite das Opiniões Consultivas, o Regimento do Supremo Tribunal Federal reafirma o exposto naquele instrumento, especialmente em relação à necessidade de que a solicitação da Opinião Consultiva verse sobre a aplicação de uma Normativa Mercosul em curso no judiciário brasileiro, cuja decisão, a ser prolatada pelo Tribunal Permanente de Revisão, não possui efeito vinculante.

Assim, a democratização no acesso ao Judiciário, por intermédio do sistema das Opiniões Consultivas, possibilita ao jurisdicionado e aos próprios magistrados de instâncias inferiores buscarem a melhor forma de interpretação e de aplicação das normativas Mercosul. Não se busca, neste artigo, fazer qualquer alusão à adoção do sistema do Reenvio Prejudicial, que é próprio do direito da União Europeia. Todavia, referido mecanismo de cooperação entre instância do Tribunal Permanente de Revisão e jurisdições nacionais, permitirão uma maior consciência em relação à importância do direito da integração do Mercosul.

<sup>31</sup> Por se tratar de decisão a ser votada em sessão administrativa, de acordo com o que estabelece a Constituição Federal, artigo 93, incisos IX e X, as sessões serão públicas e as decisões motivadas.

<sup>32</sup> Artigo 354-K Emenda Regimental 48 de 2012.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A República Federativa do Brasil, durante muito tempo, esteve do lado contrário da correta interpretação e aplicação das normas de direito internacional, resquícios, quiçá, do triste período da ditadura militar. Nos últimos anos, o direito internacional experimenta um momento especial, porque o seu conhecimento é cada vez mais requisitado, tanto nos bancos acadêmicos, como pelos profissionais do direito e junto aos tribunais.

Grande exemplo do anteriormente exposto é a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em temas que envolvem os direitos humanos em que se passou a entender que os referidos tratados (ratificados antes da Emenda Constitucional 45/04) possuem grau de hierarquia supralegal (ainda que esse não seja o melhor entendimento doutrinário, que sempre defendeu a equiparação dos tratados de direitos humanos ao grau de hierarquia constitucional, de acordo com o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal).

Infelizmente, o judiciário brasileiro não possui a tradição de examinar questões decorrentes da interpretação e da aplicação das normativas Mercosul, ao contrário do judiciário argentino em que, de maneira mais corrente, são examinados temas que envolvem o direito da integração do Mercosul.

Importante observar que, das três Opiniões Consultivas emanadas pelo Tribunal Permanente de Revisão, nenhuma delas foi solicitada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente porque somente agora é que o procedimento foi regulamentado, ao passo que nas Cortes argentina, paraguaia e uruguaia, a matéria já estava devidamente normatizada.<sup>33</sup>

No que diz respeito aos rumos da integração regional, a Constituição da República Federativa do Brasil ainda não avançou em termos concretos, notadamente porque, diferentemente das Constituições de seus parceiros argentinos e paraguaios, em que se admite a supranacionalidade,<sup>34</sup> em nossa Constituição, o instituto não está contemplado.

Não obstante todas as críticas que possam ser feitas, tanto pelos juristas, pelos economistas, pelos sociólogos

<sup>33</sup> MERCOSUR. Disponível em: <www.mercosur.int>. Acesso em: 07 maio 2012.

<sup>34</sup> Nesse sentido, a maioria das Constituições dos Estados-membros da União Europeia admitem a supranacionalidade.



gos, pelos políticos e pelos empresários, em relação ao processo de integração do Mercosul, não há como se negar que ele é uma realidade, que políticas são realizadas e aplicadas pelos Estados e que repercutem diretamente nas esferas jurídicas dos cidadãos.

A existência de um marco normativo, como é o caso do Mercosul, é mais do que necessário para garantir a devida segurança jurídica na observância das referidas políticas pelos Estados. A correta aplicação dessas políticas, por parte dos Estados, por certo depende de uma eficaz atuação do Poder Público e da própria fiscalização do Poder Judiciário, no sentido de velar pelo interesse público, principalmente naquelas questões que digam respeito aos direitos fundamentais e democracia.

Como o direito da integração do Mercosul é uma realidade, nada mais salutar que os juízes nacionais apliquem as normativas do bloco. A regulamentação do Sistema das Opiniões Consultivas, pelo Supremo Tribunal Federal, nada mais representa do que esta realidade, a própria democratização do acesso ao judiciário, para fins de aplicação das normas Mercosul.

## REFERÊNCIAS

- CAMPOS, João Mota de. *Manual de direito comunitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- CAMPOS, João Mota de. *Contencioso comunitário*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CNTRAB. *Federación Operária Ceramista de la República Argentina c/ Cámara de Fabricantes de Artefactos Sanitarios de Cerámica s/ juicio sumarísimo*. Proc. n. 24810/03. Sentença 58.031, 05.05.2005.
- DUPUY, René-Jean. *O direito internacional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcisio Hardman. *Globalização e comércio internacional no direito da integração*. Rio de Janeiro: Lex/Aduaneiras, 2005.
- GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcisio Hardman. *Blocos econômicos e solução de controvérsias*. 3. ed. Curitiba: Juruá: 2010.
- PROTOCOLO de Olivos. Alterações no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e perspectivas. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. (Org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: RT, 2012.
- TRATADOS Internacionais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de O. (Org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: RT, 2012.
- JLC n. 1. Partiño, Daniel Esteban c/ Alicia Álvarez y otros s/ind. proc. 15.309, sentença n. 107, 14.06.2005.
- JNTRAB. Bergara Juan Ramón c/Piso Uno SRL s/depido, proc. n. 3.767/2004, 09.09.2005.
- KELSEN. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- MERCOSUR. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy/innovaportal/file/2179/1/tercer%20informe%20final.pdf>>. Acesso em: 31 set. 2010.
- MERCOSUR. Disponível em: <[www.mercosur.int](http://www.mercosur.int)>. Acesso em: 07 maio 2012.
- PEROTTI, Alejandro D. *Tribunal permanente de revisión y estado de derecho en el Mercosur*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- TPR MERCOSUR. Disponível em: <<http://www.tprmercosur.org/pt/index.htm>>. Acesso em: 04 maio 2012.
- VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: B&F, 2011.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**“Fundos abutres” vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata *libertad***

**“Vulture funds” vs. national states: sovereignty and the role of the international tribunal for the law of the sea through the frigate *libertad* case.**

Alexandre Pereira da Silva  
Mariana Yante Barrêto Pereira



Alexandre Pereira da Silva<sup>1</sup>  
Mariana Yante Barrêto Pereira<sup>2</sup>

## “Fundos abutres” vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata *libertad*

“Vulture funds” vs. national states:  
sovereignty and the role of the international  
tribunal for the law of the sea through the  
frigate *libertad* case.\*

### RESUMO

O objetivo do artigo é analisar o papel de um determinado tipo de fundo *hedge*, conhecido como “fundo abutre”, considerando aspectos de seu surgimento e fortalecimento, sobretudo na América Latina. A pesquisa estruturou-se em uma abordagem teórico-prática, por meio da qual o [caso da apreensão da argentina] Fragata ARA Libertad foi utilizado como paradigma para a apresentação de discussões acadêmicas contemporâneas relevantes, sobretudo atinentes ao binômio soberania-autonomia da vontade e à articulação dessas reflexões com o papel do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) como *locus* possível para a solução [pacífica] de conflitos. Dessa forma, o trabalho apresenta alguns resultados para a hipótese de que os “fundos abutres” enfraquecem a autonomia estatal no cenário internacional em duas dimensões - governança econômica e imunidade de jurisdição. Por outro lado, o artigo sugere alguns contrapontos sobre o frágil liame entre supremacia do Estado e a posição deste como sujeito de obrigações, apontando algumas lacunas existentes para o alcance de uma solução intermediária. Finalmente, a originalidade do presente trabalho consiste justamente em partir de um caso específico e de suma importância para o atual debate sobre uma possível nova crise das dívidas externas, concatenando-o, em um nível amplo, com questões relacionadas à governança e princípios basilares do Direito Internacional Econômico

**Palavras-chave:** Direito internacional. Fundos *hedge*. Imunidade de jurisdição. Tribunal Internacional do Direito do Mar.

### ABSTRACT

The goal of this paper is to analyze the role of a specific kind of hedge fund, known as “vulture fund”, considering the main aspects of its emergence and strengthening, especially in Latin America. The research was structured in a theoretical and practical approach, through the analysis of the seizure of the Argentine frigate *ARA Libertad*. This leading case is used as a frame to the presentation of some important contemporary academic

<sup>1</sup> Visiting Post-Doctoral Scholar no Marine & Environmental Law Institute (MELAW), Dalhousie University, Halifax, Canadá. Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE). Email:

<sup>2</sup> Mestra em Ciência Política/Relações Internacionais pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e graduada em Direito pela mesma instituição. Especialista em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas Regionais e do Desenvolvimento (D&R/UFPE). Email:

\* Recebido em 06/05/2013  
Aprovado em 17/05/2013



debates, especially those referring to the binomial sovereignty-autonomy of will, and the articulation of these reflections with the role of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), as a possible *locus* for peaceful settlements. In that way, the study presents some results for the hypothesis that “vulture funds” undermine State autonomy in two dimensions –economic governance and immunity from jurisdiction. On the other hand, the paper suggests some counterpoints on the fragile link between State supremacy and its position as an active subject, highlighting some gaps in reaching an equitable solution. Finally, the originality of the present work consists of departing from a specific and utmost case, which corresponds to a current debate on a possible new foreign debt crisis, and linking it to issues relating to governance and grounding principles of International Economic Law.

**Keywords:** International law. Hedge funds. Immunity of jurisdiction. International Tribunal for the Law of the Sea.

## 1. INTRODUÇÃO

Recentemente ocorreu um caso de grande repercussão internacional, mas que infelizmente foi pouco noticiado no Brasil: a apreensão da fragata argentina *Libertad* no porto ganês de Tema, a pedido da NML Capital Ltd., um fundo de *hedge*, portador de títulos da dívida argentina. O fato tem grande importância para o direito internacional econômico por uma série de fatores. No âmbito deste artigo serão destacados essencialmente dois destes: a questão da imunidade de jurisdição estatal e a atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM).

A primeira parte do trabalho será dedicada ao caso em si, a partir da apreensão da embarcação, seus principais desenvolvimentos ao longo dos meses transcorridos, até a decisão do TIDM. A segunda parte cuidará do exame da imunidade de jurisdição do Estado e a terceira, da atuação do TIDM como mecanismo de solução pacífica das controvérsias internacionais.

## 2. O CASO DA FRAGATA LIBERTAD

A fragata *Libertad* é um veleiro de grandes proporções pertencente à Armada Argentina, um navio escola

que serve como formação complementar aos marinheiros argentinos, além de atuar como um representante e divulgador da Argentina pelos portos do mundo. Além disso, é usual a presença de convidados estrangeiros em suas jornadas. Na viagem em que foi apreendido, dos mais de trezentos tripulantes a bordo, havia oficiais militares de doze nacionalidades, inclusive um brasileiro.

No dia 1º de outubro de 2012, a fragata *Libertad* entrou no porto ganês de Tema em visita previamente acertada com o governo de Gana, sendo recebida em cerimônia protocolar oficial com a presença de autoridades civis e militares locais, além do corpo diplomático argentino. No dia seguinte, no entanto, um funcionário do Poder Judiciário de Gana, de posse de um mandado judicial assinado pelo juiz comercial da primeira instância de Accra, ordenava a retenção do navio. Tratava-se de uma medida cautelar solicitada pelos representantes do Fundo NML Capital Ltd., com sede no paraíso fiscal das Ilhas Cayman, que possui títulos da dívida argentina emitidos em 1994, adquiridos posteriormente à moratória declarada pelo governo do país.

Esse tipo de fundo na Argentina é conhecido pela expressão *fondo buitre* – fundo abutre ou *vulture fund* – por ser um fundo de capital de risco que investe na compra de títulos da dívida de Estados que estejam próximos da quebra, normalmente pagando 20% ou 30% do valor de face, para, posteriormente, exigir o pagamento integral do título, conforme se verá adiante. Esses fundos rejeitaram e não participaram da renegociação da dívida argentina com os credores internacionais.

Apesar das tentativas diplomáticas empreendidas pela chancelaria argentina junto ao órgão similar ganês para a liberação rápida da fragata *Libertad*, ela continuou retida no porto. Segundo o governo de Gana, o Executivo nada poderia fazer, já que qualquer interferência poderia ser considerada uma ingerência no Poder Judiciário local.

O governo argentino passou então a empreender esforços no direito ganês e internacional para a resolução da controvérsia. No âmbito da ordem jurídica do país africano, foi contratado um escritório de advocacia, que tentou levantar o embargo, mas não obteve sucesso; já na esfera internacional, a ação adotada pelo governo argentino foi o recurso ao mecanismo arbitral que constitui o procedimento de solução de controvérsias aplicável entre dois países e que prevê uma instância de medidas cautelares ante o TIDM, com sede em Hamburgo, na Alemanha.

Com a retenção da embarcação, a Marinha argentina deixou a bordo um número mínimo de marinheiros para cuidar do navio. A Autoridade Portuária de Tema chegou a negar o abastecimento mínimo da fragata para sua manutenção. A situação da fragata chegou ao ápice da tensão, pouco mais de um mês depois, quando a Autoridade Portuária quis mover de maneira forçada a embarcação para outro ponto do porto, que, segundo o governo argentino, não ofereceria as mesmas condições de segurança, o que levou os marinheiros a bordo a pegarem em armas.

O caso da fragata *Libertad* reveste-se de um ineditismo e de um caráter muito delicado para os Estados, já que se tratou da apreensão de um navio de guerra em um porto estrangeiro, atingindo diretamente a questão da imunidade de jurisdição estatal, agravado pelo fato de que tal bloqueio se deu a partir da execução de uma dívida eminentemente pública, adquirida por um fundo de investimento internacional, que obteve reconhecimento de sua liquidez e executoriedade perante um tribunal doméstico, alheio à jurisdição do tribunal devedor.

### 3. Os “FUNDOS ABUTRES” E A CRISE DA ARGENTINA

Para entender por que um navio militar argentino pôde ser apreendido em um porto africano como garantia parcial do pagamento de uma dívida, é preciso retornar aos acontecimentos que desencadearam a crise na Argentina em 2001.

Em processo de grave crise econômica e política, a qual se agravava em 1999 com a crescente desconfiança por parte do mercado financeiro no sentido de que a situação argentina era insustentável, o auge da crise ocorreu em dezembro de 2001, quando o presidente Fernando de la Rúa renunciou, em razão dos protestos generalizados. Em uma sucessão presidencial turbulenta, o parlamentar Adolfo Rodríguez Saá assumiu a presidência e declarou a imediata suspensão da dívida argentina. Rodríguez Saá ficaria apenas sete dias como presidente da República, mas a medida foi ratificada pelo sucessor Eduardo Duhalde que permaneceria no poder até princípios de 2003. Em doze dias, entre os dias 21 de dezembro de 2001, data da renúncia de de la Rúa e a posse de Duhalde no dia 1º de janeiro de 2002, a Argentina teve cinco presidentes.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> KÄMMERER, Jörn Axel. Argentine Debt Crisis. In: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International*

Ao longo da presidência de Néstor Kirchner (2003-2007), a Argentina conseguiu renegociar grande parte da dívida – cerca de 70% a 80% dos créditos foram renegociados, por meio do pagamento por parte do governo argentino de pouco mais de 50% sobre o valor de face dos títulos da dívida. Em 2005, o governo Kirchner declarou o encerramento total da reestruturação da dívida.

Atualmente, cerca de 93% dos títulos da dívida foram renegociados; são os 7% remanescentes que são objeto de litígios nas cortes nacionais. A maior parte dos credores que não aceitaram os termos de negociação dos títulos da dívida são credores de “segunda mão”, ou seja, fundos de capitais que compraram os títulos muito abaixo do preço de face e que passaram a exigir o pagamento integral acrescido de juros.

Esses fundos são conhecidos como “fundos abutres”. Definir juridicamente o que seja um “fundo abutre” (*vulture fund*) não é tarefa fácil, mas Kenneth H. Fukuda dá uma conceituação ao afirmar que:

*A vulture fund is a fund or investment company that purchases debt claims as a secondary lender. This means that vulture funds are not primary lenders, but rather are entities that have purchased the debt from some other source, such as a bank. Generally, these funds purchase debt involving highly distressed countries. The sellers of these debts usually are more than willing to rid themselves of these debts because many of these debts may soon come into default or face restructuring negotiations. Thus, the vulture funds purchase this debt as it is about to be written off.*<sup>4</sup>

A consolidação dos chamados “fundos abutres” na economia internacional decorreu do fortalecimento do processo de desregulamentação na década de noventa e de seu impacto sobre os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Houve, de fato, uma reconfiguração das relações entre credores e devedores no que tange às dívidas públicas, que, até então, eram predominantemente concebidas como parte do próprio Estado e, portanto, protegidas por sua soberania.

Por um lado, os tradicionais bancos credores evitavam investidas legais para a cobrança de suas dívidas, vislumbrando que, em médio prazo, isso poderia assegurar a estabilidade nas negociações entre os Estados

*Law*. Oxford University Press, 2008, online edition. Disponível em: <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>4</sup> FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <<http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

devedores e tais instituições. Além disso, diversos bancos centrais se valeram de seu poder regulatório para, tempestivamente, prevenir processos de formação de “fundos abutres”.<sup>5</sup>

Dessa forma, a primeira mudança significativa que conferiu espaço a tais fundos correspondeu ao deslocamento da titularidade da dívida pública dos países para instituições não financeiras. Em termos econômicos, isso se deveu, sobretudo à reestruturação da dívida dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, iniciada no início da década de oitenta.

Essa reconfiguração transformou a essência dos débitos de empréstimos sindicalizados em títulos da dívida pública. Em outras palavras, a dívida decorrente dos empréstimos tomados pelos países deixou de ser um empréstimo cujos riscos e dividendos eram compartilhados por diversos credores, representados por instituições financeiras, e se converteu em títulos, livremente negociáveis no mercado de capitais, descentralizando, portanto, a titularidade do crédito dela decorrente.

Na América Latina, a mudança foi desencadeada pela crise econômica que se debateu sobre a região a partir de 1982, atingindo seu ápice no final da década. Os empréstimos tomados por países da região, em uma análise sintética, decorreram de iniciativas, nas décadas de 1960 e 1970, voltadas para programas de infraestrutura a serem desenvolvidos para a industrialização, notadamente no Brasil, Argentina, México, Peru e Venezuela:

*La crisis de deuda latinoamericana se gestó durante los años 70 como consecuencia de tres factores económicos: un exceso de aborro en países exportadores (de petróleo en aquel entonces) que se canalizaba hacia países con elevado nivel de crecimiento en América Latina. Unos bajos tipos de interés reales (negativos durante algunos años) que empujaban a esos países Latinoamericanos a endeudarse fuertemente. Una expectativa de que Latinoamérica continuaría creciendo a ritmos elevados durante las siguientes décadas.*<sup>6</sup>

Dessa forma, entre 1970 e 1978, a média de cres-

cimento da dívida ativa latino-americana era de 24% anuais, triplicando até 1982. Considerando o lapso compreendido entre 1975 e 1982, pode-se afirmar que os débitos com bancos comerciais cresceram a uma taxa média de 20,4%, levando a América Latina a quadruplicar sua dívida externa de 75 bilhões de dólares em 1975 para mais de 315 bilhões em 1983, ou, em outros termos, aproximadamente cinquenta por cento do Produto Interno Bruto (PIB) da região.

O agravamento das condições ocorreu com o aumento dos juros decorrentes da renegociação das dívidas, principalmente após a crise que assolou os Estados Unidos – origem da maioria dos bancos credores – e Europa no início dos anos oitenta. De fato, as duas crises do petróleo ocorridas na década passada (1973 e 1979) provocou efeitos drásticos sobre economias exportadoras de *commodities*, considerando-se, sobretudo, que os montantes da dívida eram estipulados em dólares.

À oscilação dessa moeda (sobre a qual os Estados devedores não possuíam qualquer controle), atrelou-se o fato de que as economias exportadoras de petróleo, enriquecidas com a elevação dos preços entre 1973 e 1974, investiram seu capital em bancos internacionais, que os converteram em empréstimo aos governos latino-americanos. Com a elevação das taxas de juros, notadamente após a década de oitenta, a renegociação das dívidas dificultou-se progressivamente, uma vez que, acompanhada pela crise global, gerou um paulatino engessamento das condições para o pagamento dos débitos do continente, incluindo os juros.

Conquanto algumas tentativas tenham se processado no âmbito das organizações internacionais oficiais, sobretudo nos programas *stand by* implementados pelo Fundo Monetário Internacional em todo o continente americano, a austeridade de políticas fiscais e a concessão de empréstimos pela instituição não foram suficientes para reverter a situação crítica na qual se encontravam os países latinos.

Assim, as instituições envolvidas concluíram que a atenuação das dívidas, com o controle das taxas de juros, seria necessária para evitar moratórias e garantir um novo adimplemento por parte dos países devedores. Em contrapartida, seria necessário aumentar a segurança dos credores, e se entendeu que a melhor alternativa era conferir negociabilidade àquelas.

<sup>5</sup> FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <<http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>6</sup> KRANZ, Daniel Fernandez. *La crisis de deuda Latinoamericana de los 80 y la crisis de deuda europea actual: ¿Qué lecciones se pueden extraer?* Disponível em: <<http://economy.blogs.ie.edu/archives/2012/10/la-crisis-de-deuda-latinoamericana-de-los-80-y-la-crisis-de-deuda-europea-actual-que-lecciones-se-pueden-extraer.php>>. Acesso em: 30 abr. 2013.



Nesse âmbito, os Estados Unidos, em resposta à demanda de seus bancos e aos interesses econômicos na América Latina, projetaram, em março de 1989, o Plano Brady, buscando conter a desestruturação das dívidas externas:

*In the late 1980s, U.S. Treasury Secretary Nicholas Brady sponsored a concerted debt reduction program—the Brady Plan. Countries that agreed to a new stabilization program sponsored by the IMF would become eligible for voluntary reduction of international bank debt. The U.S. Treasury allowed banks to offset future tax liabilities with loan write-offs. Countries could then exchange existing loans for so-called Brady Bonds and negotiate the menu that best suited their needs—a reduction in the principal of the loan, a lower interest rate, or an extension of the average loan maturity.<sup>7</sup>*

O sistema criado por Nicholas Brady teve alguns resultados positivos, como, no caso do México – primeiro país a se submeter ao Plano em 1988 – a redução de 35 por cento na dívida bancária do setor público externo e a estabilização da taxa de câmbio, com a redução do risco-país.

No entanto, uma das medidas de maior relevância do Plano Brady consistiu na conversão dos empréstimos em títulos soberanos, de livre negociação. Como consequência, a transformação desses empréstimos bancários em títulos criou um verdadeiro mercado de negociação das dívidas soberanas, incorporando aos credores uma gama de investidores não banqueiros, com interesses divergentes.

Dessa forma, o crescimento de investidores distintos dos bancos gerou a concentração de grandes quantidades de títulos sob o poder de instituições não financeiras, dificultando ou mesmo eliminando o poder regulatório dos Estados e diminuindo a pressão até então existente dos bancos parceiros.

A combinação desses fatores teve como consequência a formação de fundos que concentravam grandes montantes da dívida pública em corporações internacionais. Tais credores, descompromissados com as perspectivas de manter negociações com os Estados devedores e isentos de pressões domésticas, ficavam livres para negar o refinanciamento e a flexibilização das condições de pagamento. Para isso, seria imprescindível a utilização de um mecanismo para garantir a liquidez dos títulos e o seu adimplemento. Nesse contexto, os Judiciários domésticos abriram precedentes para o enforcement judicial das dívidas.

<sup>7</sup> ORTIZ, Guillermo. What Can the Developed World Learn from the Latin American Debt and Mexican Peso Crisis? *Business Economics*, v. 47, p. 2–13, 2012.

O primeiro caso de grande notabilidade ocorreu quando a Elliott Associates, uma das grandes credoras do Peru, negando-se a renegociar os títulos da dívida pública peruana, recorreu à Corte de Apelação de Bruxelas para impedir o pagamento de outros credores e aos tribunais americanos para executar os títulos que adquirira, em meados da década de noventa, por 11.4 milhões de dólares, e que equivaliam a 20 milhões do débito público externo peruano. Com a recusa do país em pagar de plano a dívida existente, a Elliott Associates processou o país, obtendo uma condenação em seu favor de 55.7 milhões de dólares, incluindo juros e custas processuais.<sup>8</sup>

Embora não tenham sido adquiridos no âmbito do Plano Brady, os títulos executados pela Elliott Associates e o procedimento por ela utilizado é considerado como o precursor dos fundos abutres. Utilizando-se do reconhecimento da cláusula *pari passu*, típica dos contratos que geram endividamento externo por proibir que um Estado pague a um credor à custa de outro, a Elliott Associates obteve a pressão judicial da qual necessitava para que o país efetivasse os pagamentos a ela devidos.

Pode-se concluir, portanto, que além da conjuntura econômica que permitiu a criação e o estabelecimento desses fundos, as cortes jurisdicionais detiveram um papel de suma importância na legitimação da exigibilidade da dívida.

#### 4. A SUBMISSÃO DOS ESTADOS ÀS CORTES DOMÉSTICAS: RECONFIGURAÇÃO DOS CONTRATOS E DAS IMUNIDADES

Embora seja forte a doutrina que pugna pela internacionalização de contratos com o Estado, desde a decisão prolatada pela então Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) no caso dos empréstimos dos sérvios a brasileiros, o debate se enfraqueceu, tendo em vista que se entendeu pela incapacidade de um particular (empresa de capital estrangeiro, *in casu*) figurar como sujeito de direito internacional.

<sup>8</sup> Elliott Associates vs. Banco de la Nación, 194 F3d 363, 366-67 (2. cir. 1999). Court of Appeals of Brussels, 8<sup>th</sup> Chamber, Sept. 26, 2000. BOLTON, Patrick; SKEEL JÚNIOR., David. Redesigning the international lender of last resort. *Chicago Journal of International Law*, v. 6, n.1, p. 86, 2006.

Se, por um lado, os princípios clássicos da teoria geral dos contratos, tais como a autonomia da vontade e o do consenso entre as partes são mitigados pela existência de aspectos eminentemente subjetivos, como a defesa do interesse público e a autonomia legislativa detida por uma das partes (*ato de príncipe*), por outro, há uma fragilização dos Estados, característica da matéria de fundo de tais negócios jurídicos, normalmente concernente a investimentos estrangeiros ou desenvolvimento econômico que enfraquecem o argumento da soberania e do poderio do ente de direito público em relação à transnacional.

A partir desses aspectos, os juristas buscam a natureza dos contratos com o Estado, a fim de obter solução para o problema da lei aplicável a tais negócios jurídicos.

Conquanto a doutrina de Direito Internacional Público (DIP) dissinta quanto à existência do binômio direito interno-direito internacional, converge no sentido de conferir aos acordos internacionais a natureza de instituto de DIP, o que, na prática, determina sua equiparação às leis internas de alcance nacional, e ainda à necessidade de observância dos preceitos de DIP em sua integralidade em matéria de lei aplicável. Por seu turno, o Direito Internacional Privado abrange, de regra, a regulação dos contratos internacionais, ensejando, conseqüentemente, o domínio do direito doméstico nas questões de lei aplicável.

A *contrario sensu*, em matéria de contratos com o Estado, as teorias monistas dividem nacionalistas e internacionalistas, sendo aqueles os que buscam por um substrato no Direito Administrativo para inviabilizar a submissão do contrato ao direito internacional, em razão da existência de interesses coletivos a serem tutelados e da impossibilidade de se equiparar a empresa, particular, a um sujeito de DIP, conforme se explicitou. Partindo do mesmo substrato, os nacionalistas rechaçam a possibilidade de o Estado submeter-se tão somente a uma *lex contractus*, ignorando a legislação doméstica diretamente relacionada à tutela das aspirações coletivas.

Os monistas internacionalistas defendem, por seu turno, que a submissão do contrato a uma ordem jurídica internacional, que legitima a existência do próprio Estado, não implicaria a concessão de personalidade jurídica de direito internacional a um particular, mas assegurariam que o Estado fosse tratado como se particular fosse em razão de ele agir como ente privado. Por conseguinte, não se estaria equiparando um contrato a

um tratado, e seria assegurada, portanto, a conservação da imunidade de jurisdição ao país contratante. A teoria monista internacional estrutura-se, portanto, a partir da presunção de igualdade entre o Estado e o particular, quando partes de um mesmo negócio jurídico, bem como no caráter disponível dos bens envolvidos no pacto contratual.

Assim, os monistas do direito internacional dão pouca relevância à questão da lei aplicável, tendo em vista que a autonomia da vontade das partes, ainda quando reflete a opção pela legislação do Estado hospedeiro, está limitada por uma ordem jurídica de princípios de direito internacional, no contexto dos contratos com o Estado. Essa interpretação baseia-se essencialmente no fato de que, se os contratos possuem sempre uma dimensão internacional, esta prevalecerá sobre a lei doméstica nos mais diversos aspectos objetivos e subjetivos. A questão envolve o arbítrio dos contratantes que, ante a internacionalização compulsória das relações jurídicas com o Estado, possuem liberdade para pactuar se baseados nos axiomas gerais de boa-fé e do *pacta sunt servanda*.

A busca pela internacionalização ou desnacionalização dos contratos com o Estado, objetivando elidir a ingerência de tribunal nacional do país contratante ou de terceiro interessado frequentemente induz à busca pelo Direito Internacional Público como substrato de tais negociações, na medida em que se recorre a tribunais arbitrais ou cortes internacionais que utilizem seus preceitos. Ocorre, no entanto, que a ausência de *treaty making power* por parte das transnacionais marcou a dicotomia que persiste até então de que a não incidência das normas de DIP ensejariam obrigatoriamente a aplicação de um direito nacional ao contrato.

Robert Jennings sustentou a concepção de internacionalização dos contratos com o Estado a partir da teoria de Direito Internacional Privado, enfatizando que a conexão entre o contrato em si – como expressão de lei doméstica – e a ordem legal internacional pode se dar tanto subjetiva como objetivamente, a partir da ponte entre princípios de direito internacional e o direito aplicável ao contrato. Como exemplo, cita a possibilidade de o *pacta sunt servanda* ou a noção de direito adquirido invalidarem uma decisão dada com fulcro na lei doméstica:

*The relationship between international law and municipal law must be regarded as a monist system and no longer can be explained on the basis of a dualist theory that international*

*law and municipal law operate on different planes and never the twain shall meet.*<sup>9</sup>

Para o autor, independentemente de o contrato, em sua origem, estar regido, segundo a vontade das partes, pelo direito internacional ou doméstico, diante de uma lacuna no contrato deve ser aplicado aquele, de forma que a responsabilidade do Estado se equipará à do alienígena, podendo ser aplicado o sistema sancionador internacional; esclarece, posteriormente, que isso se dará apenas quando subsista elemento de negativa à justiça, expropriação ou ato que configure, perante o cenário internacional, passível de responsabilização do país.

Segundo o professor, é possível presumir, ainda, a intenção das partes em conferir dimensão internacional ao contrato a partir da previsão de cláusula de estabilização, de arbitragem ou de cláusula de escolha da lei, independentemente da lei aplicável originariamente à relação jurídica.

A maior crítica à concepção monista do contrato com o Estado consiste no elevado grau de subjetivismo em se identificar o objetivo de internacionalização por parte dos contratantes. Ademais, a aplicação absoluta do *pacta sunt servanda* ou dos direitos adquiridos no atual contexto dos contratos com o Estado é atualmente questionada, principalmente em face do princípio fundamental do direito internacional contemporâneo atinente à soberania permanente dos Estados em questões como recursos naturais. Dessarte, o tradicional e mais utilizado argumento dos monistas internacionalistas para defendê-la como a natureza dos contratos com o Estado, qual seja, que repousam no *pacta sunt servanda* e na teoria dos direitos adquiridos, é crescentemente questionado por parte da doutrina moderna, que vem concebendo essa construção como uma conveniência extralegal para a tutela dos direitos individuais:

*We are driven to the conclusion that the term 'vest right' [...] is one of convenience and not of definition. It cannot mean more than a property interest, the infringement of which would shock society's sense of justice. For the idea of a 'vested right' is less legal than political and sociological. The traditions, mores, and instincts of a community determine it.*<sup>10</sup>

Por outro lado, no escopo de tutelar a soberania estatal, instituiu-se a prerrogativa de ele apenas dever

se submeter ao Judiciário de sua própria estrutura de poder, na existência de uma lide a ser dirimida, e, nesse âmbito, constituiu-se o regime das imunidades de jurisdição da qual o Estado e algumas de suas autoridades se beneficia, em decorrência de sua soberania.

A questão neste ponto toca o tema da imunidade de jurisdição. A teoria da imunidade de jurisdição absoluta (*The King can do no wrong*), como visto no item anterior, passou a ser relativizada, mormente a partir da década de 1970, seja a partir da aprovação de atos internacionais com a Convenção Europeia sobre Imunidade do Estado (1972), seja a partir da adoção de leis nacionais com a *Foreign Sovereignty Act*, lei norte-americana de 1976, e a *State Immunity Act*, lei britânica de 1978.<sup>11</sup>

Nesse ponto, começou-se a estabelecer a distinção entre os “atos de império” (*jure imperii*) e os “atos de gestão” (*jure gestionis*), ou seja, em caso de atos de império, eles continuariam absolutamente imunes, já que o Estado estaria exercendo uma função pública; ao contrário, dos atos de gestão, em que o Estado atuaria como um ente privado e, portanto, sujeito à jurisdição do Estado onde praticou esses atos.<sup>12</sup>

Sendo a regra predominante nas legislações internas, a tendência por se relativizá-la no que tange aos atos de gestão (*jure gestionis*), esbarra nos casuísmos que envolvem a concepção do que seriam atos de atividade comercial de acordo com a ideia de governo que se adote e com a extensão conferida ao conceito de “natureza comercial” e de finalidade pública do ato administrativo.<sup>13</sup>

A fim de delimitar a discricionariedade da doutrina e jurisprudência em dispor da possibilidade de determinado Estado submeter-se a outras jurisdições, é que alguns tribunais nacionais, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, vêm ampliando o substrato que admite a imunidade relativa apenas no costume internacional, para, segundo Sturzenegger, seguir a tendência de consolidação do debate no âmbito normativo, seja em convenções internacionais, e.g., a Convenção Europeia sobre Imunidade dos Estados de 1972, seja nos ordenamentos jurídicos domésticos, como os Estados Unidos

<sup>11</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 130.

<sup>12</sup> SOARES, Guido. Imunidade de jurisdição: evolução e tendências. *Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 19, 2000. p. 15-16.

<sup>13</sup> DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Maria Carmen. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 395.

<sup>9</sup> Apud MANIRUZZAMAN, A. F. M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 309-328, 2001.

<sup>10</sup> Apud MANIRUZZAMAN, A. F. M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 309-328, 2001.



da América (*Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976), o Reino Unido (*State Immunity Act* de 1978), a Austrália (*Foreign Act* de 1985), Cingapura (*State Immunity Act* de 1979), a República da África do Sul (*Foreign States Immunities Act* de 1981) e o Paquistão (*State Immunity Act* de 1981). Consoante afirma o mesmo autor, a renúncia à imunidade deve estar autorizada na Constituição nacional, já que constitui abdicação de uma prerrogativa internacionalmente conferida.<sup>14</sup>

A presença e importância desses atos legislativos internos ao lado de instrumentos de direito internacional é uma das características marcantes do instituto da imunidade internacional. Como enfatiza Burkhard Hess, “[...] *it is the special feature of State immunity that it is at the point of intersection of international law and national procedural law*”<sup>15</sup>. No entanto, como agrega Hazel Fox, “[...] *this interaction complicates the law relating to State immunity and creates considerable tensions*”<sup>16</sup>.

Assim, o entendimento que tem prevalecido é o de que os limites à definição da soberania devem estar vinculados à legislação. Ocorre, todavia, que no âmbito dos Contratos com o Estado envolvendo a obtenção de empréstimos internacionais, os Legislativos e tribunais nacionais não acompanharam a transição do regime de titularidade e executabilidade das dívidas públicas externas, no que tange à rediscussão sobre a essência de tais negócios jurídicos.

A renegociação dos débitos públicos na década de noventa evidenciou o antes nebuloso caráter comercial dos contratos internacionais de empréstimo. Conferindo liquidez aos títulos por meio da circularidade, os agentes financeiros permitiram que os titulares da dívida dispusessem de forma mais livre dos créditos adquiridos, estabelecendo novas relações jurídicas a partir de sua circulação no mercado de capitais.

No âmbito dos contratos, essa reestruturação foi conferida principalmente pela inserção da cláusula *pari passu* quando da conversão dos títulos pelo Plano Brady e da aquisição por novos credores:

<sup>14</sup> STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de Bancos Centrais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 174, p. 18-43, jan./jun. 1988.

<sup>15</sup> HESS, Burkhard. The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property. *European Journal of International Law*, v. 4, p. 269-282, 1993.

<sup>16</sup> FOX, Hazel. *The Law of State Immunity*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 1.

*Pari passu clauses require that all creditors be treated equally. Accordingly, a prominent Brussels court has held that pari passu clauses forbid states from paying only the restructured portion without paying the vultures as well. Therefore, if there is not enough money to go around, all creditors receive a pro-rata share and debtors are not allowed to pay off one creditor in full while leaving others unpaid. Because these clauses contractually prohibit a state from paying off one creditor before other holdouts, these clauses can act as a “large hammer” in the hands of holdout creditors. This has the effect of either forcing states to appeal court decisions that stop the restructuring because of the pari passu clause, or pay up in a settlement agreement with the vulture fund so that debt restructuring can take place.*<sup>17</sup>

Assim, com a inclusão de um dispositivo contratual que vinculasse os Estados devedores a um determinado regime de solvência, os tribunais nacionais tinham substrato para eliminar quaisquer distinções e peculiaridades que porventura adviessem de o contrato envolver pessoa jurídica de direito público.

As instituições credoras passaram a buscar o reconhecimento do descumprimento da cláusula perante as cortes de Justiça das quais eram nacionais e, em um segundo momento, obtêm a homologação da dívida advinda do inadimplemento contratual em si.

Afastando a essência administrativa ou a concepção de que eventual apreciação da lide, por sua matéria, ofenderia a soberania do país envolvido, os titulares dos fundos abutres logram êxito em submeter as contendas a cortes liberais como as americanas, seja porque os contratos preveem cláusula de eleição de foro que as elejam, seja em razão de que muitos deles foram assinados em territórios estrangeiros, muitos deles, nos Estados Unidos.

E esse fato foi decisivo na decisão do juiz Thomas P. Griesa favorável aos fundos abutres, quando expôs que:

*2. It is DECLARED, ADJUDGED, and DECREED that the Republic is required under Paragraph 1(c) of the FAA at all times to rank its payment obligations pursuant to NML's Bonds at least equally with all the Republic's other present and future unsecured and unsubordinated External Indebtedness.*

*3. It is DECLARED, ADJUDGED, and DECREED that the Republic's payment obligations on the bonds include its payment obligations to bondholders who have brought actions to recover on their defaulted bonds, and on judgments entered pursuant to judicial action brought by bondholders. [...]*

<sup>17</sup> FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <<http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

5. It is DECLARED, ADJUDGED, and DECREED that the Republic lowered the rank of NML's bonds in violation of Paragraph 1(c) of the FAA when it made payments currently due under the Exchange Bonds, while persisting in its refusal to satisfy its payment obligations currently due under NML's Bonds.<sup>18</sup>

O parágrafo 1(c) do *Fiscal Agency Agreement* (FAA) é a cláusula *pari passu* mencionada acima e reconhecida sua aplicabilidade pelo juiz distrital norte americano. Nos termos deste parágrafo:

*The Securities will constitute . . . direct, unconditional, unsecured and unsubordinated obligations of the Republic and shall at all times rank pari passu and without any preference among themselves. The payment obligations of the Republic under the Securities shall at all times rank at least equally with all its other present and future unsecured and unsubordinated External Indebtedness (as defined in this Agreement).*

Em seguida, a fim de obter a exequibilidade das sentenças proferidas favoravelmente, os litigantes credores buscam jurisdições sobre as quais o país devedor possua bens, apresentando o julgado estrangeiro para homologação ou cumprimento. Um exemplo foi o caso argentino ora em análise, em que a Suprema Corte do Reino Unido, após longa controvérsia, reconheceu a sentença prolatada no caso *NML Capital Ltd. vs. Argentina*.

Essa posição é bem resumida no seguinte trecho da decisão da Suprema Corte britânica:

128. *The New York judgment was on any view a "related judgment." Argentina agreed that it could be enforced in any other courts "to the jurisdiction of which the Republic is or may be subject." This was the clearest possible waiver of immunity because Argentina was or might be subject to the jurisdiction of the English court since the English court had a discretion to exercise jurisdiction in an action on the New York judgment by virtue of CPR 6.20(9) (now CPR PD6B, para 3.1(10)).[...]*

130. *Again England is a jurisdiction in which an action "may ... be brought" to enforce the New York judgment and Argentina agreed not to claim any immunity in that jurisdiction. The contrary conclusion of the Court of Appeal is not readily explicable.*<sup>19</sup>

Embora tanto os Estados Unidos quanto a Inglaterra possuam atos de reconhecimento da soberania estatal, a lacuna deixada pela indeterminação do conceito de "transação comercial", tida como exceção a essa imuni-

dade, permitiu o processamento do caso argentino em ambas as cortes:

*In general terms, a foreign State is immune from proceedings before the English courts by virtue of section 1 of the State Immunity Act 1978 ("SLA").<sup>8</sup> However, there are a number of exceptions to this general rule and, in harmony with §1605(a)(2) of the United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976,<sup>9</sup> in the SLA, a State is subject to "proceedings relating to...a commercial transaction entered into by a State". For these purposes, "commercial transaction" includes "any loan or other transaction for the provision of finance". These provisions reflect the so-called restrictive doctrine of State immunity under which a foreign State is immune in respect of official or governmental acts, but can be sued in respect of trade, commercial or financial activities.<sup>20</sup>*

As implicações políticas ensejadas pelo fortalecimento dos fundos abutres têm, contudo, estimulado a tentativa de legislações restritivas à atividade. Primeiramente, os fundos impedem a renegociação dos débitos e a busca de soluções que não mitiguem a ingerência dos Estados sobre seus orçamentos. Além disso, em razão de as dívidas mais significativas serem oriundas de países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos, a execução compulsória dos montantes devidos agrava a sua situação econômica e aumenta a discrepância dessas economias em relação ao Sistema Multilateral de Comércio.

As tentativas possuem, entretanto, poucas concretizações. Até fevereiro de 2013, apenas o Reino Unido e a Ilha de Man tinham legislações combativas dos fundos abutres, legitimando investigações e obstando os litígios de companhias que se utilizam da compra de dívidas dos países para posteriormente executá-las judicialmente e impedir sua renegociação. Em razão das pressões internacionais, sobretudo após um caso paradigmático que envolveu a investidora americana GTL e a República Democrática do Congo, condenando o país ao pagamento de 100 milhões de dólares em dívidas, a Ilha de Jersey, em março de 2013, conferiu vigência a uma legislação no mesmo sentido.

Na verdade, a apreensão do navio argentino no porto de Tema é apenas mais uma tentativa desses fundos *hedge* sobre o patrimônio e os ativos da Argentina no exterior, certamente o de maior repercussão internacional.

No entanto, o sinal amarelo para o governo argentino já estava aceso pelo menos desde 2007, quando esses fundos tinham a informação de que o avião presidencial

<sup>18</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT. *NML Capital Ltd (Plaintiff) against Republic of Argentina (Defendant)*. Order December 7, 2011. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC\\_2010\\_0040\\_Judgmentv2.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0040_Judgmentv2.pdf)>. Acesso em: 11 maio. 2013.

<sup>19</sup> THE SUPREME COURT. *Judgment: NML Capital Limited (Appellant) v. Republic of Argentina (Respondent)*. Judgment given on 6 July 2011. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC\\_2010\\_0040\\_Judgmentv2.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2010_0040_Judgmentv2.pdf)>. Acesso em: 11 maio. 2013.

<sup>20</sup> PROCTOR, Charles. Argentina and the vulture funds: no hiding place? *Banking & Finance Law Review*, v. 27, n. 4, 2012. p. 737.

*Tango 01*, um Boeing 757/200, voaria para os Estados Unidos para uma revisão periódica de manutenção e treinamento de tripulação. Um grupo de portadores de títulos movia-se no sentido de ingressar com uma ação na justiça norte-americana, solicitando a apreensão da aeronave e do dinheiro que os pilotos trariam para o reabastecimento. O governo Kirchner foi, no entanto, alertado da tentativa e cancelou a viagem. Em seguida, contra-atacou obtendo que um juiz da Califórnia declarasse que o avião presidencial tinha imunidade de jurisdição.<sup>21</sup>

Nova tentativa deu-se quando a Argentina foi o país homenageado na Feira do Livro de Frankfurt de 2009. Com os rumores de que bens e ativos poderiam ser apreendidos, o governo registrou o estande do país sob uma empresa privada ao invés do próprio Estado, além disso, a exposição de arte sugerida pelos curadores alemães também foi cancelada por causa do temor de que as obras fossem apreendidas. Um ano depois, a viagem do *Tango 01* à Alemanha foi também cancelada pela mesma razão. Depois da controvérsia com a fragata *Libertad*, o governo da presidenta Fernandez de Kirchner decidiu que passará a alugar um avião britânico para evitar qualquer risco de apreensão da aeronave presidencial.<sup>22</sup> O assédio da NML Capital Ltd. seguirá e o governo argentino quer evitar novo embarço judicial.

## 5. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL DO MAR

Como visto, o governo argentino buscou em várias frentes, políticas e jurídicas, liberar a fragata *Libertad* retida no porto de Tema. Na esfera jurídica internacional, a Argentina optou pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), como meio de solução da controvérsia internacional, considerando que os dois países são signatários da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), assinada em 1982 e em vigor internacional desde 1994.

<sup>21</sup> FONTEVECCHIA, Agustino. *The real story of how a hedge fund detained a vessel in Ghana and even went for Argentina's "Air Force One"*. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/afontevetchia/2012/10/05/the-real-story-behind-the-argentine-vessel-in-ghana-and-how-hedge-funds-tried-to-seize-the-presidential-plane>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>22</sup> BBC. *Argentina alquila avión británico para evitar embargo de aeronave presidencial*. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas\\_noticias/2013/01/130107\\_ultnot\\_argentina\\_avion\\_rg.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/01/130107_ultnot_argentina_avion_rg.shtml)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

O TIDM, com sede na cidade hanseática de Hamburgo, em funcionamento desde 1996, é um órgão judiciário especializado criado para solucionar disputas referentes à interpretação e aplicação da CNUDM, além de emitir pareceres consultivos. O tribunal do mar é composto por 21 membros independentes, de reconhecida competência em matéria de direito mar, representando os principais sistemas jurídicos do mundo e obedecendo a uma distribuição geográfica equitativa. Em princípio, a jurisdição do tribunal pode incluir qualquer controvérsia relativa ao direito do mar. No entanto, sua jurisdição está sujeita a certos limites e exceções optativas, dispostas nos artigos 297 e 298 da CNUDM. Em dois casos, o TIDM tem jurisdição compulsória: na solicitação de medidas provisórias previstas no artigo 290 e na hipótese de pedido de pronta libertação das embarcações e das suas tripulações, conforme o artigo 292.<sup>23</sup>

A Parte XV da CNUDM dedica-se à solução pacífica das controvérsias. Essa parte divide-se em três seções, que criaram a moldura jurídica para a solução das disputas sob a CNUDM: a primeira seção traz as disposições gerais, a segunda versa sobre os procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias e a terceira trata dos limites e exceções à jurisdição dos órgãos específicos de resolução de disputas.

O fator mais interessante em termos de solução de controvérsias foi que a CNUDM trouxe um sistema compulsório que foi além de simplesmente prescrever os métodos de solução de controvérsias, como o artigo 33 da Carta das Nações Unidas. Terminou por estabelecer um sistema complexo amparado na Corte Internacional de Justiça (CIJ), mas também desenvolvendo novas instituições como o Tribunal Internacional do Direito do Mar, um tribunal arbitral nos termos do Anexo VII e um tribunal arbitral especial nos termos do Anexo VIII.<sup>24</sup>

O primeiro passo pela Argentina no TIDM foi dado em 30 de outubro ao notificar o governo de Gana do início dos procedimentos para a solução arbitral da controvérsia entre os dois países. A notificação, prevista no artigo 1º do Anexo VII da CNUDM, foi acompa-

<sup>23</sup> TUERK, Helmut. *The contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law*. In: HONG, Seoung-Yong; VAN DYKE, Jon M. *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 255.

<sup>24</sup> ROTHWELL, Donald. *The International Tribunal for the Law of the Sea and Marine Environmental Protection: Expanding the Horizons of International Oceans Governance*. *Ocean Yearbook*, v. 17, 2003. p. 26.



nhada de uma exposição da pretensão e dos motivos que a fundamentavam, além do pedido de liberação da embarcação dentro do prazo máximo de duas semanas previsto no artigo 290(5) da CNUDM.

Decorrido esse prazo, em 14 de novembro de 2012 e ainda pendente a constituição do tribunal arbitral nos termos do Anexo VII, a Argentina submeteu ao TIDM um pedido de medidas provisórias. Dessa maneira, uma das primeiras e centrais questões que deveriam ser enfrentadas era se nesse caso concreto o TIDM tinha jurisdição sobre a disputa. Nos termos do artigo 288(1) da CNUDM: “A corte ou tribunal a que se refere o artigo 287 [escolha do procedimento de solução da controvérsia] tem jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção que lhe seja submetida de conformidade com a presente parte”.

Para o governo argentino, a apreensão da fragata *Libertad* feria quatro artigos da CNUDM: 18(1)(b), 32, 87(1)(a) e 90.

Nos termos do artigo 18(1)(b), passagem inocente significa a navegação pelo mar territorial com o fim de “[...] dirigir-se para as águas interiores ou delas sair ou fazer escala num desses ancoradouros ou instalações portuárias”. Para a Argentina, a retenção da embarcação no porto feriria o direito de passagem inocente. O artigo 87 versa sobre as liberdades do alto mar; para o governo argentino, a retenção da fragata feriria uma dessas liberdades garantidas pelo artigo: a liberdade de navegação (parágrafo 1º, alínea *a*). Já o artigo 90 em sintonia com o anterior, dispõe que “[...] todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral, têm o direito de fazer navegar no alto mar navios que arvoem a sua bandeira”.

Já para o governo ganês, o artigo 18(1) da CNUDM define “passagem” como navegação nas águas territoriais sem penetrar nas águas interiores do Estado costeiro ou com o propósito de entrar ou sair das águas interiores e que, portanto, não se aplicaria ao caso, visto que “[...] a fragata não se encontra no mar territorial de Gana”. Ainda de acordo com a argumentação do país africano, tampouco se aplicariam os artigos 87 e 90 da CNUDM, já que ambos versam sobre a liberdade do alto mar e a navegação em alto mar, respectivamente. Nessa mesma linha, Gana arguiu que o artigo 32 da CNUDM refere-se a imunidades dos navios de guerra no mar territorial e não menciona essas imunidades quando nas águas interiores e que, por isso, o regime

dos portos e das águas interiores foi excluído da CNUDM, ou seja, o Estado costeiro gozaria de soberania plena nessas águas e que todo navio estrangeiro presente nas águas interiores está submetido aos poderes legislativo, administrativo, judicial e jurisdicional do Estado costeiro (§§53 a 56 da Ordem do TIDM.<sup>25</sup>)

A corte rejeitou três dos quatro argumentos suscitados pela Argentina, isto é, os artigos 18(1), 87(1)(a) e 90. No entanto, reconheceu a controvérsia em torno do artigo 32 da CNUDM.

Nos termos deste artigo:

#### **Artigo 32**

#### **Imunidades dos navios de guerra e de outros navios de Estado utilizados para fins não comerciais.**

Com as exceções previstas na subseção A e nos artigos 30 e 31, nenhuma disposição da presente Convenção afetará as imunidades dos navios de guerra e outros navios de Estado utilizados para fins não comerciais.

Dessa forma, o TIDM adotou o entendimento de que havia uma disputa sobre a interpretação e o alcance deste artigo, ao afirmar que:

*Considering that, in the light of the positions of the Parties, a difference of opinions exists between them as to the applicability of article 32 and thus the Tribunal is of the view that a dispute appears to exist between the Parties concerning the interpretation or application of the Convention (§65).*<sup>26</sup>

Mais recentemente, em 2 de dezembro de 2004, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou (Resolução A/59/38) a Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados Estrangeiros e seus Bens. Até o momento, a Convenção, que ainda não está em vigor internacionalmente, foi assinada por apenas 28 Estados, sendo que apenas 13 depositaram o instrumento de ratificação, precisando de outras 17 ratificações para sua entrada em vigor.<sup>27</sup> Mesmo que

<sup>25</sup> INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The “ARA Libertad” Case (Argentina vs. Ghana)*, Order. Disponível em: <[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.20/C20\\_Order\\_15\\_12\\_2012.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>26</sup> INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The “ARA Libertad” Case (Argentina vs. Ghana)*, Order. Disponível em: <[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.20/C20\\_Order\\_15\\_12\\_2012.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>27</sup> UNITED NATIONS. *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*. Disponível em: <[http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=III-](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-)

pendente essa condição, a Convenção de 2004 reflete um amplo processo de codificação do direito consuetudinário sobre a matéria. Os dois primeiros parágrafos do artigo 16 deixam clara a condição especial que tem os navios de guerra junto à jurisdição do Estado estrangeiro:

*Article 16*

*Ships owned or operated by a State*

1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State which owns or operates a ship cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to the operation of that ship if, at the time the cause of action arose, the ship was used for other than government non-commercial purposes.

2. Paragraph 1 does not apply to warships, or naval auxiliaries, nor does it apply to other vessels owned or operated by a State and used, for the time being, only on government non-commercial service.

Portanto, o TIDM reconheceu a controvérsia sobre a interpretação e aplicação do artigo 32 da CNUDM e dessa maneira sua capacidade jurisdicional sobre o caso. Assim, a corte internacional do mar passou a considerar a possibilidade de emitir medidas provisórias no âmbito do artigo 290 da CNUDM.

Nos termos do parágrafo 5º deste artigo, o TIDM pode decretar, modificar ou revogar medidas provisórias nos termos desse artigo, se considerar, *prima facie*, que o tribunal arbitral a ser constituído nos termos do Anexo VII teria jurisdição e que a urgência da situação assim o requer. Além disso, o parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal dispõe que o tribunal poderá decretar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas às circunstâncias, para preservar os respectivos direitos das partes na controvérsia ou impedir danos graves ao meio marinho até a decisão final (§§73 e 74 da Ordem do TIDM.<sup>28</sup>)

Outro ponto que os membros do TIDM tiveram que enfrentar referia-se à condição de navio de guerra da fragata *Libertad*. O artigo 29 da CNUDM define navios de guerra da seguinte forma:

Para efeitos da presente Convenção, “navio de guerra” significa qualquer navio pertencente às

forças armadas de um Estado, que ostente sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade, sob o comando de um oficial devidamente designado pelo Estado cujo nome figure na correspondente lista de oficiais ou seu equivalente e cuja tripulação esteja submetida às regras da disciplina militar.

É indiscutível que os navios militares representam uma das maiores expressões da soberania estatal e que os mesmos desfrutam de imunidade de soberania, inclusive dentro das águas interiores de outro Estado. Fato reconhecido pelo tribunal, mormente no §98 da Ordem, abaixo citado.

Sobre esse último aspecto, o *status* de navio militar ou comercial da fragata *Libertad*, vale mencionar também uma “batalha midiática” criada em torno da condição do navio. O fato ocorreu quando dois jornalistas ganeses noticiaram que a condição de navio militar da fragata era “palpable false and a grand scheme to outsmart the Ghanaian government”. Segundo os dois jornalistas, a Organização Marítima Internacional (IMO) – uma agência especializada das Nações Unidas – tinha registrado o navio sob o número IMO 6125398 como uma embarcação comercial, contrariamente ao afirmado pelas autoridades argentinas, e que, portanto, não gozava da alegada imunidade de jurisdição.<sup>29</sup> A notícia foi, no entanto, desmentida pela embaixadora argentina acreditada junto ao governo britânico e a IMO, segundo a qual, a organização internacional certificou que o *Libertad* é um navio militar e que nunca concedeu o referido número a esta ou a qualquer outra embarcação.<sup>30</sup>

A urgência do pedido argentino foi reconhecida pelo tribunal especialmente com base no incidente do dia 7 de novembro quando a Autoridade Portuária de Tema quis mover a fragata para outro ponto do porto, tentando mesmo ingressar à força no navio argentino.

Para o TIDM,

98. Considering that actions taken by the Ghanaian authorities that prevent the ARA Libertad, a warship belonging to the Argentine Navy, from discharging its mission and duties affect the immunity enjoyed by this warship under general international law;

13&chapter=3&lang=en>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>28</sup> INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The “ARA Libertad” Case (Argentina vs. Ghana), Order*. Disponível em: <[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.20/C20\\_Order\\_15\\_12\\_2012.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>29</sup> SMITH, Kojo; KWESI, Paa. *Exposed: Argentine Frigate Libertad is not a military vessel*. Disponível em: <<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/artikel.php?ID=257971>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>30</sup> TERRA. *La OMI confirmó que fragata Libertad es un buque militar e inembargable*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.ar/politica/la-omi-confirmando-que-fragata-libertad-es-un-buque-militar-e-inembargable,0d614d295624b310VgnCLD200000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

99. Considering that attempts by the Ghanaian authorities on 7 November 2012 to board the warship ARA Libertad and to move it by force to another berth without authorization by its Commander and the possibility that such actions may be repeated, demonstrate the gravity of the situation and underline the urgent need for measures pending the constitution of the Annex VII arbitral tribunal;

100. Considering that, under the circumstances of the present case, pursuant to article 290, paragraph 5, of the Convention, the urgency of the situation requires the prescription by the Tribunal of provisional measures that will ensure full compliance with the applicable rules of international law, thus preserving the respective rights of the Parties;

Desse modo, de maneira unânime – inclusive do juiz *ad hoc* indicado pelo governo de Gana Thomas A. Mensah – o TIDM emitiu as medidas provisórias previstas no artigo 290, parágrafo 5º, da CNUDM, no sentido de que a fragata fosse liberada de forma imediata e incondicional, bem como estabelecendo o reabastecimento para a partida.

A decisão do TIDM foi, obviamente, celebrada pelo governo argentino. Em nota oficial emitida pelo Ministério de Relaciones Exteriores y Culto:

*[L]a decisión del Tribunal del Mar de las Naciones Unidas es un respaldo absoluto al pueblo y al gobierno argentino en su defensa contra los ataques ilegales de los fondos buitre.*

*Seguimos sosteniendo, como dijimos desde un principio, que nuestra posición no representaba un conflicto con Ghana ni con su pueblo.*

*También en Ghana hay quienes defienden lo indefendible. Pero también dijimos, y lo reiteramos, que son los Estados quienes deben respetar el derecho y los tratados internacionales.*

*Sabiendo que América Latina y África son las principales víctimas de los fondos buitre trabajaremos junto a nuestros aliados africanos para defender a nuestros pueblos de las acciones deleznable de supuestos financistas que, desde sus guaridas fiscales, operan como verdaderos piratas del siglo XXI.<sup>31</sup>*

Do outro lado, o fundo NML Capital Limited, demonstrando indiferença ao julgado do órgão internacional, desqualificou a decisão do TIDM, afirmando que: “*Solamente los tribunales ghanianos tienen jurisdicción sobre esta disputa, y es ahí donde este tema ha sido y continuará siendo dirimido [...] Es completamente inapropiado que el TIDM intente interferir con los procesos del poder judicial en Ghana*”. Para o fundo, o governo argentino tem condições financeiras de honrar os títulos da dívida, mas simplesmente se recusa a fazer.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> ARGENTINA. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, *Información para la Prensa n. 408/12*, 15 de diciembre 2012. Disponível em: <<http://www.mrecic.gov.ar/es/la-fragata-libertad-ha-sido-liberada>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>32</sup> M24Digital. *Fragata Libertad: el fondo inversor NML descalificó la sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Dis-

## 6. CONCLUSÃO

A análise do caso argentino traz várias reflexões acerca da maneira como a reconfiguração das dívidas públicas tem se refletido diretamente em novos desafios do direito internacional.

Foi possível observar que a discussão sobre os limites da soberania estatal e do reconhecimento das prerrogativas de imunidade dos países, notadamente em questões envolvendo atos comerciais, permanece controversa.

Em razão disso, os Judiciários nacionais e as omissões legislativas vêm corroborando a flexibilização de garantias dos Estados quanto à submissão a tribunais estrangeiros e à execução de bens.

O recrudescimento dos chamados “fundos abutres” tem, nesse contexto, perpetuado a legitimação da redução das capacidades estatais, dificultando a renegociação das dívidas e mitigando o poder regulatório de economias menos desenvolvidas e em desenvolvimento.

Por outro lado, no caso concreto analisado, foi possível observar que a Argentina, tendo parte dos títulos de sua dívida pública sob o controle da NML Capital Ltd., sofreu as consequências do reconhecimento de que as operações de renegociação de suas dívidas se enquadravam na indeterminada exceção ao reconhecimento das soberanias estatais nos ordenamentos jurídicos dos Estados Unidos e do Reino Unido.

A interpretação no sentido de que a reconfiguração dos débitos públicos externos se trataria de operações comerciais permitiu não apenas a condenação da Argentina ao pagamento da totalidade de sua dívida não renegociada, juntamente com juros e custas processuais, mas também abriu um precedente quanto à própria executoriedade das sentenças condenatórias de obrigações de pagar, proferidas por cortes nacionais.

Nesse contexto, o caso fragata *Libertad* apresentou mais uma peculiaridade que, em médio prazo, pode representar uma alternativa à desregulação por parte das legislações domésticas. A intervenção do Tribunal Internacional do Mar refletiu a possibilidade de que organizações internacionais venham a suprir as lacunas dei-

ponível em: <<http://m24digital.com/2012/12/16/fragata-libertad-el-fondo-inversor-nml-descalifico-la-sentencia-del-tribunal-internacional-del-derecho-del-mar/>>. Acesso: 30 abr. 2013.



xadas pelas discrepâncias entre ordenamentos jurídicos nacionais distintos, bem como reduzir os efeitos que a política e a economia exercem sobre a flexibilização dos direitos de países menos desenvolvidos.

Dessa forma, trazendo esses pontos diversos à baila, o presente artigo buscou problematizar um desafio à política, à economia e ao direito internacional, que, embora surgido há mais de trinta anos, reconfigura-se e traz novas dimensões à soberania e ao direito ao desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, *Información para la Prensa n. 408/12*, 15 de diciembre 2012. Disponível em: <<http://www.mrecic.gov.ar/es/la-fragata-libertad-ha-sido-liberada>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- BBC. *Argentina alquila avión británico para evitar embargo de aeronave presidencial*. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas\\_noticias/2013/01/130107\\_ultnot\\_argentina\\_avion\\_rg.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2013/01/130107_ultnot_argentina_avion_rg.shtml)>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- BOLTON, Patrick; SKEEL JR., David. Redesigning the international lender of last resort. *Chicago Journal of International Law*, v. 6, n.1, p. 177-222, 2006.
- DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Maria Carmen. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FONTEVECCHIA, Agustino. *The real story of how a hedge fund detained a vessel in Ghana and even went for Argentina's "Air Force One"*. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/afontevetchia/2012/10/05/the-real-story-behind-the-argentine-vessel-in-ghana-and-how-hedge-funds-tried-to-seize-the-presidential-plane>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- FOX, Hazel. *The Law of State Immunity*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- FUKUDA, Kenneth H. *What is a vulture fund?* Disponível em: <<http://ebook.law.uiowa.edu/ebook/faqs/what-is-a-vulture-fund>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- HESS, Burkhard. The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property. *European Journal of International Law*, v. 4, p. 269-282, 1993.
- INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *The "ARA Libertad" Case (Argentina vs. Ghana)*, Order. Disponível em: <[http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.20/C20\\_Order\\_15\\_12\\_2012.pdf](http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15_12_2012.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- KÄMMERER, Jörn Axel. Argentine Debt Crisis. In: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition. Disponível em: <[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- KRANZ, Daniel Fernandez. *La crisis de deuda Latinoamericana de los 80 y la crisis de deuda europea actual: ¿Qué lecciones se pueden extraer?* Disponível em: <<http://economy.blogs.ie.edu/archives/2012/10/la-crisis-de-deuda-latinoamericana-de-los-80-y-la-crisis-de-deuda-europea-actual-que-lecciones-se-pueden-extraer.php>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MANIRUZZAMAN, A. F. M. State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies. *European Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 309-328, 2001.
- M24Digital. *Fragata Libertad: el fondo inversor NML descalificó la sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Disponível em: <<http://m24digital.com/2012/12/16/fragata-libertad-el-fondo-inversor-nml-descalifico-la-sentencia-del-tribunal-internacional-del-derecho-del-mar/>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- ORTIZ, Guillermo. What Can the Developed World Learn from the Latin American Debt and Mexican Peso Crisis? *Business Economics*, v. 47, p. 2-13, 2012.
- PROCTOR, Charles. Argentina and the vulture funds: no hiding place? *Banking & Finance Law Review*, v. 27, n. 4, p. 735-742, 2012.
- ROTHWELL, Donald. The International Tribunal for the Law of the Sea and Marine Environmental Protection: Expanding the Horizons of International Oceans Governance. *Ocean Yearbook*, v. 17, p. 26-55, 2003.
- SMITH, Kojo; KWESI, Paa. *Exposed: Argentine Frigate Libertad is not a military vessel*. Disponível em: <<http://www.ghanaweb.com/GhanaHomePage/NewsArchive/artikel.php?ID=257971>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. Imunidades de jurisdição e de execução dos Estados: proteção a bens de Bancos Centrais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 174, p. 18-43, jan./jun. 1988.

SOARES, Guido. *Imunidade de jurisdição: evolução e tendências*. *Cadernos do CEJ*, Brasília, v. 19, p. 10-17, 2000.

TERRA. *La OMI confirmó que fragata Libertad es un buque militar e inembargable*. Disponível em: < <http://noticias.terra.com.ar/politica/la-omi-confirmo-que-fragata-libertad-es-un-buque-militar-e-inembargable,0d614d295624b310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

TUERK, Helmut. The contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to International Law. In: HONG, Seoung-Yong; VAN DYKE, Jon M. *Maritime boundary disputes, settlement processes, and the law of the sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 253-275.

UNITED NATIONS. United Nations Convention on Jurisdictional *Immunities of States and Their Property*. Disponível em: <[http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en)>. Acesso em: 30 abr. 2013.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé**

**International investment: fair and equitable treatment standard and the role of good faith**

Fernando Santos Arenhart



# Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé

## International investment: fair and equitable treatment standard and the role of good faith\*

Fernando Santos Arenhart<sup>1</sup>

### RESUMO

A importância do investimento estrangeiro para a economia globalizada tem se refletido na multiplicidade de tratados que buscam protegê-lo através de determinados padrões de tratamento, dentre eles aquele denominado tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*). A importância deste trabalho está no fato de que, na tentativa de definir os contornos do padrão de tratamento justo e equitativo, tanto doutrina quanto jurisprudência acabam apenas tangenciando a ideia de boa-fé sem, todavia, estabelecerem claramente a relação entre ambos. O objetivo deste artigo é investigar mais a fundo esta relação, colocando-se a hipótese de que a boa-fé é uma característica do padrão de tratamento justo e equitativo, seja na forma de uma obrigação de proteger as expectativas básicas dos investidores criadas pelos tratados que regulam a matéria, seja como um princípio geral de direito internacional que direciona a interpretação e aplicação desse tipo de cláusula. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, partindo-se do estudo doutrinário para a análise de decisões arbitrais relevantes. A conclusão a que se chega é que a exigência de um tratamento justo e equitativo nada mais é que a confirmação da obrigação de agir de acordo com a boa-fé, ou evitar o abuso e a arbitrariedade.

**Palavras-chave:** Investimento estrangeiro. Resolução de disputas. Níveis padrão de tratamento. Tratamento justo e equitativo. Boa-fé.

### ABSTRACT

The importance of foreign investment for the global economy has been reflected in the multiplicity of treaties which seek to protect it through certain standards of treatment, including one called fair and equitable treatment. The importance of this work lies in the fact that, in an attempt to define the contours of the fair and equitable treatment standard, both doctrine and jurisprudence end just surfacing the idea of good faith, without, however, clearly establish the relationship between them. The aim of this paper is to further investigate this relationship, placing the hypothesis that good faith is a standard feature of fair and equitable treatment, whether in the form of an obligation to protect the basic expectations of investors created by the treaty, whether as a general principle of international law that directs the interpretation and application of the standard. The method used was

<sup>1</sup> Advogado, inscrito na OAB/RS sob o n.º 56.377. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS). Bolsista do CNPq. Email: fernandoarenhart@yahoo.com.br.

\* Recebido em 08/05/2013  
Aprovado em 13/05/2013

the hypothetical deductive, starting from the doctrinal study for the analysis of relevant arbitral decisions. The conclusion is that the requirement of a fair and equitable treatment is nothing more than a confirmation of the obligation to act in accordance with good faith, or prevent abuse and arbitrariness.

**Keywords:** International investment. Dispute resolution, Standards of treatment. Fair and equitable treatment. Good faith.

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme coloca Sornarajah, poucas áreas do direito internacional incitam tantas controvérsias quanto aquela relacionada ao investimento estrangeiro.<sup>2</sup> As razões para tal são diversas, mas não é errado afirmar que, no âmbito do direito internacional, o tamanho da polêmica geralmente é proporcional à importância econômica do assunto.<sup>3</sup> Este é certamente o caso da regulação do investimento estrangeiro.

Se até o fim da Segunda Guerra Mundial a questão do investimento estava majoritariamente restrita ao âmbito interno dos Estados, o fenômeno da globalização iniciado a partir de então<sup>4</sup> foi responsável por um aumento fantástico no fluxo de capitais entre os países. A reconstrução da Europa destruída, liderada pelos Estados Unidos da América, demandou um volume enorme de recursos e mostrou ao mundo os efeitos positivos do investimento estrangeiro.

Como resultado desse processo, os Estados têm percebido que a atração de investimentos para os seus territórios é um elemento decisivo para o crescimento

econômico,<sup>5</sup> especialmente aqueles que, por si só, não conseguem gerar atividade econômica suficiente para sustentar um crescimento constante das suas economias. Por outro lado, diversos países necessitam de tal influxo de capitais para o fechamento de seus balanços de pagamentos.<sup>6</sup>

Por tais razões, o fluxo de investimentos entre os Estados tem crescido constantemente, e não raro muitos países têm estimulado a sua atração. Segundo dados do Banco Central do Brasil, entre os anos de 2007 e 2009, o país recebeu, a título de investimento estrangeiro direto, aproximadamente US\$ 108 bilhões, o que corresponde a um ingresso anual médio de aproximadamente US\$ 36 bilhões. Entre os anos de 2001 e 2006, tal média anual foi de aproximadamente US\$ 19,5 bilhões e, em 1996, o ingresso de investimento estrangeiro direto foi de pouco menos de US\$ 9,5 bilhões.<sup>7</sup>

Em se tratando de um fluxo, o investimento estrangeiro migra de locais onde o capital é mais abundante para locais onde ele é demandado. Enquanto a demanda é determinada pela necessidade que os países têm do influxo de capitais, analisando o lado da oferta, os investidores tomarão sua decisão de investir com base, dentre outros fatores (sendo o ganho um dos mais relevantes), no ambiente existente no Estado destinatário: se ele for seguro e estável, a probabilidade de realização do investimento cresce consideravelmente.

Nessa relação entre oferta e demanda, fica evidente a importância de assegurar aos investidores um determinado padrão de tratamento com o propósito de garantir-lhes a segurança esperada para a realização do investimento. Ocorre que a medida dessa proteção pode variar drasticamente dependendo dos interesses que se colocam em jogo.

Considerando que países desenvolvidos são historicamente exportadores de capital, e que são os países em de-

<sup>2</sup> SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1.

<sup>3</sup> Inegável a importância do investimento para o crescimento econômico. Se o grau de correlação entre ambos ainda é objeto de alguma discussão entre os economistas, não há como conceber qualquer modelo de crescimento econômico satisfatório que negligencie o capital físico e humano. John Maynard Keynes, um dos maiores economistas de todos os tempos, atribuía ao investimento um efeito multiplicador sobre o produto, destacando ainda a importância da intervenção do Estado para a sua promoção.

<sup>4</sup> Convém ressaltar que, apesar do processo de globalização ter diversas etapas e origens que remontam ao período mercantilista do século XV, o movimento referido neste trabalho é aquele mais recente, que tem início no pós Segunda Guerra Mundial.

<sup>5</sup> BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 610, 2006.

<sup>6</sup> O resultado do balanço de pagamentos, de acordo com convenções contábeis deve ser sempre zero. Assim, problemas de déficit em conta corrente (composto por saldo comercial, saldo de serviços e transferências unilaterais) são contrabalanceados com superávits na conta capital (composta da entrada líquida de investimentos e créditos externos líquidos recebidos). Para maiores informações, ver SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe B. *Macroeconomia*. Trad. Sara R. Gedanke. São Paulo: Makron Books, 1998.

<sup>7</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Investimento estrangeiro direto*. Brasília, 2013.

envolvimento, em grande maioria, os que recebem esses investimentos, a questão da proteção acaba muitas vezes se transformando em um conflito de interesses: países desenvolvidos buscam a máxima proteção de seus investidores quando estes aplicam seus recursos em outros países; já os países receptores buscam garantir certo controle sobre tais investimentos, em prol de suas orientações políticas.<sup>8</sup>

Diego Lerner, ao buscar na doutrina os fatores que poderiam justificar essa dificuldade, destaca um deles:

[A] diferença de enfoque entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento no que tange aos investimentos internacionais, visto que, enquanto os países desenvolvidos costumam conceder substancial liberdade a seus cidadãos para a aplicação de recursos no exterior (e, portanto, necessitam garantir-lhes a maior segurança jurídica possível, inclusive no que tange aos seus investimentos de portfólio), os países em desenvolvimento buscam estabelecer uma distinção clara entre os investimentos estrangeiros que visam ao desenvolvimento do país receptor e aqueles investimentos meramente especulativos, que hodiernamente retornam ao seu país de origem no curto prazo.<sup>9</sup>

É nesse contexto que se estabelecem alguns padrões de tratamento do investimento estrangeiro, na tentativa de buscar garantir um equilíbrio entre os interesses envolvidos. O primeiro movimento em relação a tal regulação buscou garantir ao investimento estrangeiro um tratamento idêntico ao dispensado ao investidor residente no país.<sup>10</sup>

Todavia, como resultado do aumento do fluxo e da internacionalização dos capitais, e da complexidade desse conjunto normativo que regula a sociedade

internacional, houve a superação de certos padrões de tratamento. Segundo Marcela Bronfman, dois deles, denominados de “tratamento nacional” e “não discriminação”, têm se tornado insuficientes na tarefa de garantir a segurança exigida pelo investidor.<sup>11</sup>

É que o processo de globalização também foi responsável por uma significativa transformação no próprio direito. Segundo Marcelo Varella, o direito contemporâneo passa por um processo de transição, influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos dos Estados e do direito internacional, e que tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico.<sup>12</sup>

Nesse novo cenário do direito internacional, Varella cita cinco características principais:

- a) integração frequente entre os direitos nacionais, o direito de sistemas regionais de integração e o direito internacional;
- b) multiplicação de fontes normativas, além do Estado-nação;
- c) multiplicação de instâncias de solução de conflitos fora do Estado;
- d) inexistência de hierarquia formal entre as normas jurídicas ou entre as instâncias de solução de conflitos;
- e) acúmulo de lógicas distintas no direito nacional e internacional, cuja interação é impossível com os métodos tradicionais de solução de conflitos de normas ou de jurisdição.

É possível afirmar que o padrão de tratamento justo e equitativo, cláusula que tem sido adotada em inúmeros tratados que versam sobre o tratamento do investimento estrangeiro, representa de algum modo este novo cenário do direito internacional. A multiplicidade de fontes normativas e de instâncias de solução de conflitos, e a inexistência de uma hierarquia formal entre elas tem resultado em uma dificuldade na definição do verdadeiro sentido do *standard of fair and equitable treatment*.

Assim, o problema central quando se trata do padrão de tratamento justo e equitativo é a sua vagueza, eis que, apesar de muitos acordos conterem a cláusula do *fair and equitable treatment*, nenhum deles define precisamente o seu conteúdo. Schill resume bem a questão:

<sup>8</sup> Tal conflito de interesses é abordado utilizando-se a expressão “dicotomia Norte-Sul”, em uma referência clara ao embate entre países desenvolvidos (Norte) e países em desenvolvimento (Sul). Tal dicotomia, histórica, parece estar perdendo força, à medida que cresce o investimento em países desenvolvidos oriundos de países em desenvolvimento. Para maiores detalhes sobre o tema, vale conferir LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

<sup>9</sup> LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 14.

<sup>10</sup> No caso do Brasil, o art. 2.º da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, ilustra bem o denominado “tratamento nacional” dispensado ao investimento estrangeiro: “Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei”.

<sup>11</sup> BRONFMAN, Marcela Klein. *Fair and equitable treatment: an evolving standard*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 611, 2006.

<sup>12</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.



*Fair and equitable treatment does not have a consolidated and conventional core meaning as such nor is there a definition of the standard that can be applied easily. So far it is only settled that fair and equitable treatment constitutes a standard that is independent from national legal order and is not limited to restricting bad faith conduct of host States. Apart from this very minimal concept, however, its exact normative content is contested, hardly substantiated by State practice, and impossible to narrow down by traditional means of interpretative syllogism.*<sup>13</sup>

Na tentativa de definir os contornos do padrão de tratamento justo e equitativo, tanto doutrina quanto jurisprudência acabam tangenciando a ideia de boa-fé, sem, todavia estabelecerem claramente a relação entre ambos. O presente artigo vai tratar justamente dessa relação entre tratamento justo e equitativo e boa-fé. A hipótese que se coloca é que a boa-fé é uma característica do *fair and equitable treatment*, seja na forma de uma obrigação de proteger as expectativas básicas dos investidores criadas pelos tratados que regulam a matéria, seja como um princípio geral do direito internacional que direciona a interpretação e aplicação desse tipo de cláusula.

Na primeira parte deste artigo, será abordada a importância dos níveis padrão de tratamento na regulação do investimento estrangeiro, e a relação deles com as fontes do direito internacional. Buscar-se-á, em especial, entender o padrão de tratamento justo e equitativo e toda a problemática que envolve a sua utilização. Na segunda parte, a investigação se debruçará sobre o princípio da boa-fé e sua relação com o direito internacional e a regulação do investimento estrangeiro. Além de abordar a ligação entre a boa-fé e o *standard* do tratamento justo e equitativo, serão analisadas algumas decisões arbitrais importantes para o entendimento dessa relação.

## 2. O FAIR AND EQUITABLE TREATMENT NO DIREITO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

<sup>13</sup> Em uma tradução livre, seria algo como: “Tratamento justo e equitativo não tem um significado consolidado e convencional, assim como não há uma definição do padrão que pode ser facilmente aplicado. Até agora somente se concorda que o tratamento justo e equitativo constitui um padrão que é independente da ordem jurídica nacional e não se limita a restringir a conduta de má-fé dos Estados hospedeiros. À parte desse conceito mínimo, entretanto, o seu exato conteúdo normativo é contestado, dificilmente fundado pela prática do Estado, e impossível de ser restringido pelos meios tradicionais de silogismo interpretativo” (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 3).

O direito internacional pode ser entendido como o conjunto de regras e princípios que regula a sociedade internacional. Além dos tratados (fonte convencional do direito internacional), outras fontes não convencionais se tornaram fundamentais para a compreensão da realidade do direito internacional, tais como os costumes, os princípios gerais do direito internacional, os atos unilaterais, os precedentes judiciais e a equidade.

Com relação ao investimento estrangeiro, apesar de diversas fontes convencionais tratarem do tema, é frequente a utilização de expressões que remetem a fontes não convencionais. Este é o caso dos chamados “níveis padrão de tratamento”: embora previstos nos tratados internacionais, a identificação do seu conteúdo não é possível sem levar em conta os costumes e os princípios gerais do direito internacional. Especialmente com relação ao padrão de tratamento objeto deste trabalho, a própria expressão exige o exame da equidade no âmbito do direito internacional.

O ponto de partida dos níveis padrão de tratamento do investimento estrangeiro é um breve exame de algumas das fontes do direito internacional, que servirá de fundamento para o estabelecimento da relação entre o *standard* do *fair and equitable treatment* e o papel da boa-fé no direito internacional.

### 2.1 Fontes do direito internacional, equidade e os níveis padrão de tratamento do investimento estrangeiro

Quando se trata das fontes do direito, está-se fatalmente buscando verificar de onde ele surge. Se no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais a questão da origem do direito não demanda maiores discussões, no âmbito do direito internacional, a discussão é intensa, em razão das características peculiares desse sistema.

A despeito de alguma controvérsia, as fontes do direito internacional estão elencadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ):<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Apesar do alcance relativo (eis que afeta apenas os Estados-partes), o art. 38 do Estatuto da CIJ é uma boa referência das fontes do direito internacional, eis que foi ratificado por grande parte dos Estados do mundo (193 atualmente). Conforme Accioly, Silva e Cassella: “Teve e tem papel sistematizador, para determinar o que sejam as fontes do direito internacional, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Como toda a classificação, pode esta ensejar críticas. Ao lado das fontes enumeradas pelo Estatuto da CIJ, também serão considerados os atos emanados das organizações in-

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as *convenções internacionais*, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o *costume internacional*, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os *princípios gerais de direito* reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as *decisões judiciais* e a *doutrina* dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.<sup>15</sup> (GRIFO NOSSO).

A fonte principal, por definição, é o tratado internacional. Quando tratamos da regulação do investimento estrangeiro, os níveis padrão de tratamento normalmente estão consubstanciados em cláusulas convencionais componentes de tratados bilaterais de investimento (*Bilateral Investments Treaties* – BITs).

Quanto aos costumes e aos princípios gerais de direito, há sempre a dificuldade de sua delimitação/identificação. Com relação ao costume, a Corte Internacional de Justiça teve oportunidade de exprimir seu entendimento a respeito no caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*, em 1969,

[...] ao afirmar ser a base deste [costume] a prática reiterada, acompanhada da convicção quanto a ser obrigatória essa prática, em razão da existência de norma jurídica, em que “os estados devem ter consciência de se conformarem ao que equivale uma obrigação jurídica.”<sup>16</sup>

Machado Villela (apud Amorim) comenta: “[O costume internacional] É o acordo tácito dos Estados no sentido de aceitar uma norma obrigatória reguladora da sua conduta nas suas relações mútuas”. Amorim com-

---

ternacionais e os atos unilaterais dos estados como fontes do direito internacional. O art. 38 tem sido objeto de inúmeras críticas [...], mas sem dúvida, [...] esse texto exerceu influência considerável no direito positivo e sobre o desenvolvimento do direito internacional” (ACCIOLO, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122-123).

<sup>15</sup> Redação de acordo com o Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945, que promulgou a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

<sup>16</sup> ACCIOLO, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

plementa afirmando que “[...] é a aceitação por parte de vários Estados, ou dois, ou mais Estados, da prática de um uso repisado não previsto nos tratados e aceita pelas partes interessadas sem qualquer discrepância”.<sup>17</sup>

Os padrões de tratamento, mesmo previstos em tratados internacionais, ao constituírem práticas reiteradas de proteção ao investimento estrangeiro, cuja observação se torna um dever de um determinado número de países, têm o potencial de se transformar em verdadeiros costumes internacionais.

Em relação aos princípios gerais do direito internacional, Varela afirma se tratarem de regras amplamente aceitas pela sociedade internacional, consolidadas por costumes internacionais. Tal consolidação, afirma o autor, “[...] pode ocorrer da repetição em tratados ou no uso em razões de julgamento comumente aplicadas nos tribunais nacionais e internacionais”.<sup>18</sup>

Segundo Din, Dailier e Pellet, só podem ser transpostos para a ordem jurídica internacional os princípios comuns aos diferentes sistemas jurídicos nacionais, sendo necessário e suficiente para tanto que um princípio interno se verifique na maior parte dos sistemas jurídicos compatíveis com as características fundamentais da ordem internacional.<sup>19</sup> Accioly, Silva e Casella lembram que, para o Comitê de Juristas que elaborou o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, “[...] os princípios gerais do direito seriam aqueles aceitos pelos Estados *in foro domestico*”.<sup>20</sup>

Os padrões de tratamento, como será abordado adiante, visam garantir certo nível de proteção ao investimento estrangeiro dentro do Estado receptor. Para tanto, buscam eliminar a discriminação do investimento em razão de sua origem, vedando condutas arbitrárias e abusivas e garantindo um tratamento justo. Tais regras de vedação (ou de imposição de certos comportamentos) podem constituir princípios de direito, que, se observados na maior parte dos sistemas jurídicos, podem constituir um princípio geral de direito internacional.

---

<sup>17</sup> AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

<sup>18</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.

<sup>19</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 358-359.

<sup>20</sup> ACCIOLO, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 150.

Já a equidade (*ex aequo et bono*), conceito abstrato, é um dos mais controvertidos no direito internacional.<sup>21</sup> Trata-se de meio supletivo que visa ao preenchimento de lacunas do direito positivo, tendo forte ligação com os conceitos de justiça e ética, e que não pode ser negligenciado dado o seu conteúdo valorativo.<sup>22</sup> Segundo Varella, a equidade não é propriamente uma fonte de direito, mas uma técnica de interpretação judicial.<sup>23</sup>

Segundo Dinh, Daillier e Pellet, a equidade seria uma “qualidade do direito” que impregna todas as normas do direito internacional, impondo-se na interpretação delas. Tal ponto de vista foi corroborado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Plataforma Continental do Mar do Norte*: “Qualquer que seja o raciocínio jurídico do juiz, as suas decisões devem por definição ser justas, portanto, neste sentido, equitativas”.<sup>24</sup> Os referidos autores fazem uma interessante afirmação acerca da remissão do direito convencional para a equidade: “Não fazendo da equidade o motor da resolução de conflitos, os Estados preferem fazer dela um guia para a aplicação do direito”.<sup>25</sup>

Superado o exame das fontes, cumpre destacar os principais padrões de tratamento do investimento estrangeiro: cláusulas de tratamento nacional (*national treatment*), de nação mais favorecida (*most-favoured nation*), de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) e de proteção e segurança plenas (*full protection and security*).<sup>26</sup>

O padrão de tratamento nacional, como o próprio nome sugere, é a obrigação do Estado receptor do investimento de conceder aos investidores estrangeiros um tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos seus nacionais. Trata-se de uma regra que

pretende gerar um ambiente de igualdade de oportunidades entre os investidores domésticos e estrangeiros. Lerner lembra manifestação da UNCTAD sobre o tema, em que afirma que esse padrão de tratamento garante ao investidor estrangeiro o mesmo tratamento dispensado aos nacionais no que diz respeito às regras de propriedade e ao controle de empresas no país receptor, ao acesso às cortes nacionais e também a linhas de crédito, em especial àquelas disponibilizadas por agências governamentais.<sup>27</sup>

Cumpre ressaltar que, para evitar uma interpretação que os impeça de conferir qualquer tipo de benefício aos seus nacionais (eis que seriam estendidos aos estrangeiros), alguns países passaram a estabelecer que o tratamento nacional somente será conferido caso a legislação interna do país não preveja de modo diverso, permitindo que legislem em favor do investimento doméstico sem violar o BIT que prevê o *standard*.

O *standard* do tratamento nacional tem o objetivo claro de evitar a discriminação em razão do local de origem do investimento, todavia não o protege contra medidas tomadas pelo Estado receptor e direcionadas a todo e a qualquer investimento realizado em seu território. Por tal razão, trata-se de uma proteção relativa, motivo pelo qual outras medidas de proteção passaram a ser inseridas nos BITs.

Esse é o caso da regra de tratamento de nação mais favorecida, que estipula que ao investimento estrangeiro será dado o tratamento mais favorável que eventualmente venha a ser conferido aos nacionais de um terceiro país ao investirem no mesmo Estado receptor.<sup>28</sup> O objetivo de tal padrão de tratamento é evitar que algum país não tome medidas que causem algum tipo de discriminação entre os países com os quais mantém acordos de investimento.

Todavia, Celso Lafer adverte que a adesão incondicional à regra do tratamento da nação mais favorecida

<sup>21</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166-167.

<sup>22</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 168,170.

<sup>23</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

<sup>24</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 364.

<sup>25</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 363.

<sup>26</sup> LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 52.

<sup>27</sup> LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 53.

<sup>28</sup> “To provide MFN treatment under investment agreements is generally understood to mean that an investor from a party to an agreement, or its investment, would be treated by the other party ‘no less favourably’ with respect to a given subject-matter than an investor from any third country, or its investment” (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Most-favoured-nation treatment in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 2, p. 2, sep. 2004).



só convém realmente a economias suficientemente desenvolvidas para enfrentarem e sustentarem a competição internacional, pois exclui a possibilidade de um país estabelecer diferentes políticas para a proteção e para a promoção de investimentos oriundos de nações com as quais tenha uma maior cooperação econômica.<sup>29</sup>

Por fim, o *standard* da proteção e da segurança plenas é a garantia dada pelo Estado receptor do investimento de que terá todos os cuidados razoáveis para protegê-lo contra danos que possam ser causados por entes públicos ou privados. Todavia, seu conteúdo muitas vezes se confunde com o *standard* do tratamento justo e equitativo, conforme pode ser observado na leitura do Art. 1 (a) do *Draft Convention on the protection of foreign property*, elaborado pela OCDE em 1967:

*Each party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of other Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. The fact that certain nationals of any State are accorded treatment most favourable than that provided by this Convention shall not be regarded as discriminatory against nationals of a Party by reason only of the fact that such treatment is not accorded to the latter.*

## 2.2 O *standard* do tratamento justo e equitativo

Embora a maioria dos acordos visando à proteção do investimento estrangeiro exija que investimentos e investidores por eles tratados recebam um tratamento justo e equitativo, não há um acordo geral sobre o verdadeiro significado desse princípio.

A primeira aparição desse tipo de cláusula no contexto internacional ocorreu no artigo 11 da Carta de Havana para a criação da OIC, de 1948<sup>30</sup>:

2. A Organização pode, em colaboração com outras organizações intergovernamentais, tanto quanto for apropriado:

(a) fazer recomendações e promover acordos bilaterais ou multilaterais em medidas destinadas.

(i) *a assegurar o tratamento justo e equitativo para os empreendimentos, habilidades, capital, artes e tecnologia trazidas de um país-membro para outro.*

<sup>29</sup> LAFER, Celso. O GATT, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 55, 1971.

<sup>30</sup> Tratava a cláusula de mera recomendação, sem qualquer força vinculante, o que foi agravado pelo fato de que alguns grandes países desenvolvidos não ratificaram a Carta de Havana.

Posteriormente, o Acordo Econômico de Bogotá (1948) e o Projeto de Convenção sobre Investimentos no Exterior proposto por Abs e Shawcross (1959) também contemplaram a cláusula do tratamento justo e equitativo.

Em 1967, a OCDE adotou a *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, cujo art. 1 (a) assim dispunha: “[...] cada parte deve a todo momento assegurar um tratamento justo e equitativo à propriedade dos nacionais das demais partes”. Embora nunca aberta para assinaturas, a convenção da OCDE representava a visão coletiva da época e exerceu grande influência nas discussões sobre investimento estrangeiro. A importância desse documento é que foi usado pela maioria dos Países-membros da organização como a base para suas negociações de acordos de investimento internacional.<sup>31</sup>

No contexto multilateral, o *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, de 1986, em seu art. 48, dizia que as empresas transnacionais deveriam receber tratamento justo e equitativo (e não discriminatório) das legislações, das regulações e das práticas administrativas dos países em que elas operassem. Em 1985 a *Convention establishing Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)* especificou em seu art. 12 (d) que a agência deveria certificar-se que o tratamento justo e equitativo e a proteção legal do investimento existissem nos países hospedeiros interessados. Em 1992, o *World Bank Guidelines of Foreign Direct Investment* estipulou, em seu art. III (2) que “[...] cada Estado estenderá aos investimentos estabelecidos no seu território por nacionais de qualquer outro Estado o tratamento justo e equitativo de acordo com os padrões recomendados nas diretrizes”.

Em 1994, tal norma aparece em diversos tratados multilaterais no âmbito do MERCOSUL, COMESA

<sup>31</sup> O Projeto de Convenção da OCDE exerceu grande influência na formação dos acordos bilaterais de investimento (BITs). Recentemente, mesmo países que tradicionalmente se colocaram a favor do controle nacional sobre os investimentos estrangeiros (e que eram favoráveis ao uso da regra do “tratamento nacional”) acabaram incorporando em seus tratados a cláusula do tratamento justo e equitativo. Nessa posição se colocam inclusive os países latino americanos, que eram seguidores da chamada “Doutrina Calvo”. De acordo com essa doutrina, os países eram relutantes em aderir a tratados que poderiam resultar em transferência da jurisdição sobre disputas relativas à propriedade de estrangeiros no país das cortes domésticas para as cortes internacionais (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 5, sep. 2004.).

E NAFTA. Neste último, o art. 1105 (1) assim dispunha: “Cada parte concederá aos investimentos de investidores da outra parte um tratamento de acordo com o direito internacional, incluindo o tratamento justo e equitativo e a integral proteção e segurança”. Em 1998 o *Draft OECD Multilateral Agreement on Investment*, em seu preâmbulo, indicou que regimes de investimento justos, transparentes e previsíveis complementam e beneficiam o sistema de comércio mundial. Já no artigo referente ao tratamento geral dos investimentos ficou estipulado que:

Cada parte contratante deve conceder tratamento justo e equitativo e integral e constante proteção e segurança aos investimentos estrangeiros em seus territórios. Em nenhum caso deve uma parte contratante conceder tratamento menos favorável do que aquele requerido pelo direito internacional.

Para a UNCTAD, o padrão de tratamento justo e equitativo é um elemento chave nos acordos internacionais de investimento (ou *International Investment Agreements* – IIAs), a ponto de ter emergido como o fundamento mais invocado pelos investidores e de maior sucesso nas disputas sobre IIAs. Ocorre que, enquanto alguns acordos simplesmente afirmam que os investimentos devem receber tratamento justo e equitativo, outros qualificam tal afirmação mencionando as fontes dessa obrigação, seja o direito internacional, os costumes internacionais ou o padrão mínimo de tratamento dos estrangeiros decorrente do direito internacional consuetudinário. Na prática, a dificuldade se dá em verificar quais tipos de ações administrativas e governamentais efetivamente quebram o padrão de tratamento justo e equitativo a ponto de merecer uma compensação por parte do Estado ao investidor.<sup>32</sup> Para Muchlinski:

O conceito de tratamento justo e equitativo não é precisamente definido. Ele oferece o ponto de partida geral na formulação do argumento de que o investidor estrangeiro não tem sido bem tratado por razões de discriminação ou outra medida injusta tomada contra seus interesses. Isto é, portanto, um conceito que depende da interpretação de fatos específicos para o seu conteúdo. No máximo, pode ser dito que o conceito denota o princípio da não-discriminação e proporcionalidade no tratamento dos investidores estrangeiros.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 1-2.

<sup>33</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United

Juillard sugere que a inclusão do padrão *fair and equitable* nos acordos sobre investimento promove um elemento básico auxiliar para a interpretação de outras provisões no acordo e para o preenchimento de lacunas no tratado. No seu entendimento, trata-se de um conceito impreciso<sup>34</sup> que deve ser progressivamente desenvolvido por meio do trabalho nos tribunais arbitrais.<sup>35</sup>

Sobre essa dificuldade de definir tal padrão de tratamento, interessante a manifestação da UNCTAD:

Tratamento justo e equitativo não tem um significado consolidado e convencionado, assim como não há uma definição do padrão que pode ser facilmente aplicado. Até agora somente se concorda que o tratamento justo e equitativo constitui um padrão que é independente da ordem jurídica nacional e não se limita a restringir a conduta de má-fé dos Estados hospedeiros. À parte desse conceito mínimo, entretanto, o seu exato conteúdo normativo é contestado, dificilmente fundado pela prática do Estado, e impossível de ser restringido pelos meios tradicionais de silogismo interpretativo.<sup>36</sup>

Mostra-se evidente a principal problemática envolvendo as cláusulas que exigem a dispensa de um tratamento justo e equitativo, qual seja, a dificuldade de definir o alcance e os limites de tal padrão.

No âmbito dos tribunais arbitrais competentes para apreciar a questão da aplicação das cláusulas FET, duas interpretações se destacam: a) o *fair and equitable treatment* seria uma cláusula ligada a um padrão mínimo de tratamento a ser dispensado pelo direito internacional; b) o *fair and equitable treatment* teria uma existência autônoma, cujo sentido é buscado na própria expressão.

Nations, 2012. p. 25.

<sup>34</sup> Existe a opinião de que a vagueza da expressão é intencional, dando assim aos árbitros a possibilidade de articular a gama de princípios necessários para o alcance do propósito do tratado em uma disputa particular. Todavia, isso pode ser um problema. Muitos governos se preocupam com tal vagueza, com o argumento de que quanto menos orientação é fornecida para os árbitros, maior a discricionariedade e mais próximo o processo se assemelha a decisões *ex aequo et bono*, isto é, baseadas nas noções de justiça e equidade dos árbitros (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 2-3).

<sup>35</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 25-26.

<sup>36</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*: UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 3.

Historicamente, o tratamento justo e equitativo surge como um padrão mínimo de tratamento a ser dispensado ao investimento estrangeiro. De acordo com essa visão, a interpretação e aplicação do *fair and equitable treatment* será mais restritiva, e apenas condutas caracterizadas como “chocantes” ou “escandalosas” seriam violadoras da cláusula FET (*high liability threshold*).<sup>37</sup>

Robinson, escrevendo da perspectiva dos países em desenvolvimento, afirma que o tratamento justo e equitativo é um clássico exemplo chamado “padrão internacional mínimo” exigido pelos países desenvolvidos para o tratamento do investimento estrangeiro.<sup>38</sup> De acordo com um estudo da UNCTAD, identificar o tratamento justo e equitativo com padrões mínimos internacionais significa ignorar o debate sobre a questão no âmbito do direito internacional. Isso porque, enquanto a ideia do padrão mínimo internacional tem forte suporte entre os países desenvolvidos, certo número de países em desenvolvimento tem tradicionalmente mantido reservas com relação a tal padrão ser parte do direito costumeiro internacional.<sup>39</sup>

Por outro lado, a visão de que o tratamento justo e equitativo teria uma existência autônoma permite uma interpretação e aplicação ampliada do padrão, de modo a incluir não só as condutas graves no rol daquelas violadoras da cláusula FET<sup>40</sup>. Tal interpretação extensiva evidentemente favorece os interesses dos investidores, pois consiste em uma maior proteção em face das condutas do Estado hospedeiro.

Juillard afirma que “justo e equitativo” é um princípio, e que este princípio é um princípio geral do direito internacional e que existe independentemente do suporte convencional que o expresse.<sup>41</sup> Para Mann, a expres-

são “*fair and equitable*” não é equivalente a um padrão mínimo de tratamento (*minimum standard*), pois seu sentido é mais amplo. Um tribunal não deve estar preocupado com um padrão mínimo, máximo ou médio, mas deve decidir se, de acordo com as circunstâncias, a conduta em questão é justa e equitativa ou injusta e iníqua. Para Dolzer e Stevens, o fato de que as partes dos BITs têm considerado necessário estipular tal padrão como uma obrigação expressa em vez de fazer referência ao direito internacional e por tal razão invocar um relativamente vago conceito tal qual o padrão mínimo é provavelmente a evidência de um padrão autossuficiente<sup>42</sup>.

Nas discussões acerca da interpretação do padrão de tratamento justo e equitativo, os tribunais arbitrais foram muito além da discussão sobre a relação entre tal padrão e o padrão mínimo definido pelo direito costumeiro internacional, identificando cinco elementos englobados neste padrão: a) obrigação de vigilância e proteção;<sup>43</sup> b) observância do devido processo, incluindo a não-negação de justiça e vedação à arbitrariedade<sup>44</sup>; c) transparência;<sup>45</sup> d) boa-fé;<sup>46</sup> e) elementos autônomos de justiça.<sup>47 48</sup>

AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 19, sep. 2004.

<sup>42</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 24, sep. 2004.

<sup>43</sup> Para garantir um tratamento justo e equitativo, o Estado hospedeiro deve tomar todas as medidas necessárias para garantir o pleno gozo de proteção e de segurança dos investimentos. A pergunta a fazer é se o Estado tomou as medidas devidas para proteger o investimento.

<sup>44</sup> A negativa de justiça engloba transgressões procedimentais (procedimentos impróprios) e substantivas (decisões injustas) das cortes. Em um sentido amplo, abrange todo o campo da responsabilidade do Estado, incluindo executivo, legislativo e judiciário; em um sentido estrito, está limitada à recusa de um Estado em garantir ao estrangeiro o acesso a suas cortes; em um sentido intermediário, refere-se à administração imprópria da justiça civil e criminal em relação a um estrangeiro.

<sup>45</sup> A exigência de transparência se relaciona com a ideia de que todos os requerimentos legais relevantes para o propósito de investir devem ser capazes de ser conhecidos e entendidos por todos os investidores.

<sup>46</sup> O tratamento justo e equitativo é aquele que respeita o princípio da boa-fé, sendo ele uma combinação dos seguintes elementos: respeito às expectativas básicas dos investidores, transparência e ausência de arbitrariedade.

<sup>47</sup> Entende-se o padrão de tratamento justo e equitativo como um elemento autônomo do direito internacional, e por tal razão seria inclusive prescindível a posituação de tal tratamento nos tratados para que ele fosse aplicável.

<sup>48</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in

<sup>37</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. xiv.

<sup>38</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 20, sep. 2004.

<sup>39</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 25, sep. 2004.

<sup>40</sup> “[A]rbitral tribunals applying unqualified FET clauses have not limited themselves to the most serious breaches and have found violations of the FET standard where they considered the State’s conduct in question to be simply unfair towards the claimant” (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 13).

<sup>41</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION



Já a UNCTAD apresenta cinco conceitos ditos relevantes no contexto do *fair and equitable treatment*: a) proibição de manifesta arbitrariedade; b) proibição da negativa de justiça e desrespeito aos princípios fundamentais do devido processo legal; c) proibição de discriminação de qualquer tipo; d) proibição de tratamento abusivo dos investidores; e) proteção das legítimas expectativas dos investidores em relação a condutas do Estado.<sup>49</sup>

Não é necessário ir mais a fundo na prática arbitral para compreender que o exame de quais condutas que violam a cláusula do tratamento justo e equitativo passa por uma análise da caracterização ou não da boa-fé.

### 3. A BOA-FÉ COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO FAIR AND EQUITABLE TREATMENT

O breve exame que se fez sobre o *standard* do tratamento justo e equitativo já indica a natureza de sua relação com o instituto da boa-fé no âmbito do direito internacional. A hipótese colocada – de que a boa-fé é elemento integrante do *fair and equitable treatment* – confirma-se especialmente quando se passa da análise teórica para uma revisão sobre a resolução das disputas envolvendo a questão do investimento estrangeiro.

Embora a boa-fé seja na essência um conceito subjetivo com estreitas ligações com valores tais como honestidade, lealdade, fidelidade, e represente ideais de justiça, é a sua dimensão objetiva que revela a sua importância dentro do processo de interpretação/aplicação das cláusulas convencionais que exigem a utilização de um padrão de tratamento justo e equitativo ao investimento.

Partindo da definição da boa-fé e do seu espaço dentro do direito internacional, será possível, por meio da análise de algumas decisões arbitrais sobre disputas em que se questiona a observância da cláusula FET, demonstrar que não existe tratamento justo e equitativo (independente de seu conteúdo específico) se a conduta do país hospedeiro não se pautar por uma objetiva boa-fé.

#### 3.1 A boa-fé no direito internacional

international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 26, sep. 2004.

<sup>49</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York: United Nations, 2012. p. 16.

Conforme coloca De Plácido e Silva:

Sempre se teve boa-fé no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, consequentemente protegida pelos preceitos legais.<sup>50</sup>

O referido autor faz ainda a distinção entre a boa-fé objetiva e subjetiva:

Entre os princípios basilares do Código Civil de 2002 está o da boa-fé objetiva, como decorre do disposto em seu art. 187, indicando que se deve perquirir se o exercício dos direitos se faz com a boa-fé, que decorre do que objetivamente é demonstrado pelo agente, predominando sobre a boa-fé subjetiva, que é o estado de consciência do mesmo. Assim, o juiz deve perquirir, em cada caso, se a ação ou omissão do agente resultou de boa-fé pelo que objetivamente foi demonstrado.<sup>51</sup>

Ana Prata, autora portuguesa, explica da seguinte forma as duas acepções do termo:

Fundamentalmente, o termo usa-se em duas acepções. A boa fé é, em primeiro lugar, a consideração razoável e equilibrada dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e execução dos negócios jurídicos. Neste sentido, a boa fé é um conceito indeterminado (ou uma cláusula geral de direito privado), cabendo ao julgador o seu preenchimento casuístico, de acordo com as circunstâncias do caso e as convicções historicamente dominantes em cada momento na sociedade. [...].

Mas a boa fé pode também ser a convicção errónea e não culposa da existência de um facto ou de um direito ou da validade de um negócio, a ignorância desculpável dos fundamentos de invalidade ou de um vício de um negócio [...].

A doutrina refere-se à boa fé objectiva (ou boa fé em sentido ético) para significar o primeiro dos sentidos anunciados, isto é, a boa fé como regra de conduta, designando por boa fé subjectiva (ou boa fé em sentido psicológico) a convicção em que se encontra o sujeito de que o seu comportamento é conforme o direito.<sup>52</sup>

Já o Black's Law Dictionary, situado no âmbito da *common law* norte-americana, assim se refere ao verbete *good faith*:

<sup>50</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120.

<sup>51</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120.

<sup>52</sup> PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1. p. 214.

*The phrase 'good faith' is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party; it excludes a variety of types of conduct characterized as involving 'bad faith' because they violate community standards of decency, fairness or reasonableness. The appropriate remedy for a breach of the duty of good faith also varies with the circumstances. Restatement (Second) of Contracts § 205 cmt. a (1979).<sup>53</sup>*

Não obstante o sistema jurídico (*common law* ou *civil law*), a boa-fé, em seu aspecto objetivo, tem um sentido comum quando considerada no âmbito do direito contratual, que pode ser resumido em um dever de conduta a ser observado, de modo a evitar o oportunismo e garantir a cooperação entre as partes.

Anthony D'Amato, autor da área de direito internacional, afirma que o princípio da boa-fé exige das partes de uma transação que negociem honestamente e de modo justo entre si, que representem seus motivos e propósitos de forma honesta, e que se abstenham de obter vantagens injustas que possam resultar de uma interpretação literal e não desejada do acordo entre ambos. Segundo o autor, essas referências ao contexto e finalidade demonstram que a substância do princípio da boa-fé é a vedação de interpretações indesejadas e literais de palavras que possam resultar na obtenção de vantagem indevida de uma parte sobre a outra. Por fim, D'Amato relaciona o princípio da boa-fé com o desempenho geral das obrigações de um Estado perante o direito internacional, mencionando uma resolução da Assembleia Geral da ONU de 1970 intitulada "Declaração relativa aos princípios do direito internacional referentes às relações amistosas e à cooperação entre os Estados", na qual consta que todos os Estados devem submeter-se de boa-fé às obrigações que são suas em razão dos princípios reconhecidos do direito internacional.<sup>54</sup>

Embora nem todos os princípios jurídicos possam ser considerados princípios gerais de direito internacional, qualquer exemplificação desses certamente conterà, dentre outros, o princípio da boa-fé. O reconhecimento de um princípio geral do direito internacional é um

processo, e não um ato.<sup>55</sup> Nesse sentido, é forçoso dizer que, tanto a presença nos tratados como a sua utilização pelas cortes internacionais garantiram à boa-fé o status de princípio geral do direito internacional. Segundo Varella, a boa-fé é um daqueles princípios gerais do direito internacional comum a todos os ambientes jurídicos.<sup>56</sup>

O autor destaca ainda, dentre as regras básicas de interpretação dos tratados internacionais, que a observância do seu texto deve ser acompanhada de uma interpretação "[...] de forma a chegar a um resultado que represente a vontade dos Estados em cumpri-lo de boa-fé".<sup>57</sup> Nas palavras do autor:

O exercício da boa-fé depende de um *juízo de razoabilidade*. Considera-se razoável o direito decorrente de um tratado ou costume ou outra fonte de direito internacional, quando seu exercício é apropriado e necessário para se atingir a satisfação dos interesses que o direito pretende proteger. Deve ser ao mesmo tempo justo e equitativo para todas as partes e não pode ser interpretado de forma a garantir a uma das partes apenas uma vantagem injusta em relação às obrigações assumidas. O exercício não razoável de um direito deve ser considerado como incompatível ao princípio da boa-fé e, portanto, como uma violação ao tratado que gera do direito.<sup>58</sup>

Dinh, Daillier e Pellet, ao abordarem os princípios gerais de direito consagrados pela jurisprudência internacional, destacam a boa-fé como princípio relacionado ao conceito geral de direito.<sup>59</sup> Christina Voigt afirma ser a boa-fé um princípio fundamental, daqueles que fornecem os fundamentos para o sistema legal internacional.<sup>60</sup> Cita como exemplo o caso *Nuclear Test*, no qual a Corte Internacional de Justiça assim se manifestou:

*One basic principle governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential.<sup>61</sup>*

<sup>53</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155-156.

<sup>54</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

<sup>55</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

<sup>56</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

<sup>57</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 359.

<sup>58</sup> VOIGT, Christina. The role of general principles in international law and their relationship to treaty law. *Retfard: Nordic Journal of Law and Justice*, [S.l.], v. 31, n. 121, p. 12, 2008.

<sup>59</sup> ICJ Reports, 1974. p. 253.

<sup>53</sup> GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 8. ed. St. Paul, MN: West Thomson, 2004.

<sup>54</sup> D'AMATO, Anthony. Good faith. In: BERNHARDT, Rudolf; MACALISTER-SMITH, Peter (Ed.). *Encyclopedia of public international law*. Amsterdam: North Holland, 1992. v. 2. p. 599-600.

Ao abordarem o lugar dos princípios gerais no direito internacional, Dinj, Daillier e Pellet afirmam se tratar de uma “fonte ‘transitória’ e ‘recessiva’ do direito internacional” e que “[...] a sua repetida aplicação transforma-os em normas consuetudinárias”. Concluem alegando que os princípios não desaparecem, mas são mascarados por normas costumeiras tendo o mesmo conteúdo<sup>62</sup>. Destarte, além de constituir inegável princípio geral do direito internacional, a observância da boa-fé pode também ser considerada uma norma costumeira.

Se, como já referido, a equidade é uma qualidade do direito, cuja interpretação deve levar a um resultado justo, não há como negar também uma íntima ligação entre equidade e boa-fé. Se a equidade é um fim do direito, a boa-fé certamente constitui um dos meios para o seu atingimento<sup>63</sup>.

Maniruzzaman resume de forma brilhante a questão envolvendo a boa-fé e os padrões de tratamento do investimento estrangeiro:

*In international investment law, substantive standards of treatment (investment treaty provisions) such as fair and equitable treatment, full protection and security,*

*protection of legitimate expectation, transparency, non-discrimination, national treatment and most favoured national treatment, are considered fundamentally based on good faith, or manifestations or corollaries of good faith, but their content depends on the specific contexts in which they are applied. Here comes the crunch point when one asks: even if a state literally complies with the foregoing standards in respective cases, will it be always considered to have acted in good faith in its relationship to the other contracting party? Inversely, if a state acts in good faith to*

*comply with its non-investment international treaty obligations relating to human rights, the environment or climate change that may interfere with investors' rights,*

*will it be implicated in bad faith vis-à-vis the foreign investors? It is difficult to give any straightforward answers to these questions. The answers, however, may be found specifically in the contexts in which the notion of good faith is to be examined. In investment arbitration jurisprudence such a contextual extrapolation seems to be increasingly endorsed rather than the simple meaning attributed to a standard of treatment [...].<sup>64</sup>*

<sup>62</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 360-361.

<sup>63</sup> Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça entendeu que “[...] as partes têm a obrigação mútua de encetar negociações de boa-fé para chegarem à solução equitativa das suas divergências relativos aos direitos de pesca respectivos” (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003. p. 365).

<sup>64</sup> MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in

Destarte, Maniruzzaman defende que os padrões de tratamento do investimento estrangeiro, para refletirem uma cooperação de boa-fé, precisam ser ponderados com diversos outros valores no caso concreto, tais como a proteção do meio ambiente, a proteção e promoção dos direitos humanos, o interesse público do Estado hospedeiro e a garantia de seu desenvolvimento econômico.<sup>65</sup>

### 3.2 A boa-fé na resolução de disputas sobre investimento estrangeiro

A íntima ligação entre o padrão de tratamento justo e equitativo e a boa-fé foi explorada nas seções precedentes: comportamentos que não observem o princípio da boa-fé implicam em uma violação à cláusula FET. Resta a necessidade de examinar alguns casos em que tal lógica foi aplicada.

#### 3.2.1 Tecmed S.A. vs. The United Mexican States

Neste caso, a empresa Tecmed havia realizado um investimento em terrenos, edifícios e outros bens de um aterro controlado de resíduos industriais perigosos. A demanda tinha como fundamento a recusa do INE (Instituto Nacional de Ecologia do México) em renovar a licença de operação do aterro, e a posterior exigência de seu fechamento.

A Tecmed alegou que a recusa constituía em uma expropriação do investimento e uma violação a vários artigos do BIT assinados entre Espanha e México, além da violação da própria lei mexicana. Tal conduta teria causado enormes prejuízos à empresa, seja em razão dos lucros cessantes, seja em razão da impossibilidade de recuperar o custo de aquisição do aterro e todo o investimento necessário para a sua operacionalização.

O fundamento jurídico da demanda era que a não renovação da licença violaria o padrão de tratamento justo e equitativo garantido pelo art. 4 (1) do BIT: “Each contracting party will guarantee in its territory, fair and equitable treatment, according to international law, for the investments made by investors of other contracting parties”.<sup>66</sup>

international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, n. 89, p. 17-18, spring, 2012.

<sup>65</sup> MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, issue 89, p. 17-18, spring, 2012.

<sup>66</sup> BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an



A decisão proferida pelo tribunal foi que o padrão de tratamento justo e equitativo é uma expressão do princípio da boa-fé que está presente no direito internacional. Ação do INE frustrou expectativas legítimas da empresa, sendo que o instituto também não deu informações claras de modo a permitir à empresa a busca de uma maneira de manter a permissão ou orientar suas ações. O tratamento dispensado ao investimento deve ser consistente, livre de ambiguidade e transparente.<sup>67</sup>

### 3.2.2 MTD Equity and MTD Chile vs. Republic of Chile

Neste caso, a empresa MTD Equity, da Malásia, assinou um contrato com o Comitê de Investimentos Estrangeiros do Chile. A ideia por trás do investimento era o desenvolvimento de uma comunidade planejada nos subúrbios de Santiago, conforme um modelo existente na Malásia. Para tanto, a MTD Equity criou uma empresa no Chile, denominada MTD Chile S.A. Após a MTD aportar vários milhões de dólares, o processo

evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Heidelberg, v. 10, p. 637-638, 2006.

<sup>67</sup> The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor [...] The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any pre-existing decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as presenting insufficiencies that would be recognized '...by any reasonable and impartial man,' or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because: '...(it) shocks, or at least surprises a sense of juridical propriety (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers of International Investment*, [Paris], n. 3, p. 38-39, sep. 2004).

de investimento foi interrompido, devido à sua rejeição pelo Departamento de Habitação e Urbanismo chileno, que alegou um conflito com a política urbana de desenvolvimento existente. Apesar de solicitado pela empresa, as autoridades chilenas se recusaram a alterar o local de realização do projeto.

Ao ingressar com a causa, a MTD trouxe diversos argumentos, dentre eles o de quebra das previsões de tratamento justo e equitativo contidas no BIT firmado entre Malásia e Chile, ao criar e encorajar fortes expectativas de que o projeto objeto do investimento seria implementado em uma determinada localização (confirmada por meio de contrato), o que não veio a se concretizar por desaprovação do local.

Ao decidir, o Tribunal alegou que o padrão de tratamento justo e equitativo deve ser entendido de modo a efetivamente promover o investimento, e que seus termos, de conotação proativa (promover, criar, estimular), não combinavam com uma conduta apenas passiva do Estado. Reportando-se ao caso Tecmed, o Tribunal decidiu que o Chile violou o padrão de tratamento justo e equitativo ao criar e encorajar fortes expectativas que, depois, restaram frustradas. Como no caso Tecmed, houve comportamento ambíguo por parte do governo chileno, que não agiu de forma transparente e consistente.

O Tribunal também aceitou o argumento da MTD de violação da cláusula de nação mais favorável existente no art. 3 (1) do BIT existente entre os países,<sup>68</sup> cujos paradigmas foram BITs assinados pelo Chile com Croácia e Dinamarca.

### 3.2.3 Sempra Energy v. Argentina

Vandavelde, ao citar o caso envolvendo um tratado entre Estados Unidos e Argentina, aponta o entendimento do Tribunal, que se refere ao princípio da boa-fé como o farol que irá orientar o entendimento e a interpretação do tratamento justo e equitativo. Nesse caso, a Argentina havia se recusado a honrar os termos de um acordo de concessão assinado com o investidor. Nova-

<sup>68</sup> Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favorable than that accorded to investments made by investors of any third State (BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 639-640, 2006).

mente a base da decisão foi a quebra das expectativas básicas do investidor.<sup>69</sup>

### 3.2.4 Siemens v. Argentina

Nesse caso, a Argentina havia assinado um contrato com a Siemens para que a empresa contratada lhe prestasse serviços de tecnologia da informação. A natureza dos serviços exigia que o país firmasse acordo com as suas províncias. A impossibilidade de promover tais acordos em razão da estrutura do Estado foi a alegação para a suspensão do contrato. Ao apreciar a questão, o Tribunal entendeu que a falta de boa-fé da Argentina violou a doutrina do tratamento justo e equitativo: se o governo assina um contrato no qual uma das provisões críticas é a conclusão de acordos com as suas províncias, não pode este governo argumentar, *a posteriori*, que a estrutura do Estado impede a execução do contrato.<sup>70</sup>

## 4. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi abordar o padrão de tratamento justo e equitativo do investimento estrangeiro e a sua relação com o princípio da boa-fé. Primeiro houve um breve exame dos níveis padrão de tratamento e a relação deles com as fontes do direito internacional. Em seguida, buscou-se entender o padrão de tratamento justo e equitativo e os principais problemas que envolvem a sua aplicação. A partir do exame do papel da boa-fé no direito internacional, pôde-se estabelecer a ligação entre este princípio e o *standard* do tratamento justo e equitativo.

Conforme referido, a importância do investimento estrangeiro e a necessidade de sua regulação para garantir um grau mínimo de segurança jurídica redundou na proliferação de acordos de investimentos que preveem a adoção de um padrão de tratamento justo e equitativo.

Tal padrão de tratamento protege os investidores contra certas condutas arbitrárias, discriminatórias ou abusivas dos Estados hospedeiros, e, por tal razão,

tornou-se um elemento importante da regulação do investimento estrangeiro. Dada a grande variedade de acordos sobre investimentos que adota especificamente a cláusula do tratamento justo e equitativo, pode-se afirmar que a utilização de tal padrão não oferece qualquer resistência no direito internacional. Todavia, é um quase consenso que a formulação vaga e ampla da obrigação de tratamento justo e equitativo carrega um risco de excesso na sua aplicação. Nesse sentido, a controvérsia acerca do verdadeiro significado de tal regra de conduta, além de ampla, expõe a polaridade entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

Destarte, mais do que definir se o padrão de tratamento justo e equitativo se identifica com um padrão mínimo de tratamento do direito internacional, ou se sua existência é autônoma, o grande desafio é quais condutas que violam e quais não violam tal padrão. Não há como negar a importância da doutrina para a análise da matéria, entretanto é nos tribunais que os limites do *fair and equitable treatment* são estabelecidos.

Com relação à boa-fé, Maniruzzaman afirma que, em um alto nível de abstração, pode até haver certo entendimento de que este é um princípio moral reflexo de valores tais como honestidade, boa consciência, justiça, equidade, razoabilidade. Todavia, seu emprego causa uma grande divergência de opiniões, principalmente em razão de certa incerteza sobre a natureza do conceito, que gera uma imprevisibilidade no resultado de sua aplicação.<sup>71</sup>

A dificuldade de estipular uma definição clara do conteúdo da boa-fé é um problema do direito internacional como um todo e atinge particularmente disputas envolvendo investimentos. Colocando a questão da aplicação em um contexto particular da relação entre as partes de um contrato, Maniruzzaman afirma a este respeito que a boa-fé é um conceito estrutural baseado na cooperação como base filosófica.<sup>72</sup>

Tais apontamentos evidenciam uma grande similaridade entre o *standard* do *fair and equitable treatment* e o princípio da boa-fé: ambos ensejam uma dificuldade muito grande na definição de seu conteúdo; ambos po-

<sup>69</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 99, 2010.

<sup>70</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 99-100, 2010.

<sup>71</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 16, 2010.

<sup>72</sup> MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, issue 89, p. 16, spring 2012..

dem se confundir com variadas fontes do direito internacional (tratados, costumes, princípios gerais de direito); ambos demandam a utilização de critérios objetivos para identificar condutas violadoras de seus preceitos.

A par de tais semelhanças, é possível afirmar que, explícito em alguns casos e implícito em outros, a violação do padrão de tratamento justo e equitativo se confunde com a violação do princípio da boa-fé. Se a boa-fé não combina com condutas arbitrárias, oportunistas, desonestas e que desrespeitem expectativas legitimamente formuladas, então sua observância certamente é caminho para a justiça e para a equidade.

Portanto, fica demonstrado que a boa-fé é elemento constitutivo do padrão de tratamento justo e equitativo aplicado ao investimento estrangeiro, seja como um dever de conduta a ser observado pelo Estado hospedeiro, seja como um princípio geral do direito internacional que auxilia na interpretação da cláusula FET. Conforme afirma Mann, a exigência de um tratamento justo e equitativo nada mais é que a confirmação da obrigação de agir de acordo com a boa-fé, ou evitar o abuso e a arbitrariedade.<sup>73</sup>

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Investimento estrangeiro direto*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.bc.gov.br/?INVED>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

BRONFMAN, Marcela Klein. Fair and equitable treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Heidelberg, v. 10, p. 609-680, 2006.

CHENG, Tai-Heng, et al. Is the fair and equitable treatment standard fair and equitable? In: INTERNATIONAL LAW WEEKEND, 2006, New York. *Anais eletrônicos...* New York: Association of the Bar of the City of New York, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1259941>>. Acesso em: 25 out. 2012.

<sup>73</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, p. 24, sep. 2004.

D'AMATO, Anthony. Good faith. In: BERNHARDT, Rudolf; In: MACALISTER-SMITH, Peter (Ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: North Holland, 1992. v. 2. p. 599-601.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

DUMBERRY, Patrick. The quest to define "fair and equitable treatment" for investors under international law: the case of the NAFTA chapter 11 Pope & Talbot awards. *Journal of World Investment*, Geneva, v. 3, n. 4, p. 657-691, aug. 2002.

FLÜCKIGER, Alexandre. Why do we obey soft law? In: NAHRATH, Stéphane; VARONE, Frédéric (Ed.). *Rediscovering public law and public administration in comparative policy analysis: a tribute to Peter Knoepfel*. [Lausanne]: Haupt Verlag, 2009. p. 45-62.

GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft Law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 8. ed. St. Paul, MN: West Thomson, 2004.

HENCKELS, Caroline. Proportionality and the standard of review in fair and equitable treatment claims: balancing stability and consistency with the public interest. In: BIENNIAL GLOBAL CONFERENCE, 3., 2012, Singapore, *Anais eletrônicos...* London: Society of Economic Law, 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2091474](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2091474)>. Acesso em: 25 out. 2012.

HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, [Florence], v. 10, n. 3, p. 499-515, 1999.

INFANTE, Fábio Giorgi. *Aplicação da boa-fé na arbitragem internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan W. Investor-State arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. *NYU School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, n. 09-46, sep. 2009.

LAFER, Celso. O GATT, a cláusula de nação mais favorecida e a América Latina. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 41-56, 1971.



- LERNER, Diego Fraga. *Os regimes jurídicos de proteção ao investimento estrangeiro direto: o papel desempenhado pelos países emergentes*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, n. 89, spring, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAYEDA, Graham. Playing fair: the meaning of fair and equitable treatment in bilateral investments treaties. *Journal of World Trade*, v. 41, n. 2, p. 273-291, 2007.
- NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft Law*. São Paulo: Atlas, 2005.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Fair and equitable treatment standard in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 3, sep. 2004.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Most-favoured-nation treatment in international investment law. *Working Papers on International Investment*, [Paris], n. 2, sep. 2004.
- PANIZZON, Marion. Good faith, fairness and due process in WTO dispute settlement practice: overvoing the positivism of international trade law. *Essays on the Future of the World Trade Organization*. Lausanne: Éditions Interuniversitaires Suisses, v. 2, jan. 2008.
- PANIZZON, Marion. Fairness, promptness, and effectiveness: how the openness of good faith limits the flexibility of the DSU. *Nordic Journal of International Law*, [Leiden], v. 77, n. 3, 2008.
- PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1.
- SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe B. *Macroeconomia*. Tradução de Sara R. Gedanke. São Paulo: Makron Books, 1998.
- SCHLEE, Paula C. Padrões de tratamento do estrangeiro e sua propriedade em matéria de investimento: análise da jurisprudência do ICSID. In: KLOR, Adriana Dreyzin; ARROYO, Diego P. Fernández; PIMENTEL, Luiz Otávio (Dir.). *Investimento estrangeiro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 82-105.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and equitable treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York: United Nations, 2012.
- VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *Journal of International Law and Politics*. [New York], v. 43, n. 1, p. 43-106, 2010.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VOIGT, Christina. The role of general principles in international law and their relationship to treaty law. *Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice*, [S.l.], v. 31, n. 121, p. 3-25, 2008.
- YOST, Chris. A case review and analysis of the legitimate expectations principle as it applies within the fair and equitable treatment standard. *Australian National University College of Law Research Paper*, [Canberra], n. 09-01, [2009].

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto**

**The emergence of the global administrative law as a means of transnational regulation of foreign direct investment**

Andréa Rocha Postiga



# A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto

## The emergence of the global administrative law as a means of transnational regulation of foreign direct investment\*

Andréa Rocha Postiga<sup>1</sup>

### RESUMO

O Direito Administrativo Global aparece no cenário do investimento estrangeiro direto como uma resposta aos atos praticados em âmbito nacional que repercutem em escala global. As críticas apresentadas, no que toca a sua aplicação à regulação do investimento estrangeiro, giram principalmente em torno de questões como a responsabilização e a prestação de contas no exercício do poder regulatório transnacional (*accountability*), a legitimidade do sistema proposto, bem como o seu caráter democrático e a sua efetividade. No entanto, acredita-se que o Direito Administrativo Global possa vir como resposta às questões não resolvidas nesse cenário. Para este estudo, discorre-se acerca do investimento estrangeiro direto, na primeira parte, passando-se pelo histórico de sua regulação, desenvolvimento e panorama atual. A transição para o segundo momento parte da argumentada fragmentariedade da forma de tratamento hoje dispensada ao investimento estrangeiro no plano internacional, introduzindo-se então o paradigma do Direito Administrativo Global como nova via regulatória, apresentando-se o conceito idealizado, bem como as estruturas por meio das quais opera na esfera do investimento estrangeiro direto. O ensaio conclui apontando as questões a serem superadas para que a introdução desta nova proposta não cause prejuízos. Buscam-se alternativas capazes de fazer com que o público e o privado dialoguem da melhor forma possível para a construção de um padrão internacional nesta seara. Depreende-se do estudo realizado é que o Direito Administrativo Global tenta propor uma via delimitadora dessas novas e diversas relações, a fim de impedir abusos de ambas as partes, aproximando-se dos padrões almejados.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Global. Globalização. Investimento Estrangeiro Direto. Arbitragem. Redes Intergovernamentais.

### ABSTRACT

The Global Administrative Law appears in the scenario of foreign direct investment as a response to actions taken at the national level that have impact on a global scale. The criticisms made with regard to its application

<sup>1</sup> Mestranda do Curso de Pós-graduação em Direito Internacional da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Email: arpostiga@gmail.com

\* Recebido em 15/05/2013  
Aprovado em 22/05/2013



to the regulation of foreign investment, mainly revolve around issues such as accountability in the exercise of transnational regulatory power, the legitimacy of the proposed system and its democratic character and its effectiveness. However, it is believed that the Global Administrative Law may come as a response to unsolved issues in this scenario. For this study, the first part is dedicated to an approach of the foreign direct investment itself, from the history of its regulation and development to the current situation. The transition to the second moment departs from the fragmentation which is argued concerning the treatment now given to foreign investment internationally. It is then introduced the paradigm of Global Administrative Law as a new regulatory pathway, presenting its idealized concept as well as the structures through which it operates in the sphere of foreign direct investment. The essay concludes by identifying the issues to be overcome for the introduction of this new proposal, without causing any damages. Alternatives able to make the public and private sectors engage in dialogue in the best possible way for the construction of an international standard in this endeavor are then sought. What is clear from the study is that the Global Administrative Law tries to propose a way linking these new and diverse relationships, in order to prevent abuses from both sides, approaching the desired patterns.

**Key-words:** Global Administrative Law. Globalization. Foreign Direct Investment. Arbitration. Intergovernmental Networks

## 1. INTRODUÇÃO

A interdependência globalizada em diferentes campos da vida, no contexto da nova ordem mundial,<sup>2</sup> acabou por gerar a regulação transnacional das diversas áreas em que uma multiplicidade de relações jurídicas tornava-se crescentemente entrelaçada. Desde então, evidenciou-se a necessidade de um controle capaz de gerir e disciplinar estas novas relações surgidas em domínios, como: seguros; desenvolvimento e financia-

mento dos países em desenvolvimento; proteção ambiental; setor bancário; regulação financeira; execuções judiciais; telecomunicações; comércio de produtos e serviços; propriedade intelectual; *standards* de direitos dos trabalhadores; migrações e refugiados.<sup>3</sup>

Outra seara que acabou por ser igualmente objeto dessa espécie de regulação, revelando a pertinência do estudo desse fenômeno para compreensão do enfoque desta análise, seria a da regulação e gestão do investimento estrangeiro direto<sup>4</sup> em escala global por esta nova forma de governança, que passa a ser denominada *Global Administrative Law* (Direito Administrativo Global).<sup>5</sup> Os fluxos de investimento são hoje quatro vezes maiores do que os fluxos de comércio internacional, assumindo proporções que ultrapassam os limites das possibilidades regulatórias domésticas.<sup>6</sup>

A emergência de redes transnacionais de atuação no plano internacional para elaboração dessa regulação e a instituição de mecanismos e de padrões foram a sequência natural deste processo de características peculiares.<sup>7</sup> O sistema abrange estruturas, procedimentos e **padrões** normativos, aplicáveis a órgãos regulatórios intergovernamentais formais, aos órgãos informais e redes transgovernamentais, a órgãos “híbridos” público-privados e a órgãos privados transnacionais.

Polarizam-se dois campos de opinião bastante distintos nessa seara, divididos entre aqueles que tendem a crer que a melhor forma de regulação desta realida-

<sup>3</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3.

<sup>4</sup> Seria o investimento feito por um residente de um Estado, com interesse de longa duração, em uma empresa situada em outro Estado. É o que distingue o investimento estrangeiro indireto do investimento de portfólio, em que o capital estrangeiro é simplesmente detido por acionistas de forma passiva, sem que lhe interesse a manutenção a longo prazo da relação. ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 6.

<sup>5</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 326

<sup>6</sup> POULSEN, Lauge Skovgaard; HUFBAUER, Gary Clyde. *Foreign Direct Investment in Times of Crisis*. Working Paper Series 11-3. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2011. p. 3-4.

<sup>7</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 327

<sup>2</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004. e SLAUGHTER, Anne-Marie. *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*. Working Paper n. 18. Cambridge: Harvard Law School, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283976](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283976)>. Acesso em: 11 jan. 2013 p. 2.

de emergente seria pela adoção de um modelo formal, criando-se instituições internacionais estabelecidas por meio de tratados e acordos formais entre Estados, e aqueles partidários de uma governança baseada em redes de cooperação e formas intergovernamentais menos rígidas.<sup>8</sup>

É neste segundo grupo, portanto, que se enquadram os propagadores da *Global Administrative Law*, ou do Direito Administrativo Global, em que a tomada de decisões regulatórias passa do nível nacional para o global, por meio de órgãos administrativos transnacionais, sejam estas organizações internacionais ou grupos menos formais de oficiais que desempenham funções administrativas, mas que não estão diretamente subordinados aos governos nacionais ou aos sistemas legislativos domésticos. Nesse sistema, as decisões regulatórias podem ser implementadas diretamente contra os entes privados ou por meio da introdução de mudanças nos regimes e regulações nacionais.<sup>9</sup>

Nesse contexto, a *Global Administrative Law* (GAL) vem como uma resposta aos atos praticados em âmbito nacional que repercutem em escala global, nas mais diversas áreas. As críticas apresentadas, no que toca a sua aplicação à regulação do investimento estrangeiro, giram principalmente em torno de questões como a responsabilização e prestação de contas no âmbito do exercício do poder regulatório transnacional (*accountability*), a legitimidade do sistema proposto, bem como o seu caráter democrático e a sua efetividade.

Nessa esteira, a intenção subjacente à redação deste artigo consiste em fornecer uma análise dos fundamentos, da lógica, da estrutura, do funcionamento e dos problemas inerentes ao atual sistema de direito internacional aplicado ao investimento, para melhor compreensão das questões em seu entorno e dos fenômenos decorrentes do aumento das trocas comerciais nas últimas décadas, que provocou sérias alterações no cenário econômico mundial. Dá-se ênfase ao estudo do Direito Administrativo Global como forma de regulação emergente na seara do investimento, apresentando-se seus entornos, fundamentos e aplicabilidade neste âmbito.

<sup>8</sup> GRAHME F. Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>9</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*. Working Paper n. 18. Cambridge: Harvard Law School, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283976](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283976)>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3

Tais questões integram a pauta das discussões periódicas que tem lugar entre os atores envolvidos, buscando promover adequada regulação no domínio do investimento, de magnitude crescente nas últimas décadas.

Para este estudo, discorre-se acerca do investimento estrangeiro direto, na primeira parte, passando-se pelo histórico de sua regulação, desenvolvimento e panorama atual. A transição para o segundo momento parte da argumentada fragmentariedade da forma de tratamento hoje dispensada ao investimento estrangeiro no plano internacional, introduzindo-se então o paradigma do Direito Administrativo Global como nova via regulatória, apresentando-se o conceito idealizado, bem como as estruturas por meio das quais opera na esfera do investimento estrangeiro direto. O ensaio conclui apontando as questões a serem superadas para que a introdução do sistema do Direito Administrativo Global dê-se de forma a não causar prejuízos a nenhum dos atores envolvidos nestas relações de tão amplo alcance atualmente.

## 2. REGIME INTERNACIONAL DE DISCIPLINA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

### 2.1 Investimento estrangeiro direto e sua disciplina

Foi a partir do final da Segunda Guerra Mundial que o atual regime de regulação do investimento estrangeiro direto (IED) começou a ser desenhado. Trata-se de uma relação que ocorre com maior frequência por meio de uma fusão ou aquisição de uma firma nacional, ainda que também possa ocorrer pelo estabelecimento de uma empresa nova (modalidade esta conhecida por *greenfield investment*) ou pela aquisição de um percentual com o qual tenha o controle do capital da empresa.<sup>10</sup> Essencialmente, o IED consiste na existência de uma relação de longo prazo entre um investidor direto e seu afiliado estrangeiro, o que, via de regra, representa significativo grau de influência no controle daquela empresa.

Ainda que haja grande discussão em torno dos efeitos, se benéficos ou não, da presença e incentivo ao investimento estrangeiro direto como via para promover

<sup>10</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 7.

o crescimento econômico de países em desenvolvimento, o fato é que estes fluxos tiveram considerável aumento nas duas últimas décadas, vindo, porém, a sofrer algumas quedas desde o início do período de recessão mundial, iniciado no ano de 2008. De acordo com a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), no ano de 2012, os fluxos de investimento declinaram de 1.6 trilhões de dólares, em 2011, para 1.3 trilhões, o que representa uma queda de 18% em relação aos índices registrados no ano anterior.<sup>11</sup>

A análise geral, contudo, é a de que esses episódios de queda sejam decorrência das sucessivas crises e recessões vivenciadas recentemente, e, portanto, efêmeros, de modo que a tendência global de aumento desses fluxos, observada nas últimas décadas, permanece. Sendo que a tendência de recuperação no setor, as trocas comerciais e os fluxos de investimento, desde há muito, demandam regulação efetiva, para que estas relações ocorram de forma regrada, sem prejuízo aos interesses de nenhum dos atores envolvidos. As maiores fontes de controvérsia na matéria giram em torno de questões econômicas, políticas e de segurança nacional.<sup>12</sup>

A América Latina é um exemplo de caso em que correntes esquerdistas tentaram coibir a recepção do investimento estrangeiro direto pelos governos dos países do continente. Entretanto, tal prática não vigorou, destacando-se como exemplo de superação desta postura o caso do Brasil, um dos Estados com maiores fluxos de investimento, tanto de saída quanto de entrada, entre os países da América Latina.

No plano econômico, manifestam-se receios como os de que as empresas instaladas empreguem menos nacionais, marginalizem empresas existentes, monopolizem determinados setores. No âmbito político, teme-se que as empresas estrangeiras corrompam políticos, se insiram em assuntos nacionais não pertinentes, violem leis locais ou normas culturais e não respeitem o meio-ambiente. A este propósito, inclusive, argui-se que certas disposições constantes de tratados de investimento estariam coibindo o direito de o Estado hospedeiro

exercer seu poder regulatório em prol do interesse público em determinados assuntos.<sup>13</sup>

Dentre as preocupações com a segurança pública do Estado hospedeiro do investimento, destacam-se questões como o medo de que essas empresas controlem o acesso a áreas eminentemente nacionais, como tecnologia de defesa, e também de que manipulem os interesses nacionais, assumindo a posição do mercado como agente, para manejar seus próprios interesses e os de seus Estados de origem.<sup>14</sup>

A recorrência desse gênero de preocupações, aliada ao aumento dos fluxos de investimento, teve como consequência automática o desencadeamento de um processo de legalização do investimento estrangeiro, representado pela proliferação de normas legais regulatórias que passaram a constar tanto das leis internas dos Estados quanto de práticas administrativas, direito internacional costumeiro, tratados, princípios gerais do Direito e de instrumentos de origem institucional, dando origem a um sistema hoje apontado como fragmentário pelos seus atores.

A evolução desse material normativo fica por conta do aperfeiçoamento de suas previsões nos documentos de consolidação, mas também pela prática dos tribunais arbitrais responsáveis pela resolução dos litígios entre Estados e investidores. Trata-se de um dos domínios em que ocorre uma delegação implícita, por parte do Estado, de seu poder regulatório sobre o assunto, a órgãos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BM), e também a instituições de vocação internacional ligadas à temática, como seria o caso da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (CNUCED) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).<sup>15</sup>

Peculiar na seara do investimento é a inexistência de um regime<sup>16</sup> próprio para seu regramento e disciplina,

<sup>11</sup> CNUCED. Global Investment Trends Monitor. n. 11, 2013. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaei-a2013d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaei-a2013d1_en.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 1.

<sup>12</sup> POULSEN, Lauge Skovgaard; HUFBAUER, Gary Clyde. Foreign Direct Investment in Times of Crisis. Working Paper Series 11-3. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2011. p. 10-11.

<sup>13</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 9

<sup>14</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 10

<sup>15</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 11

<sup>16</sup> A exemplo da lição de Alvarez (2009, p. 11 e capítulo final), emprega-se aqui o termo “regime”, em detrimento do termo “sistema” em razão de ao primeiro não ser atribuída a mesma implicação



o que se traduz na ausência tanto de um instrumento multilateral que represente a concordância em torno de um sistema proposto, quanto de uma instituição formal responsável pelo exercício do poder regulatório e adjudicativo neste âmbito, a exemplo do que se verifica hoje com relação ao comércio internacional, fundado sobre o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), amparado institucionalmente pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

As tentativas de elaboração de um regime único para o regramento multilateral do investimento estrangeiro pela comunidade internacional remontam a 1948, com a tentativa de criação de uma organização internacional do comércio, que abrangeria também as questões de investimento por meio da Carta de Havana. Esta tentativa não vingou, tendo permanecido tão somente o GATT desta empreitada.

Desde então, chama-se atenção para os esforços dos estudiosos da Faculdade de Direito de Harvard, em 1961, destacando-se o trabalho dos professores Louis Sohn e Richard Baxter, na elaboração do que viria a ser a Convenção sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Prejuízos Causados a Terceiros, igualmente frustrada. A este ensaio, seguiram-se outros dois documentos elaborados pela OCDE: no ano de 1963, foi elaborada a Convenção da OCDE para proteção da propriedade estrangeira (*OECD Draft Convention on Protection of Foreign Property*) e o Acordo Multilateral sobre Investimento (*Multilateral Agreement on Investment – MAI*), elaborado em 1967.

O primeiro projeto teria sido frustrado em razão da cisão ideológica existente entre países exportadores de capital e países importadores de capital em torno de quais deveriam ser os princípios norteadores da proteção do investimento. O plano parecia demasiado ambicioso, tendo em vista que os movimentos pela Nova Ordem Econômica vinham ganhando forças no cenário internacional.<sup>17</sup> Essa cisão ideológica viria a se dissipar nos idos dos anos de 1990, quando se ensaiou a aprovação segundo projeto, o Acordo Multilateral sobre In-

vestimento, mas que novamente termina por falhar em 1998.

Esse fracasso, juntamente com as tentativas frustradas por parte da OMC, teria sido decorrente da falta de convergência de posicionamentos e interesses entre os diferentes atores desse cenário, envolvidos nas negociações, de forma direta ou indireta. Não se teria chegado ao acordo entre as diferentes partes em torno dos princípios gerais de proteção do investimento, havendo exceções e isenções de todas as partes.<sup>18</sup>

Ensaio para regulação pela *soft law*, como intentou a Assembleia Geral das Nações Unidas, em suas resoluções de 1962 e 1973, concernentes à Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, à Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (CERDS), ao lado do regramento voluntário da OCDE, sobre as Diretrizes para Empresas Multinacionais da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), e do Código de Conduta das Nações Unidas para Empresas Transnacionais, tiveram, contudo, significativo impacto no que viria a constituir a atual regulação do IED.<sup>19</sup>

O regime que se tem hoje é o resultado do material reunido pelas tentativas frustradas de regulação multilateral e por uma série de documentos elaborados desde o início das tentativas. Este acervo inclui Tratados Bilaterais de Investimento (BITs); Acordos de Livre Comércio (tal como o Capítulo 11, do *North America Free Trade Agreement – NAFTA*), o *Energy Charter Treaty* (ECT); os acordos da OMC, entre os quais o acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMs), o Acordo Geral sobre Serviços (GATS), e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS); um relevante número de resoluções e outros instrumentos de *soft law* da Assembleia Geral das Nações Unidas (como as Diretrizes da OCDE), o Código da OCDE sobre Movimento de Capitais; o Centro Internacional para Solução de Controvérsias em Investimentos do Banco Mundial (ICSID), assim como

normativa característica do segundo, que pressupõe igualmente estrutura mais organizada do que a verificada hoje no regime de investimento.

<sup>17</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 50.

<sup>18</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 2

<sup>19</sup> SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Online Proceedings, Working Paper n. 18/08. London: Society of International Economic Law, 2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 23-64.

outros mecanismos arbitrais, como a UNICITRAL; e a Agência Multilateral de Garantia do Investimento (MIGA).<sup>20</sup>

O que pareceu se consolidar nos últimos anos foi a crescente tendência de celebração de tratados bilaterais de investimento (BITs), representando não um desacordo em torno de princípios gerais em si, tal como ocorrido em torno dos ensaios à celebração de tratados multilaterais, mas a intenção de formulação de condições específicas para cada caso. O surgimento dos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs) deu-se a partir das aspirações e abordagens apresentadas nas negociações dos tratados multilaterais de investimento, resultando em grande uniformidade quando da elaboração dos tratados bilaterais, já que faziam uso basicamente da mesma estrutura. Como resultado, verificou-se uma reincidência de princípios entre os documentos firmados bilateralmente.<sup>21</sup>

O regime dos BITs e a maneira como influencia a configuração do cenário atual do investimento estrangeiro direto no plano internacional serão objeto de análise do ponto subsequente deste estudo.

## 2.2 Regime dos BITs: cartilha do investimento estrangeiro direto

Aos poucos, foi-se formando um corpo de princípios gerais, extraídos desta documentação, que passou a reger as relações envolvendo o investimento estrangeiro, destacando-se aí princípios como o da não discriminação, do tratamento justo e equitável, da proteção contra expropriação direta e indireta, do uso de cláusulas guarda-chuva e de provisões para transferência de capitais, além do mecanismo de solução de controvérsias previsto.<sup>22</sup>

Após o período das descolonizações, período intenso de expropriações, e o final da Guerra Fria, esses prin-

cípios foram não somente aceitos, mas promovidos por países em desenvolvimento e economias de transição. Tanto que a tendência apresentada desde o início fora a de celebração dos ditos instrumentos, no mais das vezes, entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento ou economia emergente. Gráficos apresentados pelo Banco Mundial, em seu Relatório de 2011, refletem esta tendência, demonstrando que estes tratados eram prioritariamente formas de garantia, pelos países desenvolvidos, de que seus investidores teriam seus contratos de investimento adimplidos, amparados pela possibilidade ainda de, em caso de inadimplemento, serem-se reparados pelos danos sofridos.<sup>23</sup>

Entretanto, com o passar dos anos e a alteração do cenário econômico, a partir do surgimento das economias emergentes, observou-se uma tendência também na celebração de BITs entre países em desenvolvimento. Curiosamente, nestes casos, verificou-se que os tratados celebrados abarcavam as mesmas disposições identificadas quando da celebração de tratados bilaterais entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.<sup>24</sup> Schill aponta três razões de ser deste fenômeno: mudança ideológica; prática dos governos em copiar os modelos anteriores de BITs; ou o fato de que sempre, em uma relação de investimento, independentemente do nível de desenvolvimento das partes celebrantes, haverá uma que se sente em posição de país exportador de capital.<sup>25</sup>

Nesse passo, ainda que sejam identificadas diferenças entre BITs, isto não significa dizer que eles não converjam no que toca aos seus elementos principais. A presença do princípio da nação mais favorecida, que impede a concessão de benefícios especiais a investidores de Estados específicos, em detrimento de outros, prevendo um tratamento igualitário no âmbito internacional, seria o instrumento-chave capaz de afastar as

<sup>20</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocket-books of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 13

<sup>21</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. *The Multilateralization of International Investment Law – Book Review*. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 2

<sup>22</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. *The Multilateralization of International Investment Law – Book Review*. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 2

<sup>23</sup> WORLD BANK. *Multipolarity: The New Global Economy*. 104-117, 2011. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/INTGDH/Resources/GDH\\_CompleteReport2011.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTGDH/Resources/GDH_CompleteReport2011.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

<sup>24</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. *The Multilateralization of International Investment Law – Book Review*. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3

<sup>25</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. *The Multilateralization of International Investment Law – Book Review*. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3

diferenças entre os níveis de proteção oferecidos pelos tratados individuais, o que resultaria em uma multilateralização, em última análise, do sistema internacional regulatório do investimento.<sup>26</sup>

O Brasil, por exemplo, em que pese seja signatário de mais de 15 BITs, não ratificou nenhum deles, ao contrário dos outros países, e, por esta razão, não tem nenhum BIT em vigor. Em casos como este, o país é considerado externo e não participante do sistema multilateral de investimentos. Mas no momento em que um país assina um BIT, este já passa automaticamente a integrar o sistema multilateral, pois o efeito de um BIT típico não se restringe a uma única relação bilateral específica, que seria aquela de destinação do tratado. Da mesma forma, pela incidência da cláusula da nação mais favorecida, o investidor pode escolher, dos BITs firmados pelo país com quem está contratando, aquele que mais se adequa aos seus objetivos e a suas necessidades. Em razão da não discriminação, o Estado será obrigado a fornecer as mesmas condições de celebração.<sup>27</sup>

O sistema dos BITs gera consideráveis controvérsias entre os estudiosos do assunto. Autores que levaram a análise a fundo, como Guzman<sup>28</sup> e Alvarez,<sup>29</sup> concordam que o sistema seria inevitável, aceitando o fato de que os BITs foram a saída encontrada para atribuir medidas de proteção adequadas tanto para investidores quanto para hospedeiros. Os BITs seriam assim uma garantia para o investidor, em países cujo governo não elaborou uma legislação suficientemente justa para a matéria, repercutindo ainda como fator de atração do investimento, tendo em conta que a segurança para o investidor naquele Estado será sustentada por um tratado.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3

<sup>27</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3

<sup>28</sup> GUZMAN, Andrew T. “*Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*”, 38 *Virginia Journal of International Law*, 639, 1998.

<sup>29</sup> ALVAREZ, José E. The Public International Law Regime Governing International Investment. *Recueil des cours*, v. 344. Pocket-books of the Hague Academy of International Law, 2009.

<sup>30</sup> Notas do curso ministrado pelo prof. Fábio Morosini, no 2º semestre de 2012, sobre Regulação do Comércio Internacional e do investimento estrangeiro, no Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu,

Alvarez destaca aspecto positivo no regime dos BITs, apontando que teria promovido a despolitização do setor, problema presente quando era dispensado o tratamento diplomático, em que se faziam valer os interesses do Estado, em última instância, já que os negociantes os representavam.<sup>31</sup> Desse modo, afirma que a inibição de “tratamento oportunista”, por parte do Estado hospedeiro, teria sido fator importante na promoção do tratamento justo e equilibrado do investidor, sinalizando igualmente o comprometimento do Estado hospedeiro para com a recepção do investimento.<sup>32</sup>

No entanto, não se pode olvidar que o tratamento por essa via acabou ficando conhecido por um regime protetivo do investidor. Alerta Guzman, nesse sentido, que, relativamente a países em desenvolvimento, os riscos decorrentes da assinatura de BITs seriam maiores do que, por exemplo, simplesmente seguir as normas de direito costumeiro internacional. Em se tratando de atrativo de investimento, em determinados casos, o investidor recebe tal proteção que as vantagens e os benefícios auferidos pelo Estado hospedeiro na relação poderão chegar a zero.

Inexiste, no preâmbulo dos BITs, qualquer previsão em torno do incentivo ao desenvolvimento econômico dos Estados hospedeiros, restando claros seus reais objetivos. Ao contrário, os BITs acabam por retirar a flexibilidade do país no que toca, por exemplo, à edição de políticas regulatórias. Diante de disposições como aquelas constantes das cláusulas de estabilização,<sup>33</sup> o país fica “engessado”, não só para proceder a mudanças que viessem a prejudicar eventualmente as empresas multinacionais, mas também com relação à edição de políticas que poderiam vir a ser benéficas para si, e que são restringidas em razão dos direitos garantidos ao investidor.<sup>34</sup>

No tocante ao mecanismo de solução de disputas

da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<sup>31</sup> ALVAREZ, José E. The Public International Law Regime Governing International Investment. *Recueil des cours*, v. 344. Pocket-books of the Hague Academy of International Law, 2009.

<sup>32</sup> GUZMAN, Andrew T. “*Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*”, 38 *Virginia Journal of International Law*, 639, 1998.

<sup>33</sup> UNCTAD. Course on Dispute Settlement, 2006. Disponível em: <<http://r0.unctad.org/disputesettlement/course.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 15

<sup>34</sup> Notas do curso ministrado pelo prof. Fábio Morosini, no 2º semestre de 2012, sobre Regulação do Comércio Internacional e do investimento estrangeiro, no Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.



utilizado, cabe anotar que o mecanismo arbitral de solução de controvérsias para investimentos aplicado aos BITs difere do sistema formal da OMC em alguns aspectos significativos. Menciona-se aqui, primeiramente, a ausência de qualquer mecanismo de recurso da decisão arbitral proferida no painel instaurado, sendo, portanto, única e última. Em segundo lugar, difere do mecanismo usado na solução de disputas da OMC na medida em que qualquer parte pode aceder ao órgão para levar um caso ao seu conhecimento, ao passo que, no seio da OMC, somente governos podem levar demandas ao conhecimento do órgão de resolução de controvérsias.

Nas regras hoje existentes para regulação das relações de investimento, o mecanismo de solução de controvérsias aplicado aos casos entre partes celebrantes de BITs nas disputas envolvendo investimento, a executividade da decisão dá-se sob a égide de dois instrumentos: da Convenção de Nova Iorque, de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Decisões Arbitrais Estrangeiras; ou da Convenção de Washington de 1968, sobre Resolução de Disputas Internacionais de Investimento, sendo pequenas as diferenças existentes no que toca ao regramento oferecido pelos dois instrumentos. Os órgãos encarregados de conduzir a arbitragem são o Centro para Resolução de Controvérsias sobre Investimento (ICSID) e a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL).<sup>35</sup>

Assim, as partes celebrantes do BIT terão a faculdade de escolher, fundadas sobre as previsões constantes do tratado, entre os mecanismos disponíveis, ocorrendo, no mais das vezes, a resolução por câmaras arbitrais *ad hoc*, de acordo com regras aplicáveis, também escolhidas. O sistema dos BITs acaba por atribuir poder tanto material quanto de interpretação às cortes arbitrais, já que, enquanto as regras aplicáveis diferirem segundo o órgão eleito, não se pode ter uma provisão universal para todas as demandas, prevalecendo o posicionamento deste órgão. As consequências de tal julgamento são em regra bastante sérias e de alta repercussão na realidade interna.

Para melhor compreensão do sistema, optou-se por ilustrar aqui o funcionamento da corte arbitral da ICSID, órgão arbitral que recebe maior volume de demandas nesta seara atualmente. Criada em 1965 por decisão

do Banco Mundial,<sup>36</sup> como resultado do tratado multilateral para eliminação dos impedimentos ao livre fluxo internacional de investimentos privados, reuniu, no ano de 2011, 157 Estados signatários (ainda que, destes, apenas 147 sejam formalmente Estados contratantes, tendo completado o procedimento de depósito de seus instrumentos de ratificação, aceitação e aprovação da ICSID).<sup>37</sup>

O ICSID é parte da rede formada por outras organizações ligadas à temática do investimento estrangeiro, dentre as quais se nomeiam a UNCTAD, a UNICTRAL e a OCDE, e também a outros órgãos privados envolvidos no trabalho, constituindo todos, juntamente com os responsáveis pela instrumentalização e desenvolvimento do próprio regime dos BITs.<sup>38</sup>

Sua estrutura é formada por um Conselho Administrativo e por um Secretariado.<sup>39</sup> O presidente do Banco Mundial é o Presidente *ex-officio* do Conselho Administrativo do ICSID, o que evidencia sua íntima ligação com aquele órgão, refletida, por exemplo, nos encontros do Conselho, que se reúne uma vez por ano e cuja data coincide com a do encontro anual do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, bem como na relação existente entre o Banco Mundial e a ICSID no que toca à cobertura dos custos administrativos do Conselho e do Secretariado (ainda que estas sejam despesas já abrangidas pelos valores pagos pelas partes da controvérsia).

O Conselho é composto por um representante de cada nação signatária da Convenção e tem como funções precípuas: a eleição do Secretário-Geral e do Deputado Secretário-Geral; a adoção de regulamentos e de regras para instauração e condução dos procedimentos arbitrais; a adoção do orçamento do Centro; e a aprova-

<sup>36</sup> Questionável a imparcialidade da corte desde então, tendo em conta que muito provavelmente levará em consideração os princípios que regem as instituições de sua formação e os interesses dos Estados a elas pertencentes, independentemente da ótica sob a qual se esteja estudando.

<sup>37</sup> GRAHME F., Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012. Capítulo 5, p. 18.

<sup>38</sup> GRAHME F., Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012. Capítulo 5, p. 20.

<sup>39</sup> ICSID Website. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Organization%20and%20Structure&pageName=Organization>>. Acesso em: 11 jan. 2013

<sup>35</sup> GRAHME F., Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012. Capítulo 5, p. 18.

ção do Relatório Anual sobre sua atuação.<sup>40</sup> Já o Secretariado é o órgão responsável por conduzir a atividade diária, dando suporte ao Conselho no que for necessário e, sobretudo, organizando os painéis de arbitragem e conciliação. Mantém o Painel de Conciliadores e Árbitros, para o qual cada Estado contratante deve designar quatro pessoas, e o Presidente do Conselho Administrativo, dez pessoas.

Seu procedimento de painel é formado por três árbitros, no mais das vezes (um indicado por cada parte e um que preside o painel, apontado pelo consenso das partes ou por indicação dos outros dois árbitros). Anota-se aqui que, dos 32 casos levados ao ICSID em 2011, 25 deles eram resultado de disputas originadas de BITs, os outros 7 tendo sido provenientes de procedimentos arbitrais domésticos e internacionais.

Não é o Centro em si que faz a arbitragem ou a conciliação, mas proporciona todo o aparato institucional e a estrutura processual para as Comissões Independentes de Conciliação, tribunais arbitrais e Comitês *ad hoc*, constituídos em cada caso para solução da controvérsia. Dois conjuntos de regras processuais regem o início e a condução do caso: a Convenção, Regulamentos e Regras Adicionais de Instalação, aplicáveis, seja a disputas entre investidores privados e Estados contratantes, seja a investidores privados e Estados não contratantes. O Centro também julga, embora com menor frequência, demandas contratuais e demandas questionando a legislação doméstica de investimento e as disposições da UNICTRAL, cujo procedimento se assemelha, guardadas algumas diferenças pouco significativas.<sup>41</sup>

A análise do regime dos BITs e do mecanismo de solução de controvérsias constituído em seu entorno suscita a dúvida se estes tratados formariam ou não uma espécie de regime multilateral de investimentos. Stephan Schill<sup>42</sup> defende que a grande proliferação de tratados bilaterais e multilaterais de investimento, ao contrário

de representar a fragmentariedade do regramento internacional de investimentos, significa o funcionamento de uma estrutura verdadeiramente análoga ao que seria a de um regime multilateral.<sup>43</sup> Aponta, ainda, que a atuação dos tribunais arbitrais de investimento, ao lado dos Estados, contribuiria para a formação de um direito global do investimento, a partir do estudo de casos individuais.

Em razão da falta de definição precisa do conceito de importantes princípios e padrões, cuja presença reiterada foi constatada na vasta maioria dos BITs até então celebrada e de que são exemplos: o “tratamento justo e equitativo” e definições como a do conteúdo da “plena proteção e segurança”, das “expropriações indiretas”. Os árbitros são levados a, além de aplicar as disposições dos tratados, interpretar esses termos a fim de preencher seu conteúdo, em torno de quê até então não existe consenso formal.<sup>44</sup> Esta atividade se revela recorrente nas arbitragens de investimento e desperta olhares críticos, tanto positivos quanto negativos, o que será analisado mais adiante no decorrer deste estudo.

Considerando que essas imprecisões se fazem presentes, senão em todos, na vasta maioria dos BITs, e na postura adotada nos painéis arbitrais de investimento, Graham sustenta a existência de um corpo global de direito internacional do investimento, em razão desta estrutura argumentativa dos tribunais arbitrais.<sup>45</sup> Entretanto, a ausência de atributos essenciais de um sistema multilateral, tais como um instrumento normativo de base, a unidade de fontes, uma instituição jurídica superior para julgar e assumir todas as disputas e um mecanismo recursal, distancia a atual forma de regulação do investimento de uma possível caracterização como sistema multilateral.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> ICSID Website. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Organization%20and%20Structure&pageName=Organization>>. Acesso em: 11 jan. 2013

<sup>41</sup> GRAHME F., Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012. Capítulo 5, p. 19.

<sup>42</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 4

<sup>43</sup> SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Online Proceedings, Working Paper n. 18/08. London: Society of International Economic Law, 2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 5-6 e p. 17 e ss.

<sup>44</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3

<sup>45</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 4

<sup>46</sup> RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of*

Gus Van Harten entende que o sistema atual apresenta falhas que se refletem, mormente, a partir do déficit democrático, decorrente da ausência de uma base constitucional capaz de promover uma reflexão principiopológica em torno dos princípios da legalidade, transparência, responsabilidade, participação processual, proporcionalidade, entre outros. Em resposta, apresenta como solução a criação de uma corte única internacional que se ocupe dos casos de investimento estrangeiro.<sup>47</sup> Afirma o autor que o procedimento arbitral existente carece de imparcialidade, devendo ser substituído por um sistema que tenha como centro uma Corte Internacional de Investimento.<sup>48</sup>

Entretanto, não é somente por essas razões que se acredita que essa visão não mereça prosperar. Tendo em vista que uma Corte internacional depende de um tratado internacional, cai por terra a proposta, já que tal instrumento não existe até o momento no campo do investimento estrangeiro direto, apesar do conhecido histórico de tentativas para criá-lo – todas, porém, até então frustradas.

Independentemente da forma pela qual essa regulação deva ocorrer, aponta-se, invariavelmente, para a necessidade de equilibrar a atividade dos tribunais arbitrais de investimento, a fim de que sua questionada tendência a beneficiar o investidor, foco de grande parte da crítica, seja eliminada para o exercício de um julgamento mais justo e menos tendencioso. O desequilíbrio na satisfação dos interesses legítimos de cada uma das partes retira a legitimidade do sistema. Deve haver ra-

zoabilidade para que sejam atendidos, de forma equilibrada, interesses públicos e privados. Entretanto, essa atitude requereria a adoção de uma orientação para a implementação de mudanças.

O aumento dos fluxos de investimento, seguido da proliferação dos BITs e da celebração de numerosos tratados multilaterais de investimento, somados ao emprego de mecanismos de solução de controvérsias alternativos, reclama por uma governança<sup>49</sup> capaz de promover a correta interação entre Direito e Política na regulação do investimento estrangeiro direto. A carência de uma forma de governança no plano global capaz de suprir as demandas hoje identificadas no plano transnacional instigou o desenvolvimento de uma nova proposta de governança:<sup>50</sup> a do Direito Administrativo Global.

A importância crescente dos atores não estatais na regulamentação internacional provocou o deslocamento dos centros decisórios e regulatórios para a esfera global. A tendência recente de interação em contínuo entre a regulamentação internacional e a doméstica impulsionou a formação de redes intergovernamentais de cooperação, tendo a partir daí emergido o Direito Administrativo Global como uma nova visão deste contexto, constituindo-se uma das lógicas que permeiam

*International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 4

<sup>47</sup> VAN HARTEN, Gus. Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law. Draft forthcoming. In SCHILL (Ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1658523](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1658523)>. Acesso em: 11 jan. 2013. VAN HARTEN, Gus. *A Case for an International Investment Court*. *Society for International Economic Law*. Working Paper n. 22/2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013 e <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1153424](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424)>; sobre a arquitetura do sistema, ver: VAN HARTEN, Gus. Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection. *12 Review of Int'l Political Economy*. 600, 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1468690](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1468690)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

<sup>48</sup> VAN HARTEN, Gus. *A Case for an International Investment Court*. *Society for International Economic Law*. Working Paper n. 22/2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 fev. 2013. p. 21-29.

<sup>49</sup> O conceito de governança está presente nas mais diversas esferas de relacionamento e corresponde aos arcabouços por meio dos quais os indivíduos e/ou instituições se articulam visando a lidar com questões comuns. No plano transnacional, por governança, entende-se a atuação do governo ou de autoridades responsáveis em uma determinada esfera na forma de conduzir, fazendo uso de suas instituições, o universo em que atua. MAGNOTTA, Fernanda Petená. Multipolaridade e multilateralismo: o G20 e a relação entre poder e governança no século XXI. In: ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, 3., 2011, São Paulo. Associação Brasileira de Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais – USP. Disponível em: <[http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=MSC000000122011000200010&lng=en&nrm=abn](http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000200010&lng=en&nrm=abn)>. Acesso em: 22 maio 2013. *Apud* KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. *Democracy, Accountability and Global Governance*. June 27, 2001. e FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fábio Costa. As Consequências da Corrupção no Fluxo Transnacional de Investimento Estrangeiro Direto: Estudo Preliminar. In: SEMINÁRIO BRASILEIRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS INTERNACIONAIS SEBREEI: Integração Regional e Cooperação Sul-Sul no Século XXI. 2012, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre, 2012. p. 387-388.

<sup>50</sup> Outros exemplos de propostas de governança seriam o constitucionalismo e a estratégia chamada “multi-level”. Ver: SANCHEZ, Michelle Ratton. The Global Administrative Law Project: a review from Brazil. In: HAUSER GLOBALIZATION COLLOQUIUM FALL 2008: Global Governance and Legal Theory. NYU Law School: New York, 2008. Disponível em: <<http://www.iilj.org/courses/documents/Sanchez-GALProjectReviewfromBrazil.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 7.



a regulamentação do sistema econômico internacional nos seus diversos âmbitos.

No domínio do regime de investimento, o Direito Administrativo Global aparece a partir justamente dessa atividade regulatória desempenhada pelos tribunais arbitrais, ligados especialmente ao regime dos BITs. A promoção do bem-estar social, do desenvolvimento humano e da sustentabilidade ambiental, e a proteção dos bens que estariam sendo afetados pela sistemática até então vigente deverão nortear este estudo. Busca-se, diante da inserção dos tribunais arbitrais como parte da estrutura de governança do investimento, fazer com que seu trabalho auxilie a constituir e a melhor desenhar o espaço administrativo global.

Acredita-se que, por meio da aplicação dos princípios do Direito Administrativo Global mediante esses mecanismos arbitrais de tomada de decisão, seus pontos nevrálgicos possam ser superados, sobre um fundamento normativo mais sólido.<sup>51</sup> O Direito Administrativo Global é responsável pelo estudo de uma estrutura que busca suprir as necessidades verificadas no atual regime de investimento, propondo uma dinâmica capaz de responder às necessidades recorrentes dos atores deste cenário, e cuja apreciação é indispensável neste estágio em que se buscam respostas efetivas para a regulação do investimento estrangeiro.

### 3. O DESAFIO DA REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

#### 3.1 A emergência do Direito Administrativo Global

A crescente interdependência entre as atuações estatais internas e as internacionais evidenciou a necessidade de sistematização de um Direito Administrativo Global.<sup>52</sup> A temática celebra o desenvolvimento de redes transnacionais, desde aquelas operantes junto às bu-

rocracias governamentais (do que seria um exemplo os presidentes dos bancos centrais do Comitê de Basileia) até as redes de comunicação transnacional entre juízes nacionais e internacionais, sugerindo que o liberalismo e a democracia seriam características de Estados abertos a esta forma que potencialmente induziria maior observância ao direito internacional.<sup>53</sup>

Seu estudo se desenvolve partindo da premissa do rompimento das fronteiras estatais do Direito Administrativo. Luís Filipe Colaço Antunes<sup>54</sup> considera o Direito Administrativo Global uma “fronteira-desafio” do movimento que aponta para a tendência de evolução do Direito Administrativo sob novos formatos. Indica que, apoiado sobre uma teoria geral do Direito Administrativo, busca o seu desenvolvimento na esfera global a par do Estado, estando a caminhar da mesma forma que o Direito Administrativo Europeu iniciou sua afirmação na Europa, “com as influências principais a virem de baixo para cima”, ou seja, dos ordenamentos administrativos nacionais.<sup>55</sup>

Sua origem remonta ao Projeto elaborado a partir do movimento nascido na Faculdade de Direito da Universidade de Nova Iorque, conduzido por Benedict Kingsbury, Richard Stewart e Nico Kirsch,<sup>56</sup> que aponta uma vastidão de regimes internacionais como originadores do *Global Administrative Law*, segundo o qual a ação administrativa global se daria como elaboração de regras, julgamentos e decisões fora da esfera tradicional do direito internacional, aquela constituída a partir da celebração de tratados e conduzida por instituições formais de direito internacional público.

Consiste, ao contrário, no exercício da governança administrativa na área por meio da atividade de organizações internacionais formais, da ação coletiva desen-

<sup>51</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocket-books of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 252.

<sup>52</sup> CUNHA, Bruno Santos. Resenha: O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma? *Revista Digital de Direito Público*, v. 1. 1, n. 1, p. 242–244, 2012. Disponível em: <[www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos)>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 244.

<sup>53</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocket-books of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 329

<sup>54</sup> CUNHA, Bruno Santos. Resenha: O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma? *Revista Digital de Direito Público*, v. 1. 1, n. 1, p. 242–244, 2012. Disponível em: <[www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos)>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 244.

<sup>55</sup> CUNHA, Bruno Santos. Resenha: O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma? *Revista Digital de Direito Público*, v. 1. 1, n. 1, p. 242–244, 2012. Disponível em: <[www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos)>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 243.

<sup>56</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 17.

volvida por meio de redes transnacionais envolvendo oficiais nacionais ligados à atividade regulatória do governo, de acordos administrativos distributivos conduzidos por estes oficiais ou por arranjos híbridos, inter-governamentais e privados, ou da ação de instituições privadas com funções regulatórias.<sup>57</sup>

Os exemplos mais densos de regimes regulatórios criados no bojo dessa ação seriam especialmente, no âmbito econômico, o da OCDE, os comitês administrativos da OMC, os comitês do G-7 e do G-8, estruturas de cooperação antitruste e a regulação financeira realizada por órgãos como o FMI, o Comitê de Basileia e a Força-tarefa para Ação financeira da OCDE. Na esfera ambiental, destacam-se as ações de órgãos, como: o Banco Mundial; a OCDE; a OMC; e outras estruturas regulatórias emergentes, como o Mecanismo para o Desenvolvimento Limpo do Protocolo de Kyoto.<sup>58</sup> Já no domínio da segurança, destacam-se as ações do Conselho de Segurança das Nações Unidas, atuando junto aos seus Comitês, como o da regulação da energia nuclear.

São muitas as agências, organizações, órgãos e instituições envolvidos na atividade administrativa global. Há significativas peculiaridades, no tocante ao desempenho desta tarefa, nesse contexto. A capacidade de ingerência na atividade regulatória doméstica por meio dessas instituições é característica preponderante do sistema. A atividade das cortes internacionais, como do Órgão de Apelação da OMC, e dos tribunais arbitrais nas disputas de investimento é exemplo do exercício da administração global com ampla ingerência nas questões nacionais, cujas consequências despertam por vezes opiniões divergentes.

Instituições internacionais como aquelas que compõem o sistema de Bretton Woods encontram-se igualmente neste rol: o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), no desenvolvimento de políticas de boa governança, estabelecidas como conselhos ou condições para a concessão de auxílio financeiro a países em desenvolvimento.

Essas normas e decisões interferem na organização interna e na definição de políticas públicas, abrangendo desde questões relativas ao combate à corrupção, até práticas de maior transparência e garantia processual aos atores do mercado. No caso do FMI, por exemplo, o sistema ganha efetividade, tendo seus padrões implementados e respeitados por estes Estados em razão da necessidade compartilhada por um grande número de países de seu auxílio financeiro.

As regras hoje aplicáveis à disciplina do investimento estrangeiro já se encontram inseridas nessa dinâmica, por meio da atividade regulatória desempenhada pelos tribunais arbitrais de investimento. Entretanto, assim como nas demais áreas, permanece sem resposta uma questão que paira sobre essa nova proposta de modelo de governança global: o déficit de legitimidade democrática. Trata-se de uma consequência natural da ausência de uma base constitucional que dê sustentáculo e fundamento ao modelo proposto, seja qual for sua seara de aplicação.

Em especial, no âmbito do investimento estrangeiro, os questionamentos giram em torno da possibilidade de democratização da atividade dos tribunais arbitrais de investimento por esta via, sobretudo em razão da polêmica proteção excessiva dispensada a atores não estatais, como grandes empresas multinacionais, em detrimento do interesse público, dando azo à formulação de críticas em torno da falta de legitimidade, da dificuldade de responsabilização e da falta de transparência.<sup>59</sup>

A arbitragem de investimento, fundada sobre este novo modelo de governança, constituiria nova proposta para resolução de problemas corriqueiros pelos Estados, dispensando o modelo tradicional construído sobre a burocracia centralizada das instituições internacionais formais.<sup>60</sup> O modelo se afasta da concepção tradicional da constituição de instituições internacionais formais fundadas sobre tratados internacionais e apoiadas sobre um único documento desempenhando a função de espinha dorsal de um sistema formal.

<sup>57</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 7 e ss.

<sup>58</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 7.

<sup>59</sup> Em geral KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B., 2004.

<sup>60</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*. Working Paper n. 18. Cambridge: Harvard Law School, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283976](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283976)>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 2-3.

Após a assinatura de tratados bilaterais de investimento e de acordos de livre comércio, o Estado admite sua submissão a uma forma de supervisão interna, aceitando que suas próprias leis, cortes e agências administrativas se submetam ao juízo baseado em padrões internacionais objetivos, estabelecidos pelos diversos atores e instituições atuantes na matéria, ao invés de estar sob o mando de uma única instituição.<sup>61</sup>

Em sua atuação, os tribunais arbitrais para resolução de disputas de investimento procedem, ainda que de forma indireta, a uma revisão dos atos das agências governamentais apoiando-se sobre os padrões estabelecidos na esfera global, procedendo, portanto, à revisão e ao controle da ação pública nacional de regulação. Van Harten e Loughlin apontam que tal sistema se assemelharia à revisão da atividade administrativa interna, com fulcro de manter as autoridades dentro da legalidade e de dar respostas efetivas aos indivíduos prejudicados pela conduta ilegal do Estado.<sup>62</sup> As regras constantes dos tratados e acordos de investimento deverão, assim, estar de acordo com as previsões dos regimes internacionais vigentes.

Kingsbury e Schill explicam que, como forma de governança, os mecanismos internacionais de investimento precisariam não apenas ser vistos como meios para promoção do crescimento econômico e do desenvolvimento, mas como ferramenta de promoção da responsabilidade democrática e da participação, no plano global, encarando-os como correspondentes às estruturas do direito administrativo doméstico, para os mesmos fins, acreditando em seu potencial para instigar a boa administração do Estado e a proteção dos direitos e de outros interesses.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n. 09-46. New York: New York University School of Law, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466980>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

<sup>62</sup> VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*. V. 17, n. 1. pp. 121-150. Oxford: Oxford University Press, 2006. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 11.01.2013. p. 149.

<sup>63</sup> KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n. 09-46. New York: New York University School of Law, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466980>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 131.

Conforme apontado, evidencia-se a sobreposição dessas novas proposições trazidas pelo Direito Administrativo Global à estrutura formal antes tomada como padrão para a esfera internacional, em razão das demandas apresentadas pela nova configuração das relações globais, envolvendo maior diversidade de atores em diferentes contextos, seguindo diferentes padrões normativos, nem sempre concentrados em um único instrumento. Surge, no âmbito da solução de controvérsias de investimento, um modelo fundado sobre valores transnacionais, para ser comparado com o modelo clássico de solução de controvérsias, seguido, por exemplo, pela Corte Internacional de Justiça (ICJ) e pela OMC, em que apenas Estados são admitidos como partes.

Trata-se de exemplo de aprofundamento da judicialização e de distanciamento do modelo da proteção diplomática, de modo a prevalecer a *rule of law*, a aplicação do direito, na regência destas novas relações na seara do investimento.<sup>64</sup>

Em resposta aos críticos que apontam como deficiência do modelo apresentado o déficit democrático no sistema de arbitragem de investimento, propõe-se a introdução de mecanismos de responsabilização, que traria o equivalente ao caráter democrático dado pelo procedimento administrativo e garantia dos direitos processuais, presentes na esfera nacional, para o plano transnacional.<sup>65</sup> Este mecanismo de responsabilização funciona por meio da instituição de princípios, procedimentos e remédios para o bom funcionamento da administração global. Esta estrutura viria para suprir a ausência no plano da administração global dos elementos responsáveis pela democracia no âmbito doméstico, de que são exemplos a participação processual e um mecanismo revisional.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> ALVAREZ, José E. The Public International Law Regime Governing International Investment. *Recueil des cours*, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 342.

<sup>65</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Direito Administrativo Transnacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. n. 18, Maio/Jun./Jul. 2009. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EURICO-BITENCOURT.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 12.

<sup>66</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11



Pautando-se pelo modelo proposto de Direito Administrativo Global, a normativa do investimento e a forma de solução de controvérsias hoje adotada passariam a se pautar pelos equivalentes de princípios, normas e institutos de direito administrativo domésticos, transpostos, com as devidas adaptações, para o plano global.<sup>67</sup> Adepta deste modelo, Anne-Marie Slaughter faz uma analogia entre as estruturas de governança encontradas na União Europeia e aquelas hoje identificáveis no plano internacional, especialmente no que se refere à atuação em redes transgovernamentais público-privadas.<sup>68</sup>

Pelo mecanismo de arbitragem investidor-Estado, dá-se ao investidor a oportunidade de desafiar a atividade administrativa do Estado hospedeiro perante tribunais arbitrais internacionais, caso entenda que os direitos que lhe assistem, fundados sobre o BIT celebrado, por exemplo, estão sendo violados. Cresce, portanto, a incidência de decisões provenientes destes tribunais, estendendo limitações tanto de cunho processual quanto de cunho material, na regulação doméstica.<sup>69</sup>

A atividade regulatória desempenhada pelos tribunais arbitrais de investimento passa, portanto, a exercer grande influência também nas esferas nacionais, diante do efeito regulatório exercido sobre a legislação interna, por meio das decisões proferidas. Sua atividade, portanto, deve se pautar pelo objetivo de garantir a introdução de verdadeiros padrões internacionalmente estabelecidos no plano doméstico dos Estados, nomeadamente aqueles que guardam relação com um dos padrões cuja presença é detectada com frequência nos BITs celebrados, qual seja, o do “tratamento justo e equitativo”.<sup>70</sup>

Emergem, paralelamente, manifestações quanto à atribuição de poder excessivo ao investidor, por meio do uso desta ferramenta, nem sempre contrabalançada por suficiente representação do interesse público em geral.<sup>71</sup> Argui-se aqui a transposição de funções por delegação (consolidada na aceitação pelo Estado da instância arbitral para resolução da disputa), originariamente pertencentes ao direito administrativo doméstico (dotado de mecanismos de transparência, participação e revisão), ao direito administrativo global (que não disporia de mecanismos correspondentes, responsáveis pela garantia da devida fiscalização e responsabilização na atividade desempenhada). Aponta-se que esta forma de exercício poderia até vir a inspirar uma forma de evasão à revisão efetiva da esfera doméstica.<sup>72</sup>

São tecidas importantes críticas também em torno da atividade regulatória dos tribunais, destacando-se o ativismo dos árbitros, que dispõem de amplos poderes para análise de proporcionalidade e o uso de outros instrumentos de direito público, em domínios que deveriam ser objeto de deliberação exclusiva das políticas públicas destes, como nas esferas ambiental e de política econômica.

Nesse bojo, a orientação e a formação do árbitro definirão sua postura, ao decidir questões de efetivo interesse público, ao confrontá-las com os interesses dos investidores.<sup>73</sup> Árbitros de tendência mais comercial terão menos atenção a estas questões, enquanto que árbitros mais preocupados com a judicialização do sistema seguirão a tendência mais formalista das cortes internacionais. No regime do investimento, os laudos arbitrais refletem aspectos políticos e pragmáticos da orientação do árbitro que decide a causa.<sup>74</sup>

jan. 2013. p. 15

<sup>67</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Direito Administrativo Transnacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. n. 18, Maio/Jun./Jul. 2009. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EURICO-BITENCOURT.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 12.

<sup>68</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*. Working Paper n. 18. Cambridge: Harvard Law School, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283976](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283976)>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 3.

<sup>69</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 23

<sup>70</sup> A esse respeito: SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso

em: 22 maio 2013.

<sup>71</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 23

<sup>72</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 39

<sup>73</sup> VAN HARTEN, Gus. *A Case for an International Investment Court*. Society for International Economic Law. Working Paper n. 22/2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 22.

<sup>74</sup> VAN HARTEN, Gus. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration. *Research Paper Series*. Research Paper n. 41/2012. Toronto: Oos-

A esse respeito, exalta-se a ausência de salvaguardas institucionais de independência, tendo em vista, por exemplo, a inexistência de qualquer vedação a que os árbitros que decidem os casos, indicados por um ou por outro lado, atuem também na condição de advogados, aconselhando, eventualmente, investidores em casos similares, até mesmo simultâneos, de modo que podem, ao mesmo tempo, ser árbitro, em um caso, e estar representando o investidor ou o Estado, como advogado, em outro. Disso resulta uma jurisprudência fraca e informal, potencialmente recheada de conflitos de interesse.

Grahme elenca uma série de razões pelas quais o procedimento arbitral não poderia ser considerado idôneo e compatível com o que se esperaria de um procedimento judicial em uma sociedade democrática, aparecendo, ao contrário, tendencioso, devido ao tráfico de interesses, carente de transparência e de equilíbrio entre as partes da demanda.<sup>75</sup>

No sistema, são ausentes quesitos que seriam essenciais para o exercício de forma idônea e imparcial da atividade arbitral, tais como a promoção da participação processual das minorias atingidas. Fica, assim, sem amparo o público afetado pela adoção ou alteração de políticas públicas no âmbito interno, originadas de decisões arbitrais em disputas de investimento, em que os interesses dos investidores se fizeram preponderantes no julgamento.

Esse tipo de consequência estaria representando uma afronta política à atual forma de solução de controvérsias de investimento.<sup>76 77</sup> A fundamentação das decisões proferidas é igualmente essencial neste quadro, sendo indispensável nesses casos em que a atividade administrativa global regulatória repercute sobre determi-

nados indivíduos ou minorias.<sup>78</sup>

Igualmente, um procedimento revisional por uma corte ou tribunal independente é essencial neste âmbito. Na esfera nacional, uma das características mais relevantes do direito administrativo é a de poder ter seus atos submetidos à revisão judicial perante uma corte ou tribunal. Na esfera global, o raciocínio é paralelo: a possibilidade de revisão das decisões proferidas por órgãos da administração global é essencial para sua legitimidade. É o que se reflete, por exemplo, no sistema administrativo vigente na União Europeia, em que órgãos europeus de proteção dos direitos humanos afirmaram repetidas vezes a importância desse direito em relação às decisões administrativas proferidas por órgãos inter-governamentais.<sup>79</sup>

Ainda, a partir de sua definição, como sendo de caráter público ou não, dependerá o futuro da arbitragem de investimento da criação de um sistema de leis, da formação de um corpo jurisprudencial, da dotação de maior transparência ao processo, da promoção do acesso a terceiros ao julgamento e da exigência de completa fundamentação das decisões proferidas.<sup>80</sup>

Proporcionalidade, racionalidade entre meios e fins, emprego de meios menos gravosos figuram entre os padrões materiais que devem nortear a atividade administrativa global. Inexiste ainda um consenso acerca de como deve ser feita a abordagem destas deficiências ligadas à imparcialidade, à transparência e à legitimidade no campo da solução de controvérsias em disputas internacionais de investimento, mas os debates de Direito Administrativo Global buscam respostas a estas questões.<sup>81</sup>

---

gode Hall Law School, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2149207>>. Acesso em: 11 jan. 2013, p. 49; e VAN HARTEN, Gus. *A Case for an International Investment Court. Society for International Economic Law*. Working Paper n. 22/2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 30.

<sup>75</sup> GRAHME F, Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012. Capítulo 5, p. 23.

<sup>76</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 24

<sup>77</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocket-books of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 330.

<sup>78</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 25

<sup>79</sup> Trata-se inclusive de direito sustentado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, constante dos artigos 6 e 14.

<sup>80</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocket-books of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 344.

<sup>81</sup> A esse respeito, Gus Van Harten e Susan Frank divergem profundamente, entendendo o primeiro que os argumentos empregues por Susan Frank para defesa do funcionamento adequado do sistema são fracos e carentes, em razão de não serem sustentados por dados precisos. Susan Franck, por seu turno, a partir de seu estudo, revela que as decisões arbitrais não são influenciadas em função do nível de desenvolvimento do país, consideração fortemente criticada por Van Harten. A esse respeito: VAN HARTEN, Gus. *Fairness and Independence in Investment Arbitration: A Critique of Susan Franck's*

O modelo Direito Administrativo Global propõe vias para uma reforma do sistema, procurando suprir as necessidades existentes e esculpir um sistema em que os problemas ora aventados não mais se façam presentes. As mudanças apresentadas para a solução desses problemas serão o objeto analisado no capítulo seguinte, apresentando-se as conclusões obtidas a partir da evolução do Direito Administrativo Global aplicado ao investimento estrangeiro. A partir da dinâmica institucional proposta, busca-se determinar o que falta ainda para que a governança do Direito Administrativo Global no campo do investimento tenha repercussão positiva tanto para investidores quanto para os atores Estatais.

### 3.2 Fundamentos do Direito Administrativo Global aplicados à atividade regulatória do investimento estrangeiro

No que toca à atividade regulatória do modo de solução de controvérsias aplicado ao investimento estrangeiro atualmente, são formuladas críticas apoiadas sobre o fato de que decisões arbitrais (logo, privadas) proferidas teriam o condão de influenciar de maneira profunda a adoção das políticas internas de um país, o que, em última instância, representaria a delegação a uma junta arbitral do juízo acerca de questões que demandam amplo debate e participação pública, conforme os pilares democráticos, que lhe atribuem legitimidade.<sup>82</sup> Nessa esteira, afirma-se que o funcionamento desse mecanismo estaria sendo colocado na função de agências revisórias externas da conduta do Estado, o que desperta questões quanto à legitimidade destes órgãos para o desempenho de função análoga.<sup>83</sup>

Diante das críticas tecidas e da problemática apontada relativamente ao sistema arbitral de investimento, surgem em resposta proposições diversas, como o retorno às tentativas de multilateralização do sistema, como proposto por Stephan Schill,<sup>84</sup> por exemplo, ou de constitucionalização

do sistema, seguindo a lição de Grahme, apontando, nesta medida, que os aspectos materiais seriam uma preocupação preponderante, posição da qual diverge Van Harten, ao entender que as questões procedimentais devem ser o foco da *rule of law*, mais do que os aspectos materiais.

Van Harten, inclusive, propõe uma corte comercial internacional formal para tratar das relações de investimento, a qual seria composta de juizes internacionais, sem nenhuma tendência comercial, imunes aos conflitos de interesses pelos quais os procedimentos arbitrais se encontrariam hoje contaminados. Tal corte julgaria disputas transfronteiriças e executaria os contratos e regulamentos. A corte seria regida pelos padrões usuais do devido processo legal, primando pela absoluta transparência, e prevendo-se também em seu bojo uma via recursal.<sup>85</sup>

Sinaliza Kingsbury que propostas como a de Van Harten seriam exemplos de uma estratégia do tipo “*top-down*”, ou seja, “de cima para baixo”, cuja dinâmica consiste na imposição de um regramento multilateral, estruturado sobre instituições formais de direito internacional, refletindo a concepção tradicional dos sistemas de direito internacional.<sup>86</sup> No entanto, diante da maré “antiformalização” que hoje se robustece,<sup>87</sup> a perspectiva de maior rigidez institucional parece se distanciar do momento de sair do papel. Emergem, por outro lado, fundadas sobre a dinâmica do Direito Administrativo Global, propostas para suprir as deficiências apontadas.

São proposições que, partindo-se da realidade verificada em torno do regramento hoje existente para o investimento estrangeiro direto, se mostram próximas daquilo que é viável. Foge-se aqui às propostas anteriormente descritas de multilateralização, de criação de um sistema institucional, seguindo os moldes tradicionais do direito internacional. O intuito aqui é o de tornar o mecanismo de solução de controvérsias para o investimento estrangeiro direto uma experiência melhor do que o que se observou até hoje a partir da atuação de órgãos formais como a CIJ e a OMC, que, sabe-se, padecem de sérios problemas.

---

*Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*. ITN Quarterly, Dezembro, 2010. Disponível em: <<http://www.iisd.org/itn/>>. Acesso em: 11 jan. 2013; e FRANCK, Susan. *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*. *Harvard International Law Journal*, v. 50, n. 2, 2009; *Washington & Lee Legal Public Legal Studies Research Paper Series*. Working Paper n. 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1406714](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1406714)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

<sup>82</sup> GRAHME F., Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012. Capítulo 5, p. 23.

<sup>83</sup> KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n. 09-46. New York: New York University School of Law, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466980>>. Acesso em: 11 jan. 2013. Capítulo IV.

<sup>84</sup> SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Online Proceedings, Working Paper n. 18/08. London: Society of International Economic Law, 2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

---

<sup>85</sup> VAN HARTEN, Gus. *A Case for an International Investment Court*. *Society for International Economic Law*. Working Paper n. 22/2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 21.

<sup>86</sup> KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. *Global Administrative Law Series*. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 43.

<sup>87</sup> Tendência ao abandono das instituições formais de direito internacional nas realidades em que há grande diversidade de atores (privados, públicos, híbridos) e cuja normativa aplicável não é única ou uniforme, sendo formada por várias fontes e instrumentos. É o que se constata na realidade de hoje na regulação do investimento estrangeiro direto.



Para tanto, Stephan Schill aporta ao estudo do Direito Administrativo Global contribuição significativa ao propor o assentamento da estrutura de solução de controvérsias de investimentos hoje vigente sobre o princípio do “tratamento justo e equitativo”.<sup>88</sup> Nessa esteira, esta estrutura para solução de controvérsias em matéria de investimento deveria ser vista como parte de um tipo de administração consistente em uma rede flexível que, por meio da produção crescente de um corpo jurisprudencial relativamente homogêneo na interpretação de certos termos de direito administrativo que aparecem em quase todos os BITs,<sup>89</sup> estaria funcionando de maneira eficaz como um “estabelecedor global de padrões” no campo do Direito Administrativo Global para o investimento estrangeiro.<sup>90</sup>

Alvarez e Khamsi, contudo, posicionam-se do lado contrário dessa corrente que aceita esta tendência de formação de um corpo administrativo jurisprudencial nesta seara. Argumentaram, exemplificando com casos concretos, que não se verifica necessariamente uma tendência de uniformidade interpretativa quando se está diante de situações com circunstâncias similares emergentes sob a égide de um mesmo tratado. Ilustram este posicionamento com caso estudado em sua análise, em que não foi sequer apreciado posicionamento anterior, sendo os casos muito semelhantes em que, contudo, foram proferidas decisões antagônicas.<sup>91</sup>

Arguem que, na dinâmica do investimento estrangeiro, os árbitros são escolhidos caso a caso, sem nenhuma vinculação no sentido de seguir ou tomar conhecimento de outros precedentes. Deste posicionamento, compartilham, sobretudo, estudiosos do campo da arbitragem comercial internacional.

<sup>88</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013.

<sup>89</sup> O uso crescente de “modelos” nesse campo resultou em uma verdadeira homogeneidade desses tratados. Esta atividade torna-se ainda mais importante diante do fato de que considerável número de BITs passou a se referir a estes padrões como sendo parte de um direito internacional costumeiro geral.

<sup>90</sup> MACDONALD, Euan. GAL and the nature of Bilateral Investment Treaty (BIT) tribunals. *Global Administrative Law – A blog dedicated to the continued development of the global administrative law (GAL) project: highlighting new events and publications and providing a forum for discussion and debate*. Disponível em: <<http://globaladminlaw.blogspot.com.br/2008/03/gal-and-nature-of-bilateral-investment.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

<sup>91</sup> ALVAREZ, José E.; KHAMSI, Kathryn. *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2008-5Alvarez-Khamsi.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013 e MACDONALD, Euan. GAL and the nature of Bilateral Investment Treaty (BIT) tribunals. *Global Administrative Law – A blog dedicated to the continued development of the global administrative law (GAL) project: highlighting new events and publications and providing a forum for discussion and debate*. Disponível em: <<http://globaladminlaw.blogspot.com.br/2008/03/gal-and-nature-of-bilateral-investment.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

Alvarez, contudo, destacou que tal conduta de total descon sideração do precedente anterior despertou ferrenhas críticas à ocasião do julgamento por aqueles que trabalham com arbitragem de investimento.

Esse tipo de exemplo seria capaz de enfraquecer a teoria de Schill, segundo a qual haveria uma tendência à formação de uma rede flexível de administração por essas cortes arbitrais, fundada sobre uma possível harmonia interpretativa. Daí também emergem questões quanto à natureza desses órgãos de resolução de controvérsias de investimento emergentes de BITs, se deveriam ou não ser compreendidos como arbitragens comerciais (e portanto puramente privadas) ou se seriam de uma natureza específica, a pressupor certo grau de “publicização”, o que, assim, tornaria adequada a aplicação de alguma noção em termos de precedente e ainda, possivelmente, outros mecanismos do direito administrativo, como devido processo legal e mecanismos de responsabilização institucional.<sup>92</sup>

Nessa esteira de que seria inevitável certo grau de publicização nessa esfera, a intenção de Schill é a de que, por meio do Direito Administrativo Global, garanta-se que a atuação dos órgãos de governança domésticos, regionais e globais que exercem poderes de relevância pública esteja enquadrada nos padrões de transparência, consulta, participação, racionalidade e legalidade e que haja revisão efetiva e independente das regras e decisões destes órgãos. O emprego do termo “global” decorre justamente desse envolvimento das esferas tanto nacional quanto internacional e, também, de atores e reguladores privados, híbridos, arranjos institucionais informais, que atuam em conjunto com instituições formais, além de ter em conta o fato da variedade de fontes normativas e de suas práticas, tanto transnacionais quanto internacionais.<sup>93</sup>

Esses processos de tomada de decisão estão intimamente relacionados ao cumprimento dos padrões estabelecidos internacionalmente por esses diversos órgãos referidos e têm considerável impacto especialmente nos países em desenvolvimento, muito dependentes do investimento estrangeiro e da assistência externa, e com frequência carecem de experi-

<sup>92</sup> ALVAREZ, José E.; KHAMSI, Kathryn. *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2008-5Alvarez-Khamsi.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013 MACDONALD, Euan. GAL and the nature of Bilateral Investment Treaty (BIT) tribunals. *Global Administrative Law – A blog dedicated to the continued development of the global administrative law (GAL) project: highlighting new events and publications and providing a forum for discussion and debate*. Disponível em: <<http://globaladminlaw.blogspot.com.br/2008/03/gal-and-nature-of-bilateral-investment.html>>. Acesso em: 22 maio 2013.

<sup>93</sup> KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richrd B. Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Rap, 2009. Disponível em: <<http://iilj.org/GAL/documents/GALBAbook.Introduction.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 12

se e de estrutura institucional para que consigam influenciar, desviar ou lidar com estas disposições. Kingsbury e Schill defendem que os tribunais arbitrais de investimento deveriam ser encarados como instrumentos de exercício de poder no espaço administrativo global.<sup>94</sup>

O Direito Administrativo Global deve, nesse bojo, tentar reverter a criticada tendência de favorecimento do investidor ou do Estado, por meio da inserção de padrões a serem seguidos de transparência, responsabilização institucional, consulta, racionalidade e legalidade. Em suma, aplicando os princípios do DAG na atividade regulatória exercida a partir do mecanismo de solução de controvérsias, de modo a reduzir esse tipo de questionamento em torno de sua parcialidade.

Afirmam que, ao definir padrões de conduta para o Estado diante dos investidores estrangeiros, definindo, por exemplo, o que seria administração imprópria ou violação do devido processo legal em face do tratamento justo e equitativo, pode estar exercendo influência não só sobre o comportamento daquele Estado, e também de outros Estados, quando em face de situações semelhantes, mas também sobre a própria conduta de outros tribunais arbitrais. São, portanto, considerados atores de governança, e não apenas julgadores ou tomadores de decisão em casos singulares.<sup>95</sup>

Em resposta, vêm à baila questionamentos dos críticos com relação à legitimidade da atividade regulatória desses tribunais. Schill defende que, aplicando-se o critério do Direito Administrativo Global aos tribunais arbitrais e estes em seu trabalho, seria possível melhorar este problema de legitimidade. Santiago Montt<sup>96</sup> afirma que esta atividade administrativa global exercida pelos tribunais poderá ser positiva quando aplicados os princípios das doutrinas Bello e Calvo às realidades latino-americanas, no sentido de tratar igualmente nacionais e estrangeiros, em questões referentes à propriedade e à proteção dos direitos econômicos e processuais.

O problema que demanda análise mais apurada nessa seara diz, com a vaga definição das garantias-padrão pelos

tratados internacionais de investimento, o que suscita uma percepção de que a interpretação dos tribunais arbitrais responsáveis pela solução de controvérsias emergentes desses tratados seria imprevisível, correndo ainda o risco de ser inconsistente e por vezes contraditória.<sup>97</sup>

Emergem daí os comentários quanto à crise de legitimidade na arbitragem de investimento. O princípio do tratamento justo e equitativo é trazido à apreciação na medida em que abrange uma diversidade de garantias e direitos, dentre os quais estariam compreendidos, conforme enumerado por Schill: estabilidade, previsibilidade e consistência; legalidade; proteção da confiança e de expectativas legítimas; devido processo administrativo e negativa de prestação jurisdicional; proteção contra arbitrariedade e discriminação; transparência, razoabilidade e proporcionalidade.<sup>98</sup>

Seria essa a cláusula que permitiria adentrar de maneira mais profunda no domínio reservado do Estado hospedeiro, constituindo um dos conceitos-chaves da governança das relações entre investidores e Estados, fazendo-se presente na vasta maioria dos BITs e também em tratados multilaterais de investimento, como é o caso do NAFTA (princípio constante do art. 1105 (1) do referido acordo) e do ECR (artigo 10(1) do tratado).

Diante da vaga conceituação desse padrão, contudo, os tribunais arbitrais de investimento são confrontados com a importante tarefa de preenchê-lo de conteúdo normativo, de acordo com o caso em que é aplicado. Para o autor, a construção do conteúdo normativo deste princípio seria exemplo do exercício da atividade administrativa global pelos tribunais arbitrais de investimento que, deparando-se com reiteradas questões emergentes dos tratados bilaterais de investimento, acabariam por consolidar um preenchimento adequado à normativa vaga daquele padrão estudado do tratamento justo e equitativo, definindo seus elementos.<sup>99</sup>

Stephan Schill procura demonstrar que a jurisprudência dos tribunais de investimento sobre o tratamento justo e equitativo pode ser resumida em um conceito essencialmente institucional e processual da aplicação do direito, que encontra correspondência nos principais sistemas jurídicos internos das democracias liberais e argumenta que tal enten-

<sup>94</sup> KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richrd B. Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America. El nuevo derecho administrativo global en América Latina. Buenos Aires: Rap, 2009. Disponível em: <<http://iilj.org/GAL/documents/GALBAbook.Introduction.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 16.

<sup>95</sup> KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richrd B. Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America. El nuevo derecho administrativo global en América Latina. Buenos Aires: Rap, 2009. Disponível em: <<http://iilj.org/GAL/documents/GALBAbook.Introduction.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 16.

<sup>96</sup> MONTT, Santiago. What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. *Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública*. Rap: Buenos Aires, 2007. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/montt.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

<sup>97</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 2.

<sup>98</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 11.

<sup>99</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 9.

dimento pode ser normativamente fundamentado no objetivo de tratados internacionais de investimento.

Buscam-se previsibilidade e uniformidade interpretativa em torno desse padrão que, como visto, tem diferentes vieses e oferece ampla capacidade de penetração no que seria chamado de “domínio reservado” do Estado hospedeiro, devendo, por esta razão, ser alvo de apurada análise no intuito de afastar possíveis decisões arbitrárias neste campo. Falta ainda, porém, clareza quanto à definição de seu conteúdo normativo, apesar de sua frequente aplicação. Disso decorrem questionamentos em torno da responsabilização institucional dos tribunais arbitrais de investimento e da legitimidade da jurisprudência por estes construída. A pesquisa desenvolvida por Stephan Schill busca compreender o tratamento justo e equitativo como uma encarnação do Estado de Direito.

Tendo identificado certos sub-elementos desse padrão a partir da atividade dos tribunais arbitrais de investimento, o autor defende a ideia de que estes elementos podem ser compreendidos e reunidos sob o conceito de *rule of law*, ou Estado de Direito. Apoiar-se sobre o fato de que o referido princípio teria uma função quase-constitucional, servindo como marco regulatório para atuação administrativa, judicial e legislativa do Estado hospedeiro em face dos investidores, posicionando-o acima de todo objeto e propósito dos tratados de investimento. Afirma que o tratamento justo e equitativo não deve ser compreendido como uma garantia absoluta, mas como um princípio que permite o equilíbrio entre a proteção do investimento e o interesse público do Estado hospedeiro.<sup>100</sup>

Afirma, também, que o tratamento justo e equitativo desenvolve-se por meio de exigências cada vez mais específicas, que os sistemas jurídicos nacionais têm de incorporar a fim de cumprir com os tratados internacionais de investimento. Ensina, assim, que este padrão assumiria uma função “comparável à do direito constitucional interno”, porém com duas modificações: só constitui um regime especial para os investidores estrangeiros e só enseja danos caso o Estado hospedeiro viole suas obrigações contratuais.

Aponta que dessa forma a jurisprudência dos tribunais arbitrais de investimento revela-se não na forma de decisões fragmentadas em um agregado desordenado dentro deste cenário, mas como expressão da emergência contínua de um regime global para governança do investimento estrangeiro e da conduta dos Estados hospedeiros a este relacionados.

Importante que se anote que a forma proposta de aplicação do princípio do tratamento justo e equitativo repercute necessariamente na esfera interna dos Estados hospedeiros, notadamente em sua estrutura institucional e em seu arcabouço processual. Nos Estados, a base para a implementação dessas mudanças seria, primeiramente, por óbvio, a consolidação do modelo democrático capaz de assegurar a vigência do Estado de Direito e, portanto, a garantia da segurança jurídica, tanto no âmbito do próprio Estado quanto no âmbito das relações internacionais e transnacionais, que mantiverem ou que o fizerem seus nacionais.<sup>101</sup>

É necessário que os Estados forneçam um sistema jurídico justo e eficiente de resolução de litígios judiciais para a revisão dos atos administrativos e para resolução de litígios entre as partes. O autor compara as obrigações decorrentes do tratamento justo e equitativo aplicadas aos procedimentos judiciais com as obrigações decorrentes dos instrumentos de direitos humanos, tais como o Art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Cita, como exemplo, o caso *Azinian v. México*, ocasião em que o Tribunal destacou que “uma denegação de justiça poderia ser invocada, se os tribunais se recusassem a instaurar um processo, sujeitasse o caso à demora injustificada, ou se administrasse a justiça de forma inadequada”.<sup>102</sup> Desse modo, o tratamento justo e equitativo concede um direito de acesso a um tribunal para os investidores estrangeiros.<sup>103</sup>

Schill sugere uma metodologia a ser seguida por estes tribunais encarregados da solução de controvérsias em investimentos na concretização deste padrão e na resolução de conflitos entre os interesses divergentes de Estados hospedeiros e investidores. Nesse bojo, indica que os tribunais deveriam empregar um método comparativo entre o direito doméstico e internacional, abrangendo a compreensão da repercussão da aplicação do direito na esfera doméstica e levando em conta a jurisprudência de outros tribunais internacionais também.<sup>104</sup>

Ou seja, pretende o autor destacar a importância da observância da cultura jurídica interna para compreensão da dinâmica institucional e das regras e posicionamentos adota-

<sup>100</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 10.

<sup>101</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 33/34.

<sup>102</sup> *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Final Award of Nov. 1, 1999, par. 102

<sup>103</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 26.

<sup>104</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 29.



dos de acordo com cada caso, respeitadas as circunstâncias. O mesmo se aplicaria ao direito internacional, devendo ser levadas em consideração, por exemplo, a jurisprudência de cortes internacionais, como a da Corte Europeia de Direitos Humanos ou a do Órgão de Apelação da OMC, e princípios como os do Direito Administrativo Europeu.<sup>105</sup> Destaca que, mediante esta observância, reforça-se a justificativa da interpretação que é dada caso a caso, dando maior credibilidade à tomada de decisão por estes órgãos.

Ressalta-se que a compreensão de como essas esferas aplicam o direito é essencial para que sejam proferidas decisões justas, sem resquícios de arbitrariedade ou de parcialidade em prol de uma ou de outra parte, sempre, porém, levando em consideração o fim priorizado no contexto dos tratados de investimentos internacionais: o da proteção e promoção do investimento estrangeiro entre as partes contratantes.<sup>106</sup> Atingido este fim, estar-se-á também trabalhando para atingir o fim último da promoção e proteção do investimento estrangeiro direto, consistente no estímulo ao crescimento econômico e ao desenvolvimento.<sup>107</sup>

Em última instância, além de ser defendida a função regulatória do Direito Administrativo Global no campo do investimento como forma de promover o equilíbrio entre as partes nas controvérsias destas relações, a correta aplicação dos princípios do tratamento justo e equitativo tem o importante papel de estimular a democratização e o aperfeiçoamento dos modelos jurídico-institucionais dos Estados hospedeiros, fazendo com que se adequem aos padrões internacionais. No contexto atual, o desempenho dessa tarefa representa significativo auxílio, sobretudo, aos países em desenvolvimento.

## 4. CONCLUSÃO

Como acertadamente ensina Alvarez,<sup>108</sup> a tendência que vem se confirmando é a do desaparecimento de uma hegemonia dos países do norte sobre os do sul, no que toca à direção dos fluxos de investimento, tal como ocorreu inicialmente. No quadro atual, a prática do investimento en-

contra seus atores das nacionalidades mais diversas, como já apontado neste estudo, sendo gradualmente enfraquecido o caráter exclusivamente extrativista das relações de investimento anteriores, fundadas sobre acordos entre países ricos que buscavam o lucro mediante o uso dos recursos de países em desenvolvimento.

Embora se confirmem as tendências de celebração de instrumentos mais justos entre as partes para o regramento do investimento estrangeiro entre empresas e governos locais, a fim de que seja evitada a proteção excessiva dos atores não estatais, essencial é a presença de um regramento mais estável, capaz de controlar e de limitar as relações de investimento, pois as pressões exercidas pelas multinacionais ocidentais e também por aquelas originárias das novas economias emergentes serão sempre decisivas no momento de elaboração da estrutura desses acordos e da condução do processo.

O posicionamento do Estado no centro da atividade regulatória no modelo *sui generis* do Direito Administrativo Global revela o caráter conflitante do diálogo entre *soft law* e *hard law*.<sup>109</sup> Verificou-se que regimes com aspirações universais, como o da OMC e o das Nações Unidas, não seriam mais a escolha da maioria dos Estados. Da mesma forma, as instituições tomadas pela política e pelo sistema da proteção diplomática não vigoraram no passado e padecem de sérios problemas de legitimidade e credibilidade no presente.

Por outro lado, a prática constatada hoje no cenário do investimento apresenta-se como alternativa às propostas até então apresentadas (e sabidamente frustradas) de regulação para estas relações. O mecanismo de resolução de conflitos, neste campo, remete-nos à perspectiva da ocorrência de mudanças, pautadas pelo aumento da qualidade de fundamentação, pelo estabelecimento de padrões com embasamento concreto para boa administração do Estado e pelo reconhecimento dos órgãos responsáveis pela resolução de disputas investidor-Estado, de que são ambos procedimento e sujeitos do Direito Administrativo Global e, portanto, também peças-chaves na condução desta evolução.<sup>110</sup>

A repercussão das decisões proferidas nas disputas de investimento emergentes de tratados bilaterais, assim como a

<sup>105</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 30.

<sup>106</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 30.

<sup>107</sup> SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013. p. 31.

<sup>108</sup> ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009. p. 347

<sup>109</sup> HELMWIG, Guilherme Centenario. *A crise financeira e as soluções internacionais*. CONGRESSO INTERNACIONAL: As integrações regionais e os indivíduos. 2012 e 4 de dezembro de 2012, Porto Alegre. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

<sup>110</sup> KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law*. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n. 09-46. New York: New York University School of Law, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466980>>. Acesso em: 11 jan. 2013. p. 52.

práxis da resolução desses casos, pode vir a se consolidada, no cenário global, como um corpo capaz de pautar a atividade dos atores envolvidos no cenário internacional, caso seguidos os princípios e parâmetros propostos pelo Direito Administrativo Global, notadamente daqueles decorrentes da interpretação do conteúdo do padrão de tratamento justo e equitativo. A eventual formação de padrões de decisões nesse cenário poderá, além de auxiliar na formação de decisões de casos futuros semelhantes, desempenhar importante papel no nivelamento da qualidade e padronização da atitude das jurisdições nacionais perante as relações de investimento.

Por essa razão, de grande dimensão é a potencial influência que esse mecanismo poderá exercer sobre a condução dos assuntos atinentes ao investimento estrangeiro direto no futuro. Diante da tendência que se afirma cada vez mais forte, de exercício desta atividade regulatória pela atividade arbitral no campo do investimento, e parte desta estrutura de governança que se forma, deve-se ter a garantia de que esta atuação esteja pautada por um conjunto de regras e princípios legitimadores desta prática, a fim de que o deslinde não seja arbitrário e tendencioso por influência da parte mais abastada da disputa.

Nessa esteira, os teóricos do regime que propõem a reorganização do cenário internacional pelos princípios, regras e procedimentos do Direito Administrativo Global, desde o início, deixam claro que suas aspirações não são as de democratizar as relações internacionais que têm lugar sob a égide de regimes e sistemas de direito internacional. O que se procura é reduzir as clivagens que hoje dificultam o ingresso daqueles atores menos favorecidos, que se colocam em posição de inferioridade, devido ao seu menor potencial econômico e de influência política na esfera internacional.

Dentro desse contexto, para que o Direito Administrativo Global possa de fato inspirar confiança e ter a repercussão idealizada, é essencial que seja dada legitimidade a estes regimes, por meio da introdução de mecanismos de fiscalização e de responsabilização institucional, promovendo-se a participação efetiva na construção e condução deste sistema, tanto pelos atores pressionados quanto pelas figuras e forças dominantes na clássica dinâmica norte-sul. Acredita-se que a promoção da participação nas estruturas e regimes já existentes seria a resposta capaz de trazer resultados de modo mais célere e efetivo aos clamores urgentes de reorganização do cenário internacional, do que a criação de um novo sistema, fundado sobre nova dinâmica, para esta disciplina.

O regime de investimento revela-se um valioso campo de estudos para temas recorrentes em outros regimes internacionais, tais como a resistência a pressões provenientes de diversos polos e a falta de técnicas para responsabilização dos árbitros perante uma instituição superior. As justificati-

vas normativas para o aperfeiçoamento do sistema arbitral para resolução de disputas de investimento hoje existentes ultrapassam os argumentos já conhecidos (e contestáveis) de que promoveria a otimização do investimento estrangeiro direto para a alocação eficiente de recursos.

Muito mais do que isso, por meio de um regime dotado de mecanismos adequados de responsabilização, da via recursal aos laudos exauridos em primeira análise, de transparência em fazer os documentos acessíveis ao público, fundamentando adequadamente as decisões tomadas, ficando abertos à submissão a mecanismos de revisão, para citar alguns exemplos de questões a serem aprimoradas, seria dada maior atenção às questões que constituem as maiores demandas nesta seara: o clamor por transparência e responsabilização, voltadas à defesa da correta administração do Estado e à proteção de direitos e outros interesses pertinentes.

O Direito Administrativo Global emergente pode desempenhar importante papel na condução das reformas necessárias, provendo valioso auxílio prático e normativo a este respeito. A inspiração na estrutura administrativa verificada na esfera nacional constitui grande vantagem para o aperfeiçoamento do modelo proposto. Aliando-se este estudo ao aprofundamento da teoria democrática global e transnacional, se estará traçando uma via para solução de questões relativas à diversidade, à igualdade e à justiça na esfera global, para o estabelecimento de um regime global para o investimento justo e legítimo, capaz de oferecer igualdade de tratamento para todos envolvidos nestas relações.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Recueil des cours, v. 344. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2009.

ALVAREZ, José E.; KHAMSI, Kathryn. *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2008-5.Alvarez-Khamasi.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013

BITENCOURT NETO, Eurico. Direito Administrativo Transnacional. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. n. 18, Maio/Jun./Jul. 2009. Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EURICO-BITENCOURT.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013

CNUCED. *Global Investment Trends Monitor*. n. 11, 2013.

- Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/web-diaeia2013d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/web-diaeia2013d1_en.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2013
- CUNHA, Bruno Santos. Resenha: O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma? *Revista Digital de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 242–244, 2012. Disponível em: <[www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos)>. Acesso em: 22 maio 2013
- FRANCK, Susan. Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration. *Harvard International Law Journal*, v. 50, n. 2, 2009; *Washington & Lee Legal Public Legal Studies Research Paper Series*. Working Paper n. 2009. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1406714](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1406714)>. Acesso em: 11 jan. 2013
- FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fábio Costa. As Consequências da Corrupção no Fluxo Transnacional de Investimento Estrangeiro Direto: Estudo Preliminar. In: SEMINÁRIO BRASILEIRO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS INTERNACIONAIS SEBREEI: Integração Regional e Cooperação Sul-Sul no Século XXI. 2012, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre, 2012.
- GRAHME F, Thompson. *The constitutionalization of the global corporate sphere?* Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GUZMAN, Andrew T. “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, 38 *Virginia Journal of International Law*, 639, 1998.
- HELLWIG, Guilherme Centenario. A crise financeira e as soluções internacionais. CONGRESSO INTERNACIONAL: As integrações regionais e os indivíduos. 2012 e 4 de dezembro de 2012, Porto Alegre. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.
- ICSID Website. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=RightFrame&FromPage=Organization%20and%20Structure&pageName=Organization>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2004/1. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/TheEmergenceofGlobalAdministrativeLaw.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n. 09-46. New York: New York University School of Law, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466980>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America. El nuevo derecho administrativo global en América Latina. Buenos Aires: Rap, 2009. Disponível em: <<http://iilj.org/GAL/documents/GALBAbook.Introduction.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013
- MACDONALD, Euan. GAL and the nature of Bilateral Investment Treaty (BIT) tribunals. *Global Administrative Law – A blog dedicated to the continued development of the global administrative law (GAL) project: highlighting new events and publications and providing a forum for discussion and debate*. Disponível em: <<http://globaladminlaw.blogspot.com.br/2008/03/gal-and-nature-of-bilateral-investment.html>>. Acesso em: 22 maio 2013
- MAGNOTTA, Fernanda Petená. Multipolaridade e multilateralismo: o G20 e a relação entre poder e governança no século XXI. In: ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, 3., 2011, São Paulo. Associação Brasileira de Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais – USP. Disponível em: <[http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=MSC000000122011000200010&lng=en&nrm=abn](http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000200010&lng=en&nrm=abn)>. Acesso em: 22 maio 2013
- MONTT, Santiago. What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. *Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública*. Rap: Buenos Aires, 2007. Disponível em: <<http://www.iilj.org/GAL/documents/montt.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013
- POULSEN, Lauge Skovgaard; HUFBAUER, Gary Clyde. Foreign Direct Investment in Times of Crisis. Working Paper Series 11-3. Washington: Peterson Institute for International Economics, 2011. p. 3-4.
- RIPINSKI, Sergey. Stephan W. Schill. The Multilateralization of International Investment Law – Book Review. *European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 598-602. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/content/22/2/598.full.pdf+html>>. Acesso em: 11 jan. 2013.
- SANCHEZ, Michelle Ratton. The Global Administrative Law Project: a review from Brazil. In: HAUSER GLOBALIZATION COLLOQUIUM FALL 2008: Global Governance and Legal Theory. NYU Law School: New York, 2008. Disponível em: <<http://www.iilj.org/courses/documents/Sanchez-GALProjectReviewfromBrazil.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013
- SCHILL, Stephan W. *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*. Global Administrative Law Series. IILJ Working Paper 2006/6. Disponível em: <<http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp>>. Acesso em: 22 maio 2013



- SCHILL, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*. Online Proceedings, Working Paper n. 18/08. London: Society of International Economic Law, 2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*. Working Paper n. 18. Cambridge: Harvard Law School, 2001. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283976](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283976)>. Acesso em: 11 jan. 2013
- UNCTAD. Course on Dispute Settlement, 2006. Disponível em: <<http://r0.unctad.org/disputesettlement/course.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*. v. 17, n. 1. p. 121-150. Oxford: Oxford University Press, 2006. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- VAN HARTEN, Gus. *A Case for an International Investment Court*. *Society for International Economic Law*. Working Paper n. 22/2008. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- VAN HARTEN, Gus. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration. *Research Paper Series*. Research Paper n. 41/2012. Toronto: Osgoode Hall Law School, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2149207>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- VAN HARTEN, Gus. Fairness and Independence in Investment Arbitration: *A Critique of Susan Franck's 'Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration'*. ITN Quarterly, Dezembro, 2010. Disponível em: <<http://www.iisd.org/itn/>>. Acesso em: 11 jan. 2013
- VAN HARTEN, Gus. Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law. Draft forthcoming in SCHILL (ed.). *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1658523](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1658523)>. Acesso em: 11 jan. 2013
- VAN HARTEN, Gus. Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection. *12 Review of Int'l Political Economy*. 600, 2005. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1468690](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1468690)>. Acesso em: 11 jan. 2013
- WORLD BANK. *Multipolarity: The New Global Economy*. 104-117, 2011. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/INTGDH/Resources/GDH\\_CompleteReport2011.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTGDH/Resources/GDH_CompleteReport2011.pdf)>. Acesso em : 11 jan. 2013
- Case:  
*Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Final Award of Nov. 1, 1999.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Is investment arbitration  
an appropriate venue for  
environmental issues? A Latin  
American perspective.**

Nitish Monebhurrun

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW



## Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective.

### As arbitragens sobre investimentos são apropriadas para tratar temas ambientais? Uma perspectiva latino-americana\*

Nitish Monebhurrin<sup>1</sup>

#### ABSTRACT

The aim of this contribution is to examine how the environmental conundrums are brought before arbitral tribunals within the ambit of international investment law. It seeks to understand whether these tribunals specialised in investment law constitute an appropriate forum to consider environmental issues. The method applied is an inductive one. The general argumentation is indeed induced from the study of the awards rendered by arbitral tribunals, mainly within the Latin-American region. In this vein, the article concludes that although investment tribunals are not primarily designated to apply environmental law, they do, practically, accept environment protection arguments: this will be presented as an “environmental defense”. The article highlights the conditions for such a defense to be successful. For this reason, the contribution has a practical value: instead of focusing on the protection of the environment as a mere objective – as it is often done –, it presents such a protection as a means of defense in arbitral litigations.

**Keywords:** International investment law, international arbitration, environmental law

#### RESUMO

O objetivo desta contribuição é examinar como as problemáticas ambientais são levadas perante os tribunais arbitrais, no âmbito do direito internacional dos investimentos. Pretende-se compreender se estes tribunais especializados em direito dos investimentos constituem um fórum apropriado para tratar de questões ambientais. O método utilizado para tanto é indutivo. A argumentação geral é induzida a partir do estudo das sentenças proferidas por tribunais arbitrais, principalmente na região latino-americana. Nesse sentido, o artigo conclui que, embora os tribunais arbitrais não sejam principalmente designados para aplicar o direito ambiental, estes aceitam, na prática, a proteção do meio ambiente como um argumento válido, e isto será apresentado como uma “defesa ambiental” na arbitragem. O artigo destaca as condições para garantir o sucesso dessa defesa. Por esta razão, a contribuição tem um valor prático: em vez de considerar a proteção do meio ambiente como um mero objetivo, como é habitualmente feito, esta será apresentada como um meio de defesa em litígios arbitrais.

<sup>1</sup> The author is a United Nations (UNDP) consultant at the Conselho Administrativo de Defesa Econômica of Brazil and a Ph.D Fellow at the Law School of Sorbonne, Paris. Email: nitish.monebhurrin@gmail.com

\* Recebido em 24/10/2012

Aprovado em 26/01/2013



# 1. INTRODUCTION

Scope of the study<sup>2</sup>. Many Latin American States have always had a tumultuous relationship with international investment law<sup>3</sup>. However, despite a surely unconscious Calvo heritage distilled in their mindset, they remain strong and important actors of this law field<sup>4</sup>. In view of this Biennial Conference of the Latin American Society of International Law, it is on the Latin American background that this article will consider to what extent investment arbitration is an appropriate venue for environmental questions. At the same time, the present contribution will try to abide to the Conference's theme which is, 'Heritage and Inheritance in International Law'. The logic of 'heritage and inheritance' used here will be that of stock taking: past interactions between investment law and environmental protection will be highlighted in order to provide a reading grid of some techniques which can eventually be applied by Latin American States should they - as some of them have been - be confronted to cases implying similar conundrums. These techniques are not absolute ones. They are available possibilities with specific principles which can, however, be adapted for the sake of other cases. Obeying to the Conference's settings in which writing space and time accorded for the presentation are both limited, the study will obviously not be exhaustive<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> This article was accepted for and presented at the Latin-American Society of International law biennial conference in August 2012 in Rio de Janeiro, Brazil.

<sup>3</sup> RANCK, Suzanne. Development and outcome of investment treaty arbitration. *Harvard International Law Journal*, v. 50, n. 2, p. 202, 2009.; GAILLARD, Emmanuel. Anti-arbitration trends in Latin America, *New York Law Journal*, v. 239, n. 108, 5 jun. 2008.; GARCIA-BOLIVAR, Omar E. The surge of investment disputes: Latin America testing the international law of foreign investments. In: THE SECOND BIENNIAL GENERAL CONFERENCE OF THE ASIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, Tokyo, aug. 2009. Annals... p. 4-6. Tokyo: University of Tokyo, 2009.; FACH GOMEZ, Katia. Latin America and ICSID: David versus Goliath. *Law and Business Review of the Americas*, v. 17, p. 216-221, 2011; MACHADO, Decio. Ecuador y la denuncia de los tratados bilaterales de inversión, CATDM, 07/12/2009. Available at: <<http://www.cadtm.org/Ecuador-y-la-denuncia-de-los>>.

<sup>4</sup> MORTIMORE, Michel, STANLEY, Leonardo. Justice denied: dispute settlement in latin america's trade and investment agreements, working group on development and environment in the Americas. Discussion Paper, n. 27, p. 2, oct. 2009.

<sup>5</sup> Some studies have shed a deeper and more global light on the subject. See: ROBERT-CUENDET Sabrina. Protection de l'environnement et investissement étranger: les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale. Paris: Thèse, 2008. p. 530.; VIÑUALES, Jorge. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship.

Components of 'Environment'. 'Environment' will here be taken in its lato sensu sense, that is, encompassing natural resources like air, water, soil, fauna and flora but also cultural heritage. This method to identify what pertains to environment is not purely subjective. The Lugano Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment of the 21th June 1993 reveals a similar definition<sup>6</sup> which also happens to be that of the United Nations Environment Program<sup>7</sup>. These components of the definition of the concept of environment are protected by a whole network of international environmental agreements<sup>8</sup>. Still, this does not mean that environmental questions and issues are limited and restricted to the

Research Paper, Geneva, n. 2, p. 1-74, 2010.

<sup>6</sup> Lugano Convention on *Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*, 21 June 1993, article 2.12 Available at: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/150.htm>.

<sup>7</sup> FITZMAURICE, Malgosia. International protection of the environment, *R.C.A.D.I.*, v. 293, p. 25, 2001.

<sup>8</sup> See for example: United Nations Framework Convention on Climate Change, 9/05/1992; United Nations Convention on Biodiversity, 05/06/1992; Helsinki Convention on transboundary Watercourses and International Lakes, 17/03/1992; Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic, 22/09/1992; Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, 10/05/1993; Convention on the Cooperation for the Protection and Sustainable use of the Danube River, 29/06/1994; United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 14/10/1994; Protocol Concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity in the Mediterranean, 10/06/1995; Agreement on the Cooperation for the Sustainable Development of the Mekong River basin, 05/04/1995; Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean, 10/06/1995; Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11/12/1997; Rotterdam Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade, 10/09/1998; Cartagena Protocol to the United Nations Convention on Biodiversity, 29/01/2000; European Landscape Convention, 20/10/2000; Convention on the Conservation and Management of Fishery Resources in the South-East Atlantic Ocean, 20/04/2001; Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 22/05/2001; Black Sea Biodiversity and Landscape Conservation Protocol to the Convention on the Protection of the Black Sea against Pollution, 14/06/2002; Convention for Cooperation in the Protection and Sustainable Development of the Marine and Coastal Environment of the Northeast Pacific, 18/02/2002; ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution, 10/06/2002; Convention on Strategic Environmental Assessments to the convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 21/05/2003; Convention on the Conservation and Management of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and central Pacific Ocean, 19/06/2004; Treaty on the conservation and sustainable management of Forest Ecosystems in Central Africa and to Establish the Central African Forests Commission, 05/02/2005; Charter of the Association of South-East Asian Nations, 20/11/2007.

sole ambit of national or international environmental law.

Two levels where international investment law and environmental protection meet. Environmental questions, claims or damages are seldom standalone ones. Very often, an environmental question will not be only and purely related to the environmental law ambit<sup>9</sup>. Practically, such questions may arise in the context of economic law, of administrative law, of sea law or of human rights. It is in the same vein that environmental issues have been colouring the framework of international investment law<sup>10</sup>. This can be illustrated at two levels. Firstly, there have been some investment cases triggered after the adoption by a State, of an environment protection measure. Foreign investors have claimed that such measures adopted by their host States were in violation of their protected rights under an applicable investment agreement<sup>11</sup>. The investors claimed that the enforcement of an environmental measure had a detrimental effect on their activities. The roots of environmental law have reached the field of international investment law, thereby setting up a scene with interweaving norms, often in a disorderly fashion and with a degree of interaction worth studying<sup>12</sup>. Secondly, and in the same

vein, many new international economic agreements which contain a chapter on investment protection also have relevant provisions on environmental protection. This can be seen in many of the recent free-trade agreements signed by a certain number of Latin American States. The free-trade agreement between the United-States and Peru for example highlights that investment protection provisions shall not be «construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure (...) that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns<sup>13</sup>». Similar provisions can be found in agreements signed by Latin American States like Chile, Colombia, Honduras, Panama, Costa Rica with States like the United-States, Canada, Japan, Australia or Malaysia. On a more regional level, an economic partnership agreement signed between the European Union and the CARIFORUM innovates with a chapter on investors' behaviour which states that the State must take appropriate measures so as to ascertain that «[i]nvestors do not manage or operate their investments in a manner that circumvents international environmental or labour obligations arising from agreements to which the EC Party and the Signatory CARIFORUM States are parties<sup>14</sup>». These agreements have not yet received relevant interpretation or application and therefore, their effectiveness cannot as such be assessed. However, they do remain suitable examples corroborating this new conundrum of international investment law.

Building up an environmental defense. The most appropriate setting to examine the various aspects of

<sup>9</sup> SANDS, Philippe. Litigating environmental disputes: courts, tribunals and the progressive development of international environmental law: the policy framework for investment: the social and environmental dimensions, *Global Forum on International Investment*, OECD, p. 4, mar. 2008.

<sup>10</sup> TIENHAARA, Kyla. Unilateral commitments to investment protection: does the promise of stability restrict environmental policy development?, *Yearbook of International Environmental Law*, v. 17, p. 139, 2006.

<sup>11</sup> See for example: *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A., v. Costa Rica*, ICSID Case No.ARB/96/1, Final Award, 17/02/2000; *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID n° ARB/AF/97/1, award, (30/08/2000); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID n° ARB(AF)/00/2), Award (29/05/2003); *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID n°. ARB/01/7, Award (25/05/04); *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. Egypt*, ICSID n°.ARB/84/3, Award (20/05/1992); *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID n°. ARB/05/8, Award (11/09/07); *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award (13/12/2000); *Ethyl Corp. & Canada Ethyl Corp. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction; *Chemtura Corporation cv Canada*, UNCITRAL, Award, (02/08/2010); *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and on the Merits, (03/08/2005).

<sup>12</sup> The subject of interactions of law fields has become common in the study of international law. See for example: DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. p. 303.; SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus. W.; NEWCOMBE, Andrew. (Ed.). *Sustainable development in world investment law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 902.; HIRSCH, Mosche. Interactions

Between investment and non-investment obligations. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 154-181; KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Geneva: Rapport du Groupe d'Étude de la Commission du droit international, 2006. p. 279.; MOLOO, Rahim; JACINTO, Justin. Environmental and health regulation: assessing liability under investment treaties. *Berkley Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 101-165, 2011. VIÑUALES, Jorge. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. Research Paper, Geneva, n. 2, p. 1-74, 2010.; VIÑUALES, Jorge. Conflits normatifs en droit international: normes environnementales vs. protection des investissements. *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, p. 407-428, 2010.

<sup>13</sup> Free-trade agreement between the United-States and Peru (12/04/2006), article 10.11.

<sup>14</sup> Economic Partnership Agreement between the European Union and the CARIFORUM, Bridgetown (15/10/2008), article 72 (c).

this problematic interaction between investment law and environmental law remains the arbitral tribunals and their consideration of the matter. Indeed, if the *raison d'être* of their jurisdiction revolves around international investment law, they do not necessarily act in a close circuit, blind and deaf to non-investment considerations. Practically, they do accept arguments – normally brought forward by the States – framed on environmental protection. However, the admissibility of such arguments does not automatically imply that they will be decisive to build the tribunals' conclusions; their acceptance does not mean that a decision of nonsuit will be adopted against the investor claiming that an environmental regulation has, for instance, indirectly expropriated his investment. Still, practically, environmental issues appear under a specific format in investment arbitration: they act as a means of defense. They appear as what can be called, an 'environmental defense', used by the defendant State so as to justify that they cannot be held liable for protecting the environment; in the alternative, this defense aims at lowering the eventual compensation to be paid. Because of its specialisation, an arbitral tribunal in the ambit of international investment law is of course not the best forum to adjudicate environmental issues. The case law is not sufficiently developed and coherent to assert that it is an alternative forum. But despite their specialisation in investment litigation (I), arbitral tribunals do accept environmental arguments presented as a means of defense (II) which can, however, be barred by a claim grounded on the investor's legitimate expectations (III).

## 2. THE SPECIALISATION OF ARBITRAL TRIBUNALS IN INVESTMENT LITIGATION

Arbitral tribunals are expected to apply the law protecting investments. The protection available to international investors in international investment agreements is very tentacular. If they consider that a national measure is detrimental to their activities, they are blessed with a series of provisions enabling them to sue their host States<sup>15</sup>. The investor is, for example, protected against an unfair and unequal treatment, against discrimination related to nationality reasons or

<sup>15</sup> See for example: OECD. *Droit international de l'investissement: un domaine en mouvement: complément aux perspectives de l'investissement international*. Paris: OECD, 2005. p. 175.

against expropriatory measures<sup>16</sup>. In this sense, the legal questions set to arbitral tribunals have an already-fixed background. No novelty lies in this finding; just like a human rights court is specialised in human rights questions, an arbitral tribunal for investment matters is obviously expected to apply investment law. Many, if not the majority, of existing classical bilateral investment agreements rarely refer to non-investment matters. An arbitral tribunal is constituted on the basis of such types of agreements and it obviously prioritises questions based on investment protection. In the *Santa Elena v. Costa Rica* case, the tribunal stated that:

«While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.<sup>17</sup> ».

This does not necessarily denote that there is a bias in favour of the protection of private investors or that questions of public interests are forgotten or relegated to an inferior division<sup>18</sup>.

The arbitration system is voluntarily in disequilibrium in favour of the investors' protection. The overall system whereby the investor is always the claimant and the State, the defendant, indeed gives the appearance of a disequilibrium<sup>19</sup>. The latter does exist but

<sup>16</sup> NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luis. *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2009. p. 147-398.

<sup>17</sup> COMPANÍA del desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica, ICSID n.º. ARB/96/1, Award (17/02/2007), p. 71-72.

<sup>18</sup> See for example: SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The settlement of foreign investment disputes*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 9.

<sup>19</sup> BEN HAMIDA, Walid. *Le système actuel est-il déséquilibré*



is a voluntary one, accepted by States which knowingly sign and ratify investment agreements<sup>20</sup>. It actually and mainly belongs to the States to determine the degree of specialisation of arbitral tribunals because the former negotiate the investment agreements which provide for the latter's jurisdiction. Hence States have the required competence to frame such agreements as per their will and objectives. If they consider that environmental protection is paramount and that investors' activities should thereby be harnessed in this sense, they are in the best position to include environment protection provisions in the investment agreements they sign. The integration of environmental norms in international economic law can be an efficient means to contribute, at least partially, to the effectiveness of environment protection objectives<sup>21</sup>. The above-mentioned free trade agreements perhaps constitute a first step to pave the way in this direction. Practically though, it is not always an easy achievement for developing States to successfully negotiate international agreements geared towards their interests. Indeed, they have a poor bargaining power in international negotiations. In 2006, for instance, Bolivia proposed a treaty project on equitable trade and cooperation to the United-States of America. Considering the economic disequilibrium between the two States, Bolivia suggested that a bilateral agreement should include, amongst others, provisions on poverty reduction, healthy environment, the promotion of agri-

cultural and indigenous agriculture, sovereignty over natural resources, principles of special and differential treatment, the protection of biodiversity or of cultural diversity. The proposition was simply rejected by the United-States of America<sup>22</sup>. Some developing States have managed to negotiate bilateral investment treaties upholding their national interests but this remains an exception<sup>23</sup>. In the majority of cases, investment tribunals have had to interpret and apply agreements which are purely focused on investment protection. But this did not prevent States from invoking non-investment related arguments to defend their position during the litigation process. In so doing, they have often relied on their national regulations on environment protection, or, on international environmental agreements. And in one way or the other, thinking that environmental protection measures are laden with legitimacy, they have presented them as a means of defense against the investors' claims, testing such arguments before arbitral tribunals.

### 3. THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT ACCEPTED AS A MEANS OF DEFENSE BY THE ARBITRAL TRIBUNALS.

A means of defense strengthened by scientific expertise. Considering and studying environmental protection through the lenses of international investment law is of definite interest and has an unquestionable practical value. Various studies have been produced on the subject which is becoming more and more fashionable. This obviously has a consequence on the angles through which the matter is examined. Indeed, the cases whereby investment law interacts with environmental law are not innumerable and many of the conundrums, intricate as they are, have to a large extent already been enlightened. This contribution does not

en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil?: table ronde. In: LEBEN, Charles. *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: nouveaux développements*. Paris: L. G. D. J. 2006. p. 200; JUILIARD, Patrick. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil?: table ronde. In: LEBEN, Charles. *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: nouveaux développements*. Paris: L.G.D.J., 2006. p. 190-191; SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Power and justice: third world resistance in international law. *Singapore Yearbook of International Law*, v. 10, p. 32, 2006.; WALDE, Thomas. W. Procedural challenge in investment arbitration under the Shadow of the dual role of States: asymmetries and tribunals' duty to ensure pro-actively, the equality of arms. *Arbitration International*, v. 26, n. 1, p. 15-16, 2010.

<sup>20</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Are Bilateral Investment Treaties Contemporary Unequal Treaties?. *International Journal of Contemporary Laws*, v. 1, n.1, 2012. Available on: <[http://www.ijcl.co.in/uploads/8/7/5/1/8751632/ijcl\\_vol.1\\_1\\_-\\_article\\_by\\_nitish.pdf](http://www.ijcl.co.in/uploads/8/7/5/1/8751632/ijcl_vol.1_1_-_article_by_nitish.pdf)>.

<sup>21</sup> MONEBHURRUN, Nitish. Criticism on SDGs and presentation of the principle of integration as an international law instrument to contribute to sustainable development. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo da Rocha (Org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável: legal instruments for the implementation of sustainable development*. Rio de Janeiro: FGV-Publication, 2012. p. 155-172.

<sup>22</sup> FACH GOMEZ, Katia. Latin America and ICSID: David versus Goliath. *Law and Business Review of the Americas*, v. 17, p. 219-220, 2011.

<sup>23</sup> See for example: The bilateral investment treaty between the United Kingdom and Vietnam (01/08/2002), Annex entitled « Exceptions to the grant of national treatment to investments and returns of investments of nationals or companies of the United Kingdom », [available at: <[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_vietnam.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_vietnam.pdf)>]; Bilateral investm treaty between the United Kingdom and Panama (07/10/1983) [available at: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_panama.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_panama.pdf)].

necessarily seek to come up with new Gordian knots. Instead, it exhaustively tries to shed some new light on existing findings. Many investments made in Latin American States relate to sectors which are of environmental concern: waste management, mining, water or energy for instance. One of the means to strengthen an environmental defense in these sectors is to take stock from past cases where such defenses have proved successful. In this sense, an element which has a considerable influence in forging a solid environmental defense is the presentation of scientific reporting and expertise<sup>24</sup>. What appears behind this means of defense – apart from its strategical aspects – is a will by the State to promote and protect the national public interest of which it is the guarantor. In a way, this bears testimony of the presence of public interest questions in investment arbitration<sup>25</sup>. Even if international investment law mainly aims at the protection of private investors, the presence of and the reference to such questions is not anachronic; the arbitral procedure often concerns issues related to the fields of environmental protection<sup>26</sup>,

human rights<sup>27</sup>, health<sup>28</sup>, cultural heritage<sup>29</sup> or access to water and energy<sup>30</sup>. These elements are entrenched in the regulatory powers of States and they undeniably colour some phases of the litigation. It follows that, as an arbitral tribunal cannot impose a given line of defense, it has to listen to the parties' arguments so as to decide afterwards whether or not they are relevant and therefore, whether or not they are admissible. Normally, when environmental protection arguments are put forward, tribunals do unlock their jurisdictional space to accept such arguments and in some cases, much time is allocated to these questions<sup>31</sup>. Indeed, the environmental defense acts as a measure of the States' liability. Their aim is to seek a full exoneration by arguing that what the investor presents as a measure infringing the applicable investment agreement is simply a national environmental regulation which can also have been adopted in order to enforce an international environmental agreement. Still, to adopt a humble but at the same time practical position vis-à-vis this normative interaction leads to the following conclusion: international investment law has shown its permeability to environmental issues and considering the law as it exists, the highest consideration with which environmental norms can be dressed within the ambit of international investment law is that of an instrument of defense. Maybe it is as such that they should be sharpened and it is in this direction that they should be aligned for better efficiency in their use

<sup>24</sup> See: VIÑUALES, Jorge. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. Research Paper, Geneva, n. 2, p. 30-34, 2010.

<sup>25</sup> On these questions, see: CHOUDHURY, Barnali. Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit?. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 3, p. 791. 2008.; EL BOUDOUHI, Saïda. L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. *Annuaire Français de droit international*, v. 51, p. 542-563, 2005; SCHREUER, SCHREUER, Christoph, KRIEBAUM, Ursula. From individual to community interest in international investment law. In: FASTENRATH, Ulrich, et al. From bilateralism to community interest: essays in honour of judge Bruno Simma. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1079; TEITELBAUM, Ruth. A look at the public interest in investment arbitration: is it unique? what should we do about it?. *Berkley Journal of International Law Publicist*, v. 5, p. 54-62, 2010.

<sup>26</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A., v. Costa Rica*, ICSID n°.ARB/96/1, Award (17/02/2000); *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, Award partielle (13/12/2000); *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID n°. ARB(AF)97/1, Award (30/08/2000); *Methanex v. USA*, UNCITRAL, Award (30/08/2005); *Ethyl Corp. & Canada Ethyl Corp. v. Canada*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction (24/06/1998); *Chemtura Corporation v. Canada*, UNCITRAL, Award (02/08/2010),

<sup>27</sup> *Azurix v. Argentina*, ICSID n°.ARB/01/12, Award (14/07/2006); *Impregilo S.p.A. v. Argentina*, ICSID n°. ARB/07/17, Award (21/06/2011); *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID n°. ARB/03/9, Award (5/09/2008); *National Grid plc v. Argentina*, UNCITRAL, Award (03/11/2008); *Sempre Energy International v. Argentina*, CRIDI n°. ARB/02/16, Award (28/09/2007); *Siemens v. Argentina*, ICSID n°. ARB/02/8, Award (06/02/2007); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, ICSID n°. ARB/03/19, Décision sur la responsabilité (30/07/2010); *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia*, ICSID n°. ARB/02/3 Pétition pour l'acceptation d'un *amici curiae* (29/08/2002).

<sup>28</sup> *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, Award partielle (13/12/2000).

<sup>29</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. Egypt*, ICSID n°.ARB/84/3, Award (20/05/1992); *Glamis Gold, Ltd. v. USA*, UNCITRAL, Award (08/06/2009); *Parkerings Companiet A.S. v. Lithuania*, ICSID n°. ARB/05/8, Award (11/09/2007).

<sup>30</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, ICSID n°. ARB/03/19, Decision on Liability (30/07/2010); *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia*, ICSID n°. ARB/02/3, Petition for the acceptance of *amici curiae* (29/08/2002).

<sup>31</sup> See for example: *Methanex Corporation v. United-States of America*, UNCITRAL, Final Award on jurisdiction and on the merits (03/08/2005); ROBERT-CUENDET Sabrina. *Protection de l'environnement et investissement étranger: les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*. Paris: Thèse, 2008. p. 322.

and invocation. The scientific and technical expertise underpinning these arguments are also welcome in the same flow. Depending on the factual background of the case, the environmental defense could be used strategically with the sole aim of safeguarding the State's liability and in so doing, of avoiding or reducing the amount of any compensation due. The objective of environmental protection is not forgotten in this process; it is attained through a ricochet effect.

Scientific expertise must not be assessed technically by tribunals but used as elements of evidence. Arbitral tribunals can refer to or accept experts' opinions on any subject matter; they can ask the parties to a dispute to produce such expertise and they can ask for the presence of experts during the arbitration process. This is for example provided for at article 34 (2) (b) of the ICSID's rules of procedure<sup>32</sup>. Attention and caution, but also financial means, invested in environmental technical expertise can be decisive in the quest of convincing an arbitral tribunal<sup>33</sup>. Here, the state of development of the defendant State is, of course, very relevant. This will determine its capacity to invest in scientific studies just for the sake of arbitral proceedings. At the same time, it is true that the arbitrators might not always be technically equipped to fully understand a specialised environmental expertise<sup>34</sup>. In the Pulp Mill case before the International Court of Justice, considerable and dense scientific evidence had been brought by the parties<sup>35</sup>. This judgement was rendered with a joint dissenting opinion of Judges Simma and Al-Khasawneh and one of the reasons of their dissent was, they claimed, because of an inefficient methodology used by the Court to treat and process scientific studies brought before them<sup>36</sup>. It is indeed a question of methodology and it is clear that tribunals must not examine whether the expert reports are scientifically correct. It does not pertain to their role as tribunals and, in any case, they do not have the necessary technical competences and tools

to do so; they are not expected to act as environmental experts. They must only view and accept such scientific findings as elements of evidence enabling them to reach a decision grounded in law<sup>37</sup>. The Operational Rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment of the Permanent Court of Arbitration has an interesting provision on this point. It states that the tribunal «may request the parties jointly or separately to provide a non-technical document summarizing and explaining the background to any scientific, technical or other specialized information which the arbitral tribunal considers to be necessary to understand fully the matters in dispute.<sup>38</sup>». This approach helps to simplify technical data and process it for their optimal use by tribunals and can be considered as a productive step in the use of and in the access to scientific evidence. But even without a provision of this type, other tribunals have not been reluctant to consider scientific evidence.

To act as relevant and admissible evidence, the seriousness and the objectivity of the scientific expertise have to be examined. In one Methanex case, for example, the State of California had prohibited the use of 'MTBE' ('methyl tertiary-butyl ether') in fuel production. The investor, Methanex, specialised in the production and distribution of methanol, claimed that the Californian measure had affected his activities, thereby violating the relevant NAFTA provisions on fair and equitable treatment, national treatment and expropriation<sup>39</sup>. The State argued that the use of 'MTBE' was a threat to the environment as it could potentially pollute underground waters and drinkable water<sup>40</sup>. In so doing, it based it self on a scientific study examining the impact of 'MTBE' on human health and the environment; this study had been asked to the University of California<sup>41</sup> and it indeed highlighted the risks inherent to the use

<sup>32</sup> The arbitral regulation is available at : [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR\\_French-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf)

<sup>33</sup> PAYNE, Cymie. Mastering the evidence: improving fact finding by international courts. *Environmental Law*, v. 41, p. 1191-1220, 2011.

<sup>34</sup> VIÑUALES, Jorge. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. *Research Paper*, Geneva, n. 2, p. 31, 2010.

<sup>35</sup> See: PAYNE, Cymie. Mastering the evidence: improving fact finding by international courts. *Environmental Law*, v. 41, p. 1198, 2011.

<sup>36</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.v.J. Reports 2010, p. 109, §2.

<sup>37</sup> See for example: *Chemtura Corporation v. Canada*, UNCITRAL, Award (02/08/2010), §134-135; see also: VIÑUALES, Jorge. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. *Research Paper*, Geneva, n. 2, p. 61-62, 2010.

<sup>38</sup> Permanent Court of Arbitration, Operational Rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment, article 24(4).

<sup>39</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and on the Merits, (03/08/2005), see as from §26.

<sup>40</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and on the Merits, (03/08/2005), §15.

<sup>41</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and on the Merits, (03/08/2005), Part III, chapter A.



of the chemical component<sup>42</sup>. This expert opinion was favorably received by the tribunal which states that it:

« (...)accepts the UC Report as reflecting a serious, objective and scientific approach to a complex problem in California. Whilst it is possible for other scientists and researchers to disagree in good faith with certain of its methodologies, analyses and conclusions, the fact of such disagreement, even if correct, does not warrant this Tribunal in treating the UC Report as part of a political sham by California. In particular, the UC Report was subjected at the time to public hearings, testimony and peer-review; and its emergence as a serious scientific work from such an open and informed debate is the best evidence that it was not the product of a political sham engineered by California (...). Moreover, in all material respects, the Tribunal is not persuaded that the UC Report was scientifically incorrect: the Tribunal was much impressed by the scientific expert witnesses presented by the USA and tested under cross-examination by Methanex; and the Tribunal accepts without reservation these experts' conclusions.<sup>43</sup>».

The arbitrators must principally check the seriousness and objectivity of the expertise submitted before them. They will mostly focus on how the expertise was formulated, on how the scientific data was built rather than on what they technically contain. The parties' counsels are themselves first-class indicators of the scientific report and of the experts' eventual bias. They are free to proceed to their cross-examination during the proceedings in order to convince the tribunal of any suspicious flaw or superfluous findings. These debates help enlighten the value and objectivity of environmental expertise and are therefore used to forge the tribunal's conclusions. This framework is one whereby the scientific expertise on environmental questions is

brought forward by the defendant State willing to justify and explain the nature of an environmental regulation which has affected an investor's activities. The recourse to environmental specialists occurs after the investment has been made and when the State wished to defend the rational of its national regulation before an arbitral tribunal. However, in many cases, environmental studies and inspections are required before the investment is made. Under this configuration, the environmental defense may fail when faced to the legitimate expectations claims used often by the claimants.

#### 4. THE ENVIRONMENTAL DEFENSE BARRED BY THE LEGITIMATE EXPECTATIONS CLAIMS.

The environmental defense depends, in some cases, on the prior representations made by the State to the investor. In various cases, scientific environmental studies measure the environmental impacts of an investment, assess its conformity to the national environmental regulation and enable the State to distinguish between admissible and non-admissible investments<sup>44</sup>. Once an investor has passed the 'environment test', his activities are a priori considered as environment-friendly. If, *ceteris paribus*, the host State bars these activities in the future for reasons related to environmental protection, it might be making contradictory representations to the investor. This can potentially frustrate the legitimate expectations he had when he started business<sup>45</sup>. At the same time, such a position from the State can weaken the use of environmental imperatives as an instrument of defense. The tribunal constituted in the *Parkerings* case gave an interesting methodology to assess legitimate expectations. It highlighted that:

«The expectation is legitimate if the investor received an explicit promise or guaranty from the host-State, or if implicitly, the host-State made assurances or representation that the investor took into account in making the investment. Finally, in the situation where the host-State made no assurance or representation, the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of

<sup>42</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and on the Merits, (03/08/2005), Part III, Chapter A, §§9-11. See for instance, §10: « *It is clear that California water resources are being placed at risk by the use of MTBE in gasoline. MTBE has been detected in several water supply systems, which have shut down the contaminated sources, resorting to alternative supplies or treatment. Since both groundwater wells and surface water reservoirs have been contaminated, alternative water supplies may not be an option for many water utilities. If MTBE continues to be used at current levels and more sources become contaminated, the potential for regional degradation of water resources, especially groundwater basins will increase. Severity of water shortages during drought years will be exacerbated. California's water resources are placed at risk by the use of MTBE.* ».

<sup>43</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and on the Merits, (03/08/2005), Part III, Chapter A, §101.

<sup>44</sup> Many international investment agreements state that investments are to be made in conformity to the national laws and regulations.

<sup>45</sup> WALDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and 'regulatory taking' in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 819, 2001.

the investor was legitimate. In order to determine the legitimate expectation of an investor, it is also necessary to analyse the conduct of the State at the time of the investment.<sup>46</sup>».

The invocation of legitimate expectations is now common in the assessment of the fair and equitable treatment principle<sup>47</sup> which is itself invoked in most cases<sup>48</sup>. In this sense, an environmental inspection or study conducted by specialised experts and which acts as a condition for the establishment of a foreign private company in a given State can take the form of assurances or representations made by the State to the investor and relied upon by the latter for his investment: it is the assurance that the activity is conform to the national environmental regulation. The State's behaviour can, in this context, affect its environmental defense. In some cases against Mexico, the environmental defense was not considered as convincing because of the existence of prior representations made to the investor. In the TECMED case for instance, the initial permits which the investor had obtained to start and implement his activity of waste treatment had been controlled by the

Hazardous Materials, Waste and Activities Division of the National Ecology Institute of Mexico and were considered as abiding to an Environmental Impact Declaration. Hence, the investment was made on the basis that the activities were respectful of the environment as acknowledged by the relevant Mexican authorities themselves; these circumstances had ascertained the investor's expectations<sup>49</sup>. He had been guaranteed that his activities, which had successfully passed all the environmental inspections<sup>50</sup>, were in conformity with the national environmental regulation<sup>51</sup>. However, the State refused to renew the investor's permit after some time arguing that the decision was underpinned by environmental protection objectives. In this case, the environmental defense is obviously very weak because it is difficult for the State to align coherent arguments: it cannot, on one hand, validate the investor's activities as 'environment-friendly' and, explain, on the other hand as it happened in TECMED, that it refused to renew his permit for environmental reasons<sup>52</sup>. Before the TECMED case, the Mexican State had been a party to a case with a similar background. The investment sector was the same: waste treatment and management. The investor, Metalclad, had obtained the required permits and his activities had not been considered as harmful for the environment<sup>53</sup>. Moreover scientific studies produced by the University of San Luis Petosi and by the Prosecutor's office for environmental protection had declared that the site of the investment was convenient for the treatment of hazardous wastes<sup>54</sup>. However, an ecological decree was later on adopted, thereby, characterising the site as a protected area<sup>55</sup>. Once again, the State's position was somehow contradictory and obviously, the environmental defense did not work. The tribunal in this case decided in favour of the investor<sup>56</sup>.

<sup>46</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID n.º. ARB/05/8, Award (11/09/07), §331.

<sup>47</sup> *Saluka Investments v. The Czech Republic*, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, §-302; also, *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No.ARB/05/13, Award, 8 October 2009, §216; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentina*, ICSID No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, §§222-238; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgie*, ICSID No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010, §§434-452; *AES Summit Generation Ltd et AES-Tisza Eromu Kft. v. Hongrie*, ICSID No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, §§9.3.6-9.3.26; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, ICSID No. ARB/01/3, Decision on Annulment, 30 July 2010, §309; *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID No.ARB/07/16, Award, 8 November 2010, §§420-422; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No.ARB/05/13, Award, 8 October 2009, §216, §219, §245/6, §298; *BG Group Plc v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007, §296; *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154; see also: CAZALA, Julien. Le traitement juste et équitable: transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur. *Gazette du Palais*, n. 349, p. 6, 15 dez. 2007; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of international investment law. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 134; MONEBHURRUN, Nitish; BARBOSA, Flavio Spaccaquerche. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro: a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira Dearbitragem*, ed. especial, p. 107-144. set. 2011.

<sup>48</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of international investment law. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.119; SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *JWIT*, v. 6, n. 3, p. 357, jun. 2005.

<sup>49</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID n.º ARB(AF)/00/2), Award (29/05/2003), §150.

<sup>50</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID n.º ARB(AF)/00/2), Award (29/05/2003), §124.

<sup>51</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID n.º ARB(AF)/00/2), Award (29/05/2003), §124.

<sup>52</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID n.º ARB(AF)/00/2), Award (29/05/2003), §145.

<sup>53</sup> *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID n.º ARB/AF/97/1, Award, (30/08/2000), §§29-33, §43.

<sup>54</sup> *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID n.º ARB/AF/97/1, Award, (30/08/2000), §44.

<sup>55</sup> *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID n.º ARB/AF/97/1, Award, (30/08/2000), §59.

<sup>56</sup> *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID n.º ARB/AF/97/1, Award, (30/08/2000), §111.

The use of the environmental defense must be done in good faith. The invocation of the protection of the environment cannot be used as an excuse to escape from the obligations anchored in an investment agreement. The sole reference to environmental protection does not invalidate the State's other obligations.

The investor's duty of due diligence. However, the investor also bears some responsibility when it comes to measure the environmental impact of his activities and, in this sense, his legitimate expectations are not absolute. If the State has a duty of transparency and consistency, the investor must also embark on all his business decisions with due diligence<sup>57</sup>. He must therefore, on his side, undertake relevant research in order to assess the environmental nature of the investment site and he must also examine the environmental impacts of his activities<sup>58</sup>. This is even sometimes compulsory when investors are acting with the funding of International Financial Corporation<sup>59</sup> or under the guarantee of the Multilateral Investment Guarantee Agency<sup>60</sup>. But, in any case, as part of his business planning the investor must, as stated by the arbitrators in the MTD v. Chile case, be fully aware of the applicable national regulations and of the environmental nature of the investment site<sup>61</sup>. Should he fail to be duly diligent with regards to such aspects of his investment, he cannot invoke any form of legitimate expectations and he is, at

least partially, responsible of any damage<sup>62</sup>. Obviously, in this case, he cannot expect the same level of compensation for the damage suffered<sup>63</sup>. In the present context, therefore, the reference to the investor's due diligence can be joined to the environmental defense. If the State must act in good faith, the investor must come to arbitration with clean hands.

## REFERENCES

BEN HAMIDA, Walid. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil?: table ronde. In: LEBEN, Charles. *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: nouveaux développements*. Paris: L. G. D. J. 2006.

CAZALA, Julien. Le traitement juste et équitable: transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur. *Gazette du Palais*, n. 349, p. 6, 15 dez. 2007.

CHOUDHURY, Barnali. Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit?. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 3, p. 775-832. 2008.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus. W.; NEWCOMBE, Andrew. (Ed.). *Sustainable development in world investment law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

EL BOUDOUHI, Saïda. L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. *Annuaire Français de droit international*, v. 51, p. 542-563, 2005.

FACH GOMEZ, Katia. Latin America and ICSID: David versus Goliath. *Law and Business Review of the Americas*, v. 17, p. 195-221, 2011.

FITZMAURICE, Malgosia. International protection of

<sup>57</sup> *Starret Housing Corp. v. Iran*, 19 December 1983, 4 Iran-US CTR, 122; see also; MUCHLINSKI, Peter. Caveat investor?: the relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard. *ICLQ*, v. 55, p. 527-558, 2006; SALACUSE, Jeswald. W. *The law of investment treaties*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.234.

<sup>58</sup> GEHRING, Markus W. Impact assessment of investment treaty. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus. W.; NEWCOMBE, Andrew. (Ed.). *Sustainable development in world investment law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 150.

<sup>59</sup> IFC, IFC Sustainability Framework - Policy and Performance Standards on Environmental and Social Sustainability Access to Information Policy, 01/01/2012, 77p.; MATES, Carol M. Project finance in emerging markets-the role of the international finance corporation. *Transnational Lawyer*, v. 18, p. 165, 2004; MORGERA, Elisa. Significant trends in corporate environmental accountability: the new performance standards of the international finance corporation. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 18, p. 159-160, 2007.

<sup>60</sup> Operational Rules of MIGA, updated on the 04/02/2011, Annex B.

<sup>61</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID n°. ARB/01/7, Award (25/05/04), §169; see also: *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and on the Merits, (03/08/2005), Part IV, Chapter D, §9.

<sup>62</sup> VIÑUALES, Jorge. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. *Research Paper*, Geneva, n. 2, p. 71, 2010.

<sup>63</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID n°. ARB/01/7, Award (25/05/04), §243.



- the environment, *R.C.A.D.I.*, v. 293, p. 9-488, 2001.
- FRANCK, Suzanne. Development and outcome of investment treaty arbitration, *Harvard International Law Journal*, v. 50, n. 2, p. 201-255, 2009.
- GAILLARD, Emmanuel. Anti-arbitration trends in Latin America, *New York Law Journal*, v. 239, n. 108, 5 jun. 2008.
- GARCIA-BOLIVAR, Omar E. The surge of investment disputes: Latin America testing the international law of foreign investments. The Second Biennial General Conference Of the Asian Society of International Law, Tokyo, p. 1-9, aug. 2009.
- GEHRING, Markus W. Impact assessment of investment treatie. In: SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus. W.; NEWCOMBE, Andrew. (Ed.). Sustainable development in world investment law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- HIRSCH, Mosche. Interactions Between investment and non-investment obligations. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (Ed.). The Oxford handbook of international investment law. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- JUILLARD, Patrick. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil?: table ronde. In: LEBEN, Charles. Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. nouveaux développements. Paris: L.G.D.J., 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international. Geneva: Rapport du Groupe d'Étude de la Commission du droit international, 2006.
- MACHADO, Decio. Ecuador y la denuncia de los tratados bilaterales de inversión, CATDM, 07/12/2009. Available at: <<http://www.cadtm.org/Ecuador-y-la-denuncia-de-los>>.
- MATES, Carol M. Project finance in emerging markets-the role of the international finance corporation. *Transnational Lawyer*, v. 18, p. 165, 2004.
- MOLOO, Rahim; JACINTO, Justin. Environmental and health regulation: assessing liability under investment treaties. *Berkley Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 101-165, 2011.
- MONEBHURRUN, Nitish; BARBOSA, Flavio Spaccaquerche. O tratamento e a proteção do investimento estrangeiro: a proteção do investimento estrangeiro. *Revista Brasileira Dearbitragem*, ed. especial, p. 107-144. set. 2011.
- MONEBHURRUN, Nitish. Are Bilateral Investment Treaties Contemporary Unequal Treaties?. *International Journal of Contemporary Laws*, vol. 1, no.1, 2012. Available on: <[http://www.ijcl.co.in/uploads/8/7/5/1/8751632/ijcl\\_vol.1\\_1\\_-\\_article\\_by\\_nitish.pdf](http://www.ijcl.co.in/uploads/8/7/5/1/8751632/ijcl_vol.1_1_-_article_by_nitish.pdf)>.
- MONEBHURRUN, Nitish. Criticism on SDGs and presentation of the principle of integration as an international law instrument to contribute to sustainable development. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo da Rocha (Org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável: legal instruments for the implementation of sustainable development*. Rio de Janeiro: FGV-Publication, 2012.
- MORGERA, Elisa. Significant trends in corporate environmental accountability: the new performance standards of the international finance corporation. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 18, p. 147-184, 2007. MORTIMORE, Michel, STANLEY, Leonardo. Justice denied: dispute settlement in latin america's trade and investment agreements, working group on development and environment in the Americas. Discussion Paper, n. 27, p. 2, oct. 2009.
- MUCHLINSKI, Peter. Caveat investor?: the relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard. *ICLQ*, v. 55, p. 527-558, 2006.
- NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luis. Law and practice of investment treaties: standards of treatment. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2009.
- OECD. Droit international de l'investissement: un domaine em mouvement – complément aux perspectives de l'investissement international. Paris: OECD, 2005.
- PAYNE, Cymie. Mastering the evidence: improving fact finding by international courts. *Environmental Law*, v. 41, p. 1191-1220, 2011.
- RANCK, Suzanne. Development and outcome of investment treaty arbitration. *Harvard International Law Journal*, v. 50, n. 2, p. 202, 2009.
- ROBERT-CUENDET Sabrina. Protection de l'environnement et investissement étranger: les règles ap-

plicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale. Paris: Thèse, 2008.

SALACUSE, Jeswald. W. The law of investment treaties. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SANDS, Philippe. Litigating environmental disputes: courts, tribunals and the progressive development of international environmental law: the policy framework for investment: the social and environmental dimensions, Global Forum on International Investment, OECD, p. 1-10, mar. 2008.

SCHREUER, Christoph, KRIEBAUM, Ursula. From individual to community interest in international investment law. In: FASTENRATH, Ulrich. et al. From bilateralism to community interest: essays in honour of judge Bruno Simma. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SCHREUER, Christoph. Fair and equitable treatment in arbitral practice. *JWIT*, v. 6, n. 3, p. 357-387, jun. 2005.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The settlement of foreign investment disputes. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Power and justice: third world resistance in international law. *Singapore Yearbook of International Law*, v. 10, p. 19-57, 2006.

TIENHAARA, Kyla. Unilateral commitments to investment protection: does the promise of stability restrict environmental policy development?, *Yearbook*

of International Environmental Law, v. 17, p. 133-167, 2006.

TEITELBAUM, Ruth. A look at the public interest in investment arbitration: is it unique? what should we do about it?. *Berkley Journal of International Law Publicist*, v. 5, p. 54-62, 2010.

VIÑUALES, Jorge. Foreign investment and the environment in international law: an ambiguous relationship. *Research Paper*, Geneva, n. 2, p. 1-74, 2010.

VIÑUALES, Jorge. Conflits normatifs en droit international: normes environnementales vs. protection des investissements. *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, p. 407-428, 2010.

WALDE, Thomas. W. Procedural challenge in investment arbitration under the Shadow of the dual role of States: asymmetries and tribunals' duty to enquire pro-actively, the equality of arms. *Arbitration International*, v. 26, n. 1, p. 15-16, 2010.

WALDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and 'regulatory taking' in international law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 819, 2001.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a construção de um conceito de internacionalidade contratual\***

**Brazilian Superior Court of Justice case law and the construction of a concept of international contract**

Frederico E. Z. Glitz



# A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a construção de um conceito de internacionalidade contratual\*

## Brazilian Superior Court of Justice case law and the construction of a concept of international contract\*

Frederico E. Z. Glitz<sup>1</sup>

### RESUMO

O conceito do que venha a ser um contrato internacional sempre foi objeto de debate doutrinário no Brasil. Com o passar dos anos, contudo, este debate se arrefeceu. O presente artigo tem por objetivo constatar se a discussão doutrinária havida em torno daquele conceito foi acompanhada em termos jurisprudenciais. O artigo adota por método a pesquisa jurisprudencial, limitada aos julgados do Superior Tribunal de Justiça. Tal escolha se justifica dada a importância e o papel que o referido tribunal desempenha no sistema judiciário brasileiro permitem concluir que seu posicionamento em torno do assunto é relevante. O artigo concluiu a escassa existência de material diretamente relacionado à matéria, além de constatar a pouca interação entre os critérios adotados pela doutrina e jurisprudência. A originalidade do presente artigo é propor a possibilidade de desdobramento conceitual distintivo, a noção de internacionalização do contrato.

**Palavras-chave:** Jurisprudência nacional. Contrato internacional. Conceito. Internacionalização.

### ABSTRACT

The meaning of an international contract has always been object of doctrinal debate in Brazil. Over the years, however, this debate has cooled. This paper aims to determine whether the doctrinal discussion that took place around that concept was accompanied in jurisprudential terms. That aim was achieved by the jurisprudence research, limited to the Superior Justice Court (STJ). That choice, also, is justified: given the importance and the role that that Tribunal plays in the Brazilian legal system, STJ's conclusion on the theme is relevant. The article concluded on the existence of scarce material directly related to the matter, apart from finding little interaction between the criteria adopted by the doctrine and jurisprudence. The originality of this paper is to propose the possibility of unfolding a conceptual distinction, the notion of internationalization of the contract.

**Keywords:** National precedents. International contract. Concept. Internationalization.

<sup>1</sup> Advogado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ). Professor do Programa de Mestrado da UNOCHAPECÓ e Professor convidado do Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Coordenador dos Cursos de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil (2011 e 2012) e Direito Empresarial (2011) do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor de Direito das Obrigações do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor de Direito empresarial da Faculdade de Direito da Universidade Positivo (UP). Professor convidado de diversos cursos de Pós-graduação. Membro do Conselho Editorial da Revista Education and Science without Borders (Cazaquistão). Membro dos estudos da União Europeia (Co-Extra - Co-existence and Traceability) no Brasil. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Membro do Conselho de Comércio Exterior da Associação Comercial do Paraná. Diretor Científico do INTER (Instituto de Pesquisas em Comércio Internacional e Desenvolvimento). Frederico@fredericoglitz.adv.br.

\* Recebido em: 15/05/2013,  
Aprovado em: 21/05/2013

## 1. INTRODUÇÃO

A recente incorporação da Convenção de Viena de 1980 (CISG) ao Direito brasileiro traz, novamente, a discussão sobre quais deveriam ser os critérios utilizados para a caracterização de um contrato como sendo internacional. Em termos normativos, por exemplo, convivem inúmeros instrumentos internacionais com diferentes conceitos acerca da internacionalidade de um contrato.

Tal problema nada tem de banal<sup>2</sup>. Isso porque, deve-se atentar que a conceituação de um contrato como internacional (ou não) pode trazer uma série de complexidades normativas próprias de seu regime. Para resumir a questão podem-se mencionar três dessas principais consequências: (i) a CISG aplica-se apenas a contratos internacionais, considerando o regime obrigacional brasileiro, unificado pelo atual Código Civil, teríamos, a partir da definição da internacionalidade de um contrato, a incidência deste instrumento normativo ou daquela Convenção; (ii) ainda se discute a conveniência da adoção pela legislação brasileira, da plena liberdade de escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais, eis uma segunda consequência relevante da distinção e (iii) a legislação arbitral brasileira, em seu art. 2º, embora ali não faça expressamente a distinção entre arbitragens internas e internacionais, poderia ser interpretada de uma ou outra forma a partir deste conceito internacional, vale dizer, é plenamente defensável sustentar que a escolha legislativa ali prevista se aplica apenas ao procedimento em casos de contratos interno (sob pena de fraude à lei).

A doutrina brasileira, por outro lado, não é menos pródiga em defini-los. Seria, no entanto, a jurisprudência mais uniforme? Este é o questionamento que se pretende responder neste breve artigo. Para tanto se elegeu um método: a pesquisa jurisprudencial localizada em um tribunal - o Superior Tribunal de Justiça - como foco de análise. A pesquisa, ainda, tentou ser a mais ampla possível, ou seja, foi realizada sem maiores condicionamentos ou restrições, inclusive temporais. Por fim acabou-se revelando a existência de menos de cinquen-

tas casos que abordariam, ainda que indiretamente, a temática da internacionalidade do contrato<sup>3</sup>.

A partir destes casos buscou-se a identificação dos critérios que, historicamente, foram utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para considerar definida a existência de um contrato internacional. Tais critérios, uma vez confrontados com o posicionamento doutrinário e com o conjunto normativo brasileiro, fornecem rico cenário sobre o atual conceito acerca de uma possível compreensão do que venha a ser a internacionalidade do contrato. Note-se, no entanto, que esta conclusão é limitada: por questões próprias do comércio internacional, dela estão excluídos todos os casos que não chegam ao Judiciário brasileiro, seja por conta da existência de cláusulas arbitrais que prevejam sede estrangeira, seja por eventual outra forma de composição do conflito surgido, seja, ainda, aqueles casos que foram resolvidos definitivamente em instâncias inferiores.

Qual seria, então, a utilidade de tal estudo? Ora, em termos estritamente procedimentais, poder-se-ia argumentar que compete ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro não só homologar laudos arbitrais e sentenças estrangeiros (art. 105, I, “i” da Constituição da República), como uniformizar a interpretação dada a dispositivos infraconstitucionais pela jurisprudência brasileira, sejam eles tratados ou legislação federal (art. 105, III, “a” e “c” da Constituição da República).

Além disso, como se sabe, embora o Direito brasileiro não seja baseado no sistema de precedentes, o Superior Tribunal de Justiça tem, atualmente, assumido importante papel de “enunciador” de posicionamentos. Posicionamentos estes que, no mínimo, passam a ter “forte” vinculação técnica, seja por conta da posição hierárquica ocupada pelo tribunal na estrutura judiciária nacional, seja pela qualidade técnica de alguns de seus acórdãos.

Antes, contudo, de se buscar a compreensão jurisprudencial do tema e crítica de um eventual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, mister se faz situarmo-nos quanto aos critérios adotados pelo conjunto normativo a disposição do intérprete e o posicio-

<sup>2</sup> CASELLA, por exemplo, apontava na década de 1990 certo desinteresse pelas questões privadas internacionais privadas no Brasil. CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos princípios UNIDROIT relativos a contratos comerciais internacionais. In CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996. p. 95.

<sup>3</sup> A Pesquisa foi realizada no mês de agosto de 2012 e utilizou-se do verbete “contrato internacional”, justamente por sua amplitude. Não foram estabelecidos limites temporais e nenhuma outra restrição temática. Foram encontrados 48 (quarenta e oito) casos. Neste número estão incluídos, inclusive os casos de caráter tributário e que aqueles casos, normalmente de homologação de laudos arbitrais estrangeiros, que mencionavam a existência de um contrato base.

namento da doutrina nacional sobre o assunto. Eis o que nos propomos a fazer na sequência.

## 2. A ABORDAGEM POSITIVA

Como se destacou anteriormente, a conceituação do que venha a constituir o fenômeno contratual internacional ainda é bastante controversa. Parte da controvérsia pode ser imputada à diversidade de tratamento que tal conceito recebe quer pelos diferentes Tratados Internacionais, quer pela legislação interna de cada país. Em algum sentido, tal complexidade é fruto dos diferentes critérios adotados para se considerar um contrato como sendo internacional, inclusive naqueles instrumentos ratificados pelo Brasil.

Neste sentido podem ser destacadas duas tendências: **(i)** a de se considerar internacional o contrato cujas partes sejam domiciliadas ou tenham sede em Estados diversos. Como exemplos da primeira tendência, podemos citar: **a)** a Convenção das Nações Unidas sobre a Prescrição em Matéria de Compra e venda Internacional de Mercadorias de 14 de junho de 1974 de Nova York (art. 2º); **b)** a Convenção de Roma (1980) sobre escolha de lei aplicável aos contratos adota o critério da distinção de Estados (art. 1º). **c)** a Convenção de Genebra sobre representação na venda internacional de bens de 1983 (art. 2º); **d)** a Convenção de 1986 sobre Lei aplicável aos Contratos de venda internacional de mercadorias (art. 1º, a); **e)** a Convenção de Ottawa de 1988 sobre factoring internacional (art. 2º); **f)** Convenção das Nações Unidas sobre garantias independentes e stand by letters of credit (1995) (art. 4º); **g)** Convenção sobre cessão de crédito no comércio internacional (2004) (art. 3º); **h)** a Convenção de Nova York sobre o uso de comunicações eletrônicas em contratos internacionais (2005) que prevê o critério do local de negócio (*place of business*) em Estados distintos (art. 1º) e **i)** A Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de transporte internacional de mercadorias total ou parcialmente por mar (Roterdã 2008) que prevê sua aplicabilidade para os casos em que o local de embarque das mercadorias fica em Estado distinto daquele do destino (art. 5º); todas elas não ratificadas pelo Brasil.

Dentro os instrumentos internacionais com aplicação relevante para o Brasil, e que seguem esta tendência, deve-se destacar a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de

Mercadorias (Viena 1980) que estabelece em seu art. 1º o critério do estabelecimento dos contratantes (em Estados diversos) para definição da internacionalidade do contrato. Essa internacionalidade, inclusive, é atestada como regra de interpretação do negócio (art. 7º).

**(ii)** a segunda tendência é a de se adotar um critério misto, ou seja, aliando-se o requisito de que sejam domiciliadas ou tenham sede em Estados diversos, além de uma conexão objetiva com outro país. Como exemplos desta segunda tendência, podemos citar: **a)** Já a Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V – México 1984), art. 1º, além do critério do estabelecimento, considera internacionais os contratos celebrados com “vinculação objetiva com mais de um Estado-parte”; **b)** A Convenção de Haia sobre cláusula de eleição de foro (2005) prevê a internacionalidade a partir dos distintos domicílios e conexão com Estados distintos (art. 1º).

Dentro os instrumentos internacionais com aplicação relevante para o Brasil, e que seguem esta tendência, deve-se destacar, no âmbito do MERCOSUL, o Protocolo de Buenos Aires, recepcionado na legislação brasileira por meio do Decreto legislativo 129 de 5 de outubro de 1995, que prevê como contrato internacional aquele celebrado por partes que possuam domicílio em diferentes Estados-partes, além de possuir conexão razoável com algum dos países membros (art. 1º).

Pode-se, então, concluir que, não só ambas as tendências convivem em termos internacionais, como, igualmente, no Ordenamento jurídico brasileiro podemos encontrar exemplos de ambas.

Ainda, quando se fala de produção legislativa interna a mesma diversidade de critérios se apresenta. Um exemplo bastante interessante é o Decreto-lei 857/1969, brasileiro, que proíbe a contratação em moeda estrangeira. Dentre suas exceções constam os contratos internacionais (art. 2º). WALD entende, por exemplo, que para o referido Decreto, o contrato tornar-se-ia internacional (excluindo-se de sua proibição, portanto) em virtude de seu objeto, de suas partes ou de sua vinculação a outro negócio internacional.

Os contratos internacionais tiveram sua conceituação ampliada para abranger as operações objetivamente internacionais (exportações, importações, financiamento e garantias de exportações, compra e venda de câmbio), as subjetivamente internacionais (nas quais uma das partes é residente ou domiciliada no exterior) e, finalmente, os contratos internacionais por acessoriedade (abrangentes da cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação



dos contratos objetiva ou subjetivamente internacionais). Os contratos internacionais por acessoriedade ou equiparação legal são os contratos internos derivados de contratos internacionais.<sup>4</sup>

Esta discussão, por si só, não é irrelevante pois, no caso brasileiro, a internacionalidade de um contrato teria por efeito a discussão sobre qual o eventual Direito de sua regência, nos termos do Direito conflitual. A Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, aparentemente, consagraria, também aqui, a noção territorial (art. 9º)<sup>5</sup>.

Ora, como se percebe, em termos puramente positivos há uma plêiade de critérios que podem, em um dado momento, se apresentar como aptos, em um mesmo ordenamento, para reger (e neste caso qualificar) um contrato como internacional.

### 3. A ABORDAGEM DOUTRINÁRIA

Se em termos positivos não se pode assegurar uma resposta definitiva, melhor compreender os contornos da problemática pelo viés doutrinário.

Segundo Pereira, a noção de contrato internacional poderia dar a falsa impressão da existência de contratos que escapariam da incidência da legislação nacional de um determinado país<sup>6</sup>. Admite, no entanto, que são fatos “anormais”, pois envolvem dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos. Segundo o autor, ainda, o que tornaria um fato “normal” (contrato interno) em “anormal” (contrato internacional) seria, justamente, a presença de circunstância que colocaria o contrato em contato com sistemas jurídicos estrangeiros.

Essa mesma noção é retomada por Engelberg<sup>7</sup>, Araújo<sup>8</sup>, Strenger<sup>9</sup> e Grebler<sup>10</sup>, que entendem que a internacionalida-

de do contrato estaria no potencial conflito de legislações a ele aplicáveis. Essas circunstâncias, definidas pelo Direito Internacional Privado como elementos de conexão, podem variar segundo critérios de legislação interna e que indicariam qual sistema jurídico é aplicável ao caso em concreto.

Em relação a essa discussão, Lee informa existirem dois posicionamentos teóricos acerca da internacionalidade do contrato: jurídico e econômico. A corrente jurídica, considera internacionais os contratos que possuam elemento de estraneidade, já econômica seria aquela que apresenta “fluxo e refluxo através das fronteiras”<sup>11</sup>.

Como aponta Dolinger o critério estritamente econômico do “fluxo e refluxo”, baseado acórdão da Corte de Cassação Francesa datado de 1927 (*affaire Pellissier du Besset*)<sup>12</sup> é limitado vez que não abarca todas as possíveis operações internacionais (limitando-se aquelas de câmbio e compra e venda) não servindo como conceito básico para os contratos internacionais.

Basso, corroborando Lee, parece sintetizar essas duas tendências ao afirmar que o elemento estrangeiro “deve se revestir de uma certa importância, e esta estraneidade deve ser apreciada em relação à ordem jurídica que examina o contrato.”<sup>13</sup> Desta forma, não bastaria um elemento estrangeiro para caracterizar um contrato como internacional, antes seria indispensável o preenchimento de “critério jurídico (produção de feitos de direito em mais de uma ordem jurídica autônoma ao mesmo tempo), apresenta o critério econômico (fluxo e refluxo sobre as fronteiras com conseqüências significativas para mais de um país).”<sup>14</sup>

Baptista, por outro lado, oferece interessante abordagem do tema: além dos critérios econômico e jurídico, conviria a adoção de um conceito “ecletico ou realista”<sup>15</sup>, especialmente diante da estreiteza das fôr-

<sup>4</sup> WALD, Arnoldo. 1985, p. 26. No mesmo sentido havia texto posterior: Wald, Arnoldo. 1986. p. 32.

<sup>5</sup> As recentes tentativas de alteração legislativa em nada alterariam a redação deste dispositivo, neste sentido vide o Projeto de Lei do Senado de nº243/2002 (arquivado).

<sup>6</sup> PEREIRA, José Edgard Amorim. Contrato internacional do comércio. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 74, p. 11-22, abr./jun.1989.

<sup>7</sup> ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20-21.

<sup>8</sup> ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 312.

<sup>9</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 34-35.

<sup>10</sup> GREBLER, Eduardo. O contrato internacional no Direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 85, p. 23-24, jan./

mar. 1992.

<sup>11</sup> LEE, João Bosco. Lei 9.307 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. *Direito comercial internacional: arbitragem*. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 39-41.

<sup>12</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 224. v. 2

<sup>13</sup> BASSO, Maristela. Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 77, p. 62, jul./set. 1996.

<sup>14</sup> BASSO, Maristela. Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 77, p. 63, jul./set. 1996.

<sup>15</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex magister, 2011. p. 26.

mulas convencionais e legais. Um exemplo dessa abordagem seria o mesmo Decreto-lei 857/1969 anteriormente citado<sup>16</sup>. Sua opinião destaca, então, não apenas os elementos jurídicos (elemento de estraneidade) e o componente econômico da operação, mas a relevância desempenhada por cada um desse no negócio, inclusive para casos de maior complexidade como grupos de contrato (não sendo analisados de forma isolada)<sup>17</sup>. No mesmo sentido, citando expressamente Baptista, podem ser mencionados Cretella Neto<sup>18</sup> e Cárnio<sup>19</sup>.

Aparentemente o posicionamento esboçado por Baptista tem, ainda, uma outra potencial vantagem teórica, melhor esclarece o fato de os contratos internacionais serem mais que simples arrolamentos de direitos e deveres, mas verdadeiros processos, dinâmicos por essência, visando à consecução de um determinado objetivo<sup>20</sup>.

Ultrapassadas as duas fases preliminares, ou seja, a tentativa de se entender como o ordenamento brasileiro lida com o conceito de contrato internacional e, na sequência, como a doutrina explica este tratamento, convém perquirir o entendimento jurisprudencial sobre a temática.

#### 4. A ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

Em primeiro lugar convém destacar que a pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça levou em consideração o termo “contrato internacional”, sem qualquer limitação temporal. Foram localizados perto de cinquenta acórdãos que mencionavam os referidos termos. Uma análise mais de seus respectivos conteúdo, contudo, revelou que a maior parte deles ou se referia (i) a citações de precedentes que mencionavam o termo, (ii) a discussões tributárias ou, ainda, (iii) a menção da existência de um contrato de que dava suporte a existência de cláusula arbitral em procedimento de homologação de laudo.

Desta forma, portanto, daquele universo relativamente amplo, acabou-se revelando a existência de pou-

cos casos em que realmente se discutia a natureza internacional do um determinado contrato. Destacaremos, então, apenas estes poucos casos em que a internacionalidade do contrato foi, de alguma forma, determinante para o resultado do julgamento.

Dos casos encontrados em que houve, em algum nível de argumentação, a menção sobre a internacionalidade do contrato, foram adotados, pelo Superior Tribunal de Justiça, os seguintes critérios definidores: (a) local de execução ser um país estrangeiro<sup>21</sup>; (b) local de celebração e do foro<sup>22</sup>; (c) local de celebração e nacionalidade das partes<sup>23</sup>; (d) local de celebração, nacionalidade das partes, língua e legislação aplicável<sup>24</sup>.

Mencione-se, ainda, um caso<sup>25</sup> em que ocorre a menção da internacionalidade contrato na ementa do acórdão, sem que tenha havido discussão sobre sua natureza no acórdão. Neste caso, contudo, este reconhecimento

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.177.915*. Terceira Turma, Relator Min. Vasco Della Giustina, Fórmula F3 Brazil S/A versus Ducati Motors Holding SPA. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO. CONTRATO INTERNACIONAL DE IMPORTAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. AUSÊNCIA DE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. Julgado em 13 de abril de 2010.

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada n. 349, Corte Especial*. Relatora Min. Eliana Calmon. Mitsubishi Electric Corporation versus Evadin Indústria Amazônia S/A. SENTENÇA ESTRANGEIRA – JUÍZO ARBITRAL – CONTRATO INTERNACIONAL ASSINADO ANTES DA LEI DE ARBITRAGEM (9.307/96). Julgado em 21 de março de 2007.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 712.566*. Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, Espal Representações e Conta Própria Ltda. versus Wilhelm Fette GmbH. Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923. Julgado em 18 de agosto de 2005.

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 238.174*. Terceira Turma, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Campari do Brasil Ltda versus Distillerie Stock do Brasil Ltda. Direito Civil e Direito Processual Civil. Contrato. Cláusula compromissória. Lei n.º 9.307/96. Irretroatividade. Julgado em 06 de maio de 2003.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 857.299*. Terceira Turma, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Tractebel Energia S/A versus ELC – Electroconsult SPA. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO INTERNACIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA A AMPLIAÇÃO DE USINA TERMELÉTRICA NACIONAL. PAGAMENTO EM LIRAS ITALIANAS. REMESSA VIA BANCO CENTRAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE COOPERAÇÃO. MORA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS ITALIANA RECONHECIDA (MORA “CREDITORIS”). Julgado em 03 de maio de 2011.

<sup>16</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex magister, 2011. p. 28.

<sup>17</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex magister, 2011. p. 29.

<sup>18</sup> CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millennium, 2011. p. 22.

<sup>19</sup> CÁRNIO, Thais Cíntia. *Contratos internacionais: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12-13.

<sup>20</sup> MASKOW, Dietrich. Hardship and force majeure. *American Journal Of Comparative law*, Berkeley n. 3, p.660, Summer, 1992.

foi relevante para o julgamento: viabilidade de obrigação de pagamento em moeda estrangeira, uma vez que o credor tem sede em país estrangeiro (exceção prevista no art. 2º do Decreto-lei 857/1969).

Por fim, destaque deve ser dado a acórdão em que, efetivamente, há descrição detalhada dos motivos que levaram a turma a aceitar a internacionalidade do contrato:

Não são apenas fatores geográficos ou relativos ao domicílio das partes que o caracterizam como contrato internacional, em oposição aos contratos internos, mas, sobretudo, a finalidade do contrato, ou seja, o transporte marítimo de país a país, portanto, transnacional, atividade econômica de apoio, principalmente, aos contratos de compra e venda entre pessoas de nacionalidades diversas, sujeitas a sistemas jurídicos distintos, que acabam por vincular-se pela vontade das partes.<sup>26</sup>

Dos poucos casos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, e que puderem atender os critérios estabelecidos para esta pesquisa, parece possível concluir que não há qualquer tipo de uniformidade de critérios na definição da internacionalidade de um contrato.

Embora algumas noções (nacionalidade/sede/domicílio) apareçam em mais de um caso, outros critérios (o jurídico, por exemplo) apontados pela doutrina são mencionados em raríssimos casos. Aparentemente, portanto, não haveria diálogo estreito, neste tópico, entre essas duas fontes do Direito brasileiro.

Deve-se atentar, contudo, que, embora fenômenos distintos, a ausência da definição precisa da internacionalidade de um contrato não impediu a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de buscar elementos próprios daqueles para a solução de controvérsias típicas de negócios internos<sup>27</sup>. É a este interessante e possível desdobramento que se dedica o próximo tópico do presente artigo.

## 5. DESDOBRAMENTOS POSSÍVEIS?

Um possível desdobramento da discussão sobre o conceito de internacionalidade do contrato é sua nítida distinção do que venha a ser a chamada “internacionalização” do contrato.

Tradicionalmente, a aproximação de sistemas jurídicos pode se dar pelo “transplante” ou importação do sistema (típico em sociedades coloniais); por formas mais cooperativas como a harmonização, ou seja, a mencionada negociação de termos que aproximem os conceitos fundamentais do sistema normativo em questão e a unificação, em lugar da aproximação, a negociação envolve a assunção de um sistema único por ambos os países negociadores. Também existem, contudo, formas menos “tradicionais”, sejam elas originárias da *hard law*<sup>28</sup> ou da *soft law*<sup>29</sup>.

Uma dessas formas não ortodoxas de aproximação entre distintos sistemas jurídicos é a chamada aculturação. Seu conteúdo, contudo, ainda é impreciso e, certa-

<sup>28</sup> “Hard law consists of international conventions, national statutory law and regional or international customary law. Only a small proportion of hard law rules will be of mandatory nature and they will normally be national legal system specific. Their “hardness” is due to the fact that when parties make an effective choice of substantive law they will have to take the law as they find it; they cannot modify it, but they may amend it with their contractual stipulations”. MISTELIS, Loukas. Is Harmonisation a Necessary Evil? *The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law*. Disponível em: <[http://www.jus.uio.no/pace/is\\_harmonisation\\_a\\_necessary\\_evil.louka\\_mistelis/sisu\\_manifest.html](http://www.jus.uio.no/pace/is_harmonisation_a_necessary_evil.louka_mistelis/sisu_manifest.html)>. Acesso em: 19 out. 2011. Tradução livre: A Hard law consiste nas Convenções internacionais, legislação doméstica e Direito costumeiro internacional ou regional. Apenas uma pequena fração dessas regras será de natureza cogente, obedecendo às especificidades domésticas. A sua “dureza” é devida ao fato de que, quando as partes escolhem uma determinada legislação, elas terão que as adotar tal como as encontrarem, não podendo modifica-las, mas apenas emenda-las com disposições contratuais.

<sup>29</sup> “Soft law consists of provisions embodied in model laws (but not incorporated in the national law), principles to be found in legal guides, and in scholarly restatements of international commercial law. Contractual stipulations agreed upon by the parties which do not conflict with relevant mandatory rules or public policy principles also belong to soft law. All these rules and principles are not legally binding and enforceable unless the parties to a commercial transaction decide otherwise”. (Idem), Tradução livre: A soft law consiste em disposições estabelecidas em legislação-modelo (mas não ainda incorporadas ao Direito nacional), princípios localizados em guias jurídicos, e compilações doutrinárias do Direito comercial internacional. Condições contratuais aceitas pelas partes mas, que não confrontem disposições mandatórias ou ordem pública também a compõem. Todas essas regras e princípios não são obrigatórios nem exigíveis, salvo se as partes de um contrato comercial decidirem em contrário.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 616*. Terceira Turma. Relator Min. Cláudio Santos. Cia. De Navegação Lloyd Brasileiro e outros versus A.S. Ivarans Rederi. Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. Julgado em 24 de abril de 1990.

<sup>27</sup> No caso específico dos INCOTERMS, recomenda-se a leitura de GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulth et al. (Coord.). *Apontamentos críticos para o Direito civil brasileiro contemporâneo II* - Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2009. p. 111-139.



mente, reflete inúmeras tendências e práticas. Ela poderia ser exemplificada por situações que iriam desde a “inspiração jurídica” típica de ex-metrópoles sobre suas colônias<sup>30</sup>, passando pela “influência” de países soberanos sobre outros<sup>31</sup> ou mesmo de textos normativos internacionais sobre o Direito interno de países soberanos<sup>32</sup>.

Embora estas distintas formas de “importação jurídica” sejam tratadas em conjunto como um único “fenômeno”, o processo de recepção do direito estrangeiro é complexo que não pode ser reduzido a um único modelo, nem é o Estado o seu único agente<sup>33</sup>. Alguns exemplos privados podem ser citados: a adaptação dos INCOTERMS à necessidade nacional<sup>34</sup>, a importação da técnica negocial de redação de instrumentos contratuais e a importação de modelos econômicos de contratos (*leasing, factoring*, etc.).

<sup>30</sup> Como no caso do Direito francês sobre a legislação contratual libanesa CABRILLAC, Séverine; ZEIN, Youmna. *L'acculturation en Droit des affaires libanais: le cas du droit des contrats*. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 649. Ou do direito francês sobre a legislação québécois. LEFEBVRE, Brigitte. *L'évolution de la Justice Contractuelle en Droit Québécois: Une influence marquée du Droit Français quoique non exclusive*. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 196-219.

<sup>31</sup> Como o caso do Direito americano sobre o Direito francês. GUIGNARD, Laurent. *Justice contractuelle: influence du droit américain?* In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 183-195.

<sup>32</sup> Como o caso da CISG sobre o Direito québécois. DROSS, William. *L'acculturation en matière de vente: l'influence de la CVIM sur la vente interne*. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 143-182, das Convenções sobre transporte internacional sobre o Direito francês BON-GARCIN, Isabelle. *L'acculturation en matière de contrat de transport de marchandises par route: l'influence de la CMR sur le contrat de transport national*. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 221-239 e da venda documentária internacional sobre o Direito canadense. LEFEBVRE, Guy. *L'acculturation en droit des affaires québécois: le cas de la vente documentaire internationale*. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 241-291.

<sup>33</sup> TWINING, William. *Diffusion of Law: a global perspective*. *Journal of legal pluralism*, n. 49, p. 34-35, 2004.

<sup>34</sup> GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira*. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulth et al. (Coord.). *Apontamentos críticos para o Direito civil brasileiro contemporâneo II - Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 111-139.

Segundo Fauvarque-Cosson a internacionalização do Direito seria fenômeno relacionado à globalização. Ela seria incentivada pelo incremento da mobilidade dos indivíduos, a criação de organizações internacionais e suas atividades<sup>35</sup>. A questão chave que surgiria, portanto, seria qual a consequência desse fenômeno para os diferentes sistemas legais nacionais, desafio posto, principalmente, pela multiplicação das fontes normativas<sup>36</sup>, nacionais, internacionais, privadas e públicas.

Segundo Delmas-Marty, atualmente, não se poderia mais afirmar Estado como único produtor normativo, o cenário global não só revelaria que a produção jurídica se internacionalizou, como se descentralizou e se privatizaria<sup>37</sup>. Assim, não só passa a ser possível se buscar fundamento normativo alhures, como ele não depende, necessariamente, do consenso dos Estados. Esse processo acaba por valorizar não só a fontes de Direito não escritas, mas igualmente aquelas fontes internacionais e jurisprudenciais<sup>38</sup>. Em algum sentido, os próprios Direitos Humanos poderiam ser elencados como exemplos deste tipo de processo internacionalizante que a incorporação de normas estrangeiras ou não nacionais<sup>39</sup>. Outro exemplo plausível é a construção teórica da chamada *Lex Mercatoria*<sup>40</sup>.

Em termos contratuais, segundo Lorenzetti a própria globalização teria harmonizado certas concepções, conciliando as diferenças nacionais<sup>41</sup>. Também não se pode dizer que seja fenômeno restrito a alguns países, Waincymmer, por exemplo, relata a “internacionalização” do Direito empresarial australiano que estaria, hoje, altamente influenciado e dependente das iniciativas in-

<sup>35</sup> FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Towards a Renewed Universalism in Law*. In: Diogenes, n. 219. SAGE, 2008, p. 56. No mesmo sentido se manifesta: FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009. p. 131-132.

<sup>36</sup> FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Towards a Renewed Universalism in Law*. In: Diogenes, n. 219. SAGE, 2008. p. 56.

<sup>37</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: M. Fontes, 2004. p. 45-59.

<sup>38</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: M. Fontes, 2004. p. 88.

<sup>39</sup> BENYEKHLIF, Karim. *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*. Montréal: Éditions Thémis, 2008, p. 88-89.

<sup>40</sup> Sobre seu conceito, extensão e fontes sugere-se a leitura de GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria*. São Paulo: Clássica, 2012. Disponível em: [http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca\\_detalle/17/contrato--globalizacao-e-lex-mercatoria](http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalle/17/contrato--globalizacao-e-lex-mercatoria). Acesso em: dia mês abreviado ano.

<sup>41</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 29-30.

ternacionais<sup>42</sup> e cujo Judiciário estaria condicionado à utilização de argumentação internacional<sup>43</sup>.

No mesmo sentido, cite-se Orrego Vicuña quando sustenta que cada vez menos transações possam ser consideradas exclusivamente domésticas ou nacionais<sup>44</sup>. Para este processo contribuem, por certo, de uniformização legislativa (a própria Convenção de Viena de 1980 seria um exemplo), harmonização legislativa (por exemplo, as diversas leis modelos da UNCITRAL) e a legislação comunitária.

Embora a internacionalização não se confunda com nenhum desses processos “legislativos”, ela poderia ser descrita como um processo de “osmose invertida”<sup>45</sup>, ou seja, o meio de maior concentração normativa por excelência (nacional) demanda mais e variadas soluções jurídicas que são transpostas do meio de menor concentração normativa (internacional), essencialmente criativo e flexível em matéria contratual.

Quando se define a possibilidade de internacionalização de normas contratuais ao ponto de elas virem a fazer parte do conjunto de fontes obrigacionais de um contrato interno, em parte, se defende a aplicação de normas de distintas fontes (que não necessariamente a nacional) por juízes nacionais, ou não, por meio do chamado “Direito transnacional”<sup>46</sup>. A forma, contudo, como a internacionalização ocorre, suas relações com a cultura jurídica e os costumes locais são diversos e não apenas um *bottom-top process*. Este, contudo, é outro problema que merece outro espaço de reflexão<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> WAINCYMER, Jeff. The internationalisation of Australia’s Trade laws. *Sydney Law Review*, v. 17, p. 335, 1995.

<sup>43</sup> WAINCYMER, Jeff. The internationalisation of Australia’s Trade laws. *Sydney Law Review*, v. 17, p. 303-306, 1995.

<sup>44</sup> ORREGO VICUÑA, Francisco. Of contracts and treaties in the Global market. *Max Planck University of New York in Belgrade*, v. 8, p. 343, 2004.

<sup>45</sup> GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, globalização e lex mercatoria*. São Paulo: Clássica, 2012. p. 67.

<sup>46</sup> “O Direito Transnacional inclui então tanto o aspecto cível quanto o criminal, inclui o que conhecemos como Direito Internacional Público e privado, e inclui o Direito nacional, tanto público como privado. Não há razão por que o tribunal judicial, seja nacional ou internacional, não devesse ser autorizado a escolher dentre todos estes corpos legais a regra considerada mais de acordo com a razão e a justiça para a solução de qualquer controvérsia particular”. JESUP, Philip. C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 87.

<sup>47</sup> GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, globalização e lex mercatoria*. São Paulo: Clássica, 2012.

## 6. NOTAS CONCLUSIVAS

A proposta inicial do presente trabalho era identificar, precisamente, quais os critérios adotados pelo Direito brasileiro para a definição da internacionalidade de um contrato. Este objetivo, aparentemente, se viu frustrado em todos os três níveis experimentados: positivo, doutrinário e jurisprudencial.

Embora alguns destes resultados fossem esperados, especialmente em nível positivo, a aparente falta de diálogo entre as duas outras fontes desta pesquisa causou surpresa.

Também poderia ser objeto de eventual crítica a inexistência de um conceito jurisprudencial firme do que venha a ser um contrato internacional. Disto, contudo, ousamos divergir. Desconfiamos da certeza conceitual que reflete o orgulho teórico, mas que nem sempre é capaz de abarcar a dinâmica negocial.

O contrato, instrumento e reflexo de uma operação econômica, é mais rico que a fórmula que o pretende descrever. Quando o fenômeno transborda as fronteiras soberanas de um Estado, então é que seus limites passam a ser menos evidentes.

Eis uma riqueza que o Judiciário brasileiro parece estar observando nos contratos internacionais, sua capacidade de influenciar os negócios internos, condicionando-lhes as possibilidades advindas de fontes plurais.

Quem saiba o verdadeiro conceito da internacionalidade do contrato não esteja, justamente, na internacionalização de suas fontes. Este é um debate que, no Brasil, está apenas para começar.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex magister, 2011.

BASSO, Maristela. Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 77, p. 60-71, jul./set. 1996.

- BENYEKHLEF, Karim. *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*. Montréal: Éditions Thémis, 2008.
- BON-GARCIN, Isabelle. L'acculturation en matière de contrat de transport de marchandises par route: l'influence de la CMR sur le contrat de transport national. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 221-239.
- CABRILLAC, Séverine; ZEIN, Youmna. L'acculturation en Droit des affaires libanais: le cas du droit des contrats. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 607-650.
- CÁRNIO, Thaís Cíntia. *Contratos internacionais: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos princípios UNIDROIT relativos a contratos comerciais internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996. p. 95-105.
- CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais do comércio*. Campinas: Millennium, 2010.
- CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millennium, 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: M. Fontes, 2004.
- DROSS, William. L'acculturation en matière de vente: l'influence de la CVIM sur la vente interne. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 143-182.
- ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Towards a Renewed Universalism in Law. In: Diogenes, n. 219. SAGE, 2008. p. 55-66.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, globalização e lex mercatoria*. São Paulo: Clássica, 2012.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulth; et al. (Coord.). *Apontamentos críticos para o Direito civil brasileiro contemporâneo II - Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 111-139.
- GREBLER, Eduardo. O contrato internacional no Direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 85, p. 22-33, jan./mar. 1992.
- GUIGNARD, Laurent. Justice contractuelle: influence du droit américain? In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 183-195.
- JESSUP, Philip. C. *Direito transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- LEE, João Bosco. Lei 9.307 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. *Direito Comercial Internacional: Arbitragem*. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 37-55.
- LEFEBVRE, Brigitte. L'évolution de la Justice Contractuelle en Droit Québécois: Une influence marquée du Droit Français quoique non exclusive. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 196-219.
- LEFEBVRE, Guy. L'acculturation en droit des affaires québécois: le cas de la vente documentaire internationale. In: NAVARRO, Jean-Louis; LEFEBVRE, Guy. (Dir.). *L'acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005. p. 241-291.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MASKOW, Dietrich. Hardship and force majeure. *American Journal Of Comparative law*, Berkeley, n. 3, Summer, p. 657-669, 1992.
- MISTELIS, Loukas. Is Harmonisation a Necessary Evil? In: The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law. Disponível em: <[http://www.jus.uio.no/pace/is\\_harmonisation\\_a\\_necessary\\_evil.louka\\_mistelis/sisu\\_manifest.html](http://www.jus.uio.no/pace/is_harmonisation_a_necessary_evil.louka_mistelis/sisu_manifest.html)>. Acesso em: 1 nov. 2012.
- MURTA, Roberto. *Princípios e contratos em comércio exterior*. São Paulo: Saraiva, 2005.



ORREGO VICUÑA, Francisco. Of contracts and treaties in the Global market. *Max Planck University of New York in Belgrade*, v. 8, p. 341-357, 2004.

PEREIRA, José Edgard Amorim. Contrato internacional do comércio. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 74, p. 11-22, abr./jun. 1989.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TWINING, William. Diffusion of Law: a global perspective. *Journal of legal pluralism*, n. 49, p. 01-45, 2004.

WAINCYMER, Jeff. The internationalisation of Australia's Trade laws. *Sydney Law Review*, v. 17, p. 298-335, 1995.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Impacto e influência dos  
tratados e convenções  
internacionais sobre a lei  
brasileira de arbitragem**

Jamile Bergamaschine Mata Diz  
Clarissa Correa Neto Ribeiro

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

# Impacto e influência dos tratados e convenções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem

## Impact and influence of international treaties and conventions on the Brazilian Arbitral Law\*

Jamile Bergamaschine Mata Diz<sup>1</sup>

Clarissa Correa Neto Ribeiro<sup>2</sup>

### RESUMO

A arbitragem como forma alternativa de solução de controvérsias consolidou-se nacionalmente e internacionalmente como instrumento legítimo para promover e ampliar o acesso à justiça. Neste sentido, o objetivo do presente trabalho será analisar como os tratados e convenções internacionais influenciaram na criação e desenvolvimento da lei nacional de arbitragem, bem como sua aplicação no Brasil. Assim, buscaremos delimitar quais foram as convenções, tratados, protocolos e demais atos internacionais que apresentaram implicações, positivas ou negativas, quando da adoção da Lei n. 9307/96 pelo poder legislativo brasileiro, buscando assim analisar se esta lei realmente conseguiu absorver os parâmetros, critérios, natureza e efeitos admitidos pela ordem jurídica internacional. Posteriormente, será feita uma aproximação, de forma sucinta, sobre os principais aspectos da lei em relação ao objeto, sujeito, forma de expressão e efeitos da utilização dos meios arbitrais e sua respectiva aplicação no Brasil. Concluímos que mostra-se inegável a influência das fontes convencionais internacionais sobre a formulação da lei interna reguladora da arbitragem, especificamente quando analisamos as principais convenções que tratam da matéria e a correlação com os dispositivos da referida lei. A metodologia utilizada no presente trabalho ancorou-se nos métodos histórico e indutivo que permitem estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas à utilização deste mecanismo como concretizador do direito fundamental de acesso à justiça no âmbito das relações jurídicas de natureza privada. Ainda no que tange a vertente teórico-metodológica, seguiu-se uma linha crítico-metodológica necessária para a devida análise do tema. Finalmente, a comprovação dos impactos e influências da legislação internacional sobre o sistema interno também é relevante para explicitar como o Brasil vem acompanhando a dinâmica internacional relativa às normas vinculadas às relações jurídicas privadas, reforçando a obrigatoriedade vinculação com as questões atuais de direito internacional privado.

**Palavras-chaves:** Impactos. Regulação Internacional. Sistema Jurídico Brasileiro. Arbitragem.

<sup>1</sup> Professora adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Professora da Universidade de Itáuna-MG. Doutora em Direito Comunitário pela Universidad de Alcalá-España. Máster em Instituciones y Políticas de la EU pela UCJC-Madrid. Assessora jurídica da Secretaria do Mercosul (2008-2009). Email para contato : jmatadiz@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Graduanda em Ciências do Estado na Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista do programa PIBIC, CNPq. Mobilidade acadêmica na Université Lille 2. Email para contato : clarissacnribeiro@ufmg.br

\* Recebido em 15/05/2013

Aprovado em 22/05/2013



## ABSTRACT

The arbitration as an alternative dispute settlement established itself nationally and internationally as a legitimate instrument to promote and expand access to justice. In this sense, the aim of this work is to analyze how the international treaties and conventions influenced the creation and development of national arbitration law and its application in Brazil. Thus, we will seek to delimit what were the conventions, treaties, protocols and other international acts that had implications, positive or negative, when the adoption of Law n. 9307/96 by the Brazilian legislature, thus seeking to analyze whether this law could actually absorb the parameters, criteria, nature and effects allowed by the international legal order. Later, there will be an approximation, succinctly, on the main aspects of the law in relation to the object, subject, form of expression and effects of the use of arbitration and its means are implemented in Brazil. We conclude that proves the undeniable influence of conventional sources on the formulation of international law internal regulatory arbitration, especially when we analyze the main conventions that deal with the matter and the correlation with the provisions of that law. The methodology used in this study was anchored in historical and inductive methods for establishing the conceptual assumptions and practices applicable to the use of this mechanism as concretizing the fundamental right of access to justice within the legal relations of a private nature. Although, the theoretical and methodological aspects followed by a line-critical methodology become necessary for a proper analysis of the topic. Finally, evidence of the impact and influence of international law on the internal system is also relevant to explain how Brazil has followed the dynamics on the international standards related to private legal relations, strengthening the connection with the current issues of private international law.

**Keywords:** Impacts. International regulation. Brazilian legal system. Arbitration

## 1. INTRODUÇÃO

A arbitragem como forma de solução de controvérsias consolidou sua aplicação tanto no cenário nacional como internacional. A discussão e consequente aceita-

ção de novos métodos para dirimir conflitos alcançou um grau significativo de normatividade ao serem criadas convenções e tratados internacionais sobre o tema, bem como leis internas propiciadoras para a instituição dos meios arbitrais.

Neste sentido, o estudo da influência e dos impactos da legislação internacional sobre o sistema nacional merece uma atenção especial por parte da doutrina, no sentido de estabelecer quais foram as medidas, os efeitos e o alcance das disposições internacionais que tiveram maior repercussão para a criação de lei própria e específica no Brasil que versa sobre a temática da arbitragem. O objetivo, portanto, do presente trabalho é tentar delimitar quais foram as implicações, positivas ou negativas, apresentadas quando da adoção da Lei n. 9307/96 pelo poder legislativo brasileiro, a partir da análise de convenções, tratados, protocolos e demais atos internacionais que serviram de inspiração para o legislador brasileiro, como a Convenção do Panamá (1975); a Convenção de Washington para a Solução de controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (1965) e a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial da UNCITRAL (1985). Assim, busca-se analisar se esta lei realmente conseguiu absorver os parâmetros, critérios, natureza e efeitos admitidos pela ordem jurídica internacional. A correlação também é relevante para explicitar como o Brasil vem acompanhando a dinâmica internacional relativa às normas vinculadas às relações jurídicas.

No presente trabalho, faremos uma análise dos principais dispositivos provenientes de tratados e convenções em matéria de arbitragem, especialmente aqueles que foram incorporados pelo Brasil e os citamos anteriormente, que produziram ou que possam ter produzido impactos e implicações sobre a formulação da lei nacional de arbitragem. Posteriormente, será feita uma aproximação, de forma sucinta, sobre os principais aspectos da lei em relação ao objeto, sujeito, forma de expressão e efeitos da utilização dos meios arbitrais e sua respectiva aplicação no Brasil. Assim, a questão principal a ser abordada neste artigo refere-se primordialmente à fixação de quais tratados, convenções e protocolos, adotados no âmbito internacional, apresentaram maior impacto para a criação e aplicação de uma lei de arbitragem nacional. As pesquisas doutrinárias realizadas<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Vide entre outros CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: comentários à lei 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004;

atualmente buscam determinar se esse impacto alterou ou não a configuração da arbitragem ao serem incorporados pelas leis internas os dispositivos presentes nas consideradas fontes convencionais.

A metodologia do trabalho deverá centrar-se nas técnicas estabelecidas para uma pesquisa que envolva temas de direito internacional e seu tratamento e incorporação pelo sistema interno, em razão especialmente do caráter específico e singular da análise de um mecanismo extrajudicial e portanto não vinculado, necessariamente, a uma atividade estatal direta. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução da construção da normatividade internacional sobre arbitragem e a adoção da mesma pela ordem brasileira. Os métodos histórico e indutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas à utilização deste inovador mecanismo como concretizador do direito fundamental de acesso à justiça no âmbito das relações jurídicas de natureza privada.

Ainda no que tange a vertente teórico-metodológica, planeja-se seguir uma linha crítico-metodológica, que, nas palavras de Gustin e Dias<sup>4</sup>

supõe uma teoria crítica da realidade e sustenta duas teses de grande valor para o repensar da Ciência do Direito e de seus fundamentos e objeto: a primeira defende que o pensamento jurídico é tópico e não dedutivo, é problemático e não sistemático. Essa tese trabalha com a noção de razão prática e de razão prudencial para o favorecimento da decisão jurídica. A segunda tese insere-se na versão postulada pela teoria do discurso e pela teoria argumentativa. Essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados.

Os dados obtidos a partir do tratamento das fontes primárias normativas (tratados e convenções internacionais) foram devidamente examinados com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, especificamente no que tange à determinação dos impactos e influências da legislação internacional sobre o direito interno.

GAIO JR., Antonio Pereira. Lei n. 9.307/96: natureza, historicidade e constitucionalidade da arbitragem no Brasil. In: GAIO JR., Antonio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). *Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; LEMES, Selma. *O Superior Tribunal de Justiça e a Convenção de Nova York: uma nova era para a arbitragem e o comércio internacional*. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/ingles/arbitragem.asp?subcategoria=artigos&codnoticia=43>>, entre outros que serão analisados no presente trabalho.

<sup>4</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 41.

Além disso, foram utilizados dados secundários a partir da técnica de coleta de dados bibliográficos relativos ao tema objeto do presente artigo, adotando-se uma abordagem exploratória dos estudos que já foram realizados sobre o tema buscando compreender e determinar o alcance dos impactos e influências sobre a lei interna.

Para uma devida compreensão do tema, iniciaremos o trabalho com a definição de um marco teórico que possibilite especificar um conceito para a arbitragem, sem entretanto desconsiderar a existência de entendimentos ou opiniões divergentes sobre tal definição.

## 2. A ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O instituto jurídico da arbitragem é uma das formas de resolução de conflitos mais antigas na história do Direito. Existente desde os primórdios das civilizações possui registros em relatos gregos, romanos e, até mesmo, bíblicos ou mitológicos, onde a um terceiro era delegada a responsabilidade de solucionar controvérsias surgidas em torno da existência de direitos, executando-se a justiça de maneira privada. Ainda que o Código Comercial de 1850 represente o primeiro instrumento jurídico a abordar a arbitragem no Brasil, ao prever, em seu artigo 245, que conflitos advindos de contratos de locação mercantil deveriam ser decididas em juízo arbitral, tem-se notícia de sua utilização quando ainda do domínio colonialista português. Posteriormente, o conteúdo do artigo chegou a integrar o Código Civil e o tema da arbitragem passou a constar em diversos dispositivos legais, que o abrangeram ou restringiram durante o percurso da história política nacional.

Arbitragem ou juízo arbitral pode ser definida como um meio extrajudicial de solução de conflitos, pelo qual, árbitros resolvem divergências relativas a direito patrimoniais disponíveis, com base em convenção de arbitragem pactuada entre as partes. Ainda, segundo Teixeira<sup>5</sup> trata-se de “(.) uma forma paraestatal de composição de controvérsias, pois se desenvolve ‘sob os auspícios e garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal.”

<sup>5</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo apud FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 123.

No entendimento de Casella e Araújo<sup>6</sup>:

A arbitragem é um meio jurídico de solução de controvérsias presentes ou futuras, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesmas e diretamente, ou através de mecanismos por elas determinados, árbitros para serem os juizes as controvérsias, confiando-lhes a missão de decidir de forma obrigatória o litígio através da prolação de um laudo arbitral. Ao final da arbitragem, idealmente, espera-se que o laudo seja cumprido espontaneamente. Sua natureza em nada se modifica em virtude de ser a arbitragem interna ou internacional.

Ao se adentrar ao tema da natureza jurídica da arbitragem, logo se constata que a doutrina resta dividida em duas correntes antagônicas: a teoria contratual (ou privatista) e a teoria jurisdicional (ou publicista, ou ainda, institucional).

A característica contratual da arbitragem advém do compromisso arbitral firmado entre as partes. Para os seguidores da corrente privatista, “a execução forçada do laudo, que deve ser efetuada pelo Judiciário, constituiria mera obrigação de fazer, assumida na convenção arbitral”<sup>7</sup>. Entretanto, reconhecendo, o Estado, a natureza jurisdicional da arbitragem, “o ato predominante do instituto é o laudo, resultado de uma atividade pública delegada ao árbitro”<sup>8</sup>.

Há ainda os que tentam conciliar as duas tendências, imprimindo uma natureza *sui generis* para o instituto. A idéia funda-se em que, nasce a arbitragem da vontade livre das partes (caráter privado), e, no entanto, exerce função de caráter público, ao regular uma relação de direito processual. Para os que defendem a natureza mista da arbitragem, além do caráter contratual, a instituição possui também feição pública, pois para esta parte da doutrina, os efeitos do laudo arbitral decorreriam de lei.

### 3. A REGULAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE ARBITRAGEM

Durante o século XX, com a inserção do mundo em uma ordem econômica internacional e as constan-

tes mudanças geradas por um capitalismo globalizado, onde a velocidade e a complexidade das relações econômicas e pessoais se intensificam, cria-se a necessidade de habilitarem-se mecanismos de solução de controvérsias jurídicas, adaptados a esta nova realidade. Desta forma, a arbitragem se apresenta como meio facilmente adaptável a este novo meio, sendo celebrada em Convenções de caráter internacional, como o Protocolo de Genebra referente a Cláusulas Arbitrais (1923), que reconheceu a validade da *clausula compromissória* como juridicamente válida quando a arbitragem for internacional; a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958), que veio a substituir a primeira, dado a sua abrangência, uma vez que foi patrocinada pelas Nações Unidas e teve a ratificação de mais de 100 países; a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (1961) e a Convenção do Panamá (1975), que se tornaram instrumentos regionais para a instituição da arbitragem; a Convenção de Washington para a Solução de controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (1965), e a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial da UNCITRAL (1985), elaborada pelas Nações Unidas e que se tornou um importante instrumento harmonizador da legislação arbitral internacional.

Assim, faz-se importante analisar a influência do Direito Internacional Privado e seus Tratados sobre a elaboração e a aplicação da Lei Brasileira de Arbitragem, Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, sob a perspectiva da necessidade de inserção e adequação do Brasil ao cenário internacional. Embora esta lei não inaugure a arbitragem no plano jurídico nacional, é responsável pela mais moderna sistematização do tema e, por isso, compreender as influências sob as quais se encontravam a jurisprudência brasileira em relação à arbitragem no momento de sua elaboração permitirá conhecer os mecanismos que proporcionaram o desenvolver de sua aplicação no país, seja pelo fortalecimento da confiabilidade do Brasil para o comércio internacional, seja por sua posição alternativa ao sobrecarregado sistema judiciário nacional.

Ao proceder ao desenvolvimento desta análise, busca-se delimitar e examinar os Tratados internacionais vigentes referentes a arbitragem que influenciaram os legisladores brasileiros, de modo a demonstrar seu papel para a modernização do modelo do juízo arbitral e a possibilitar a compreensão da importância da adequa-

<sup>6</sup> BORBA CASELLA, Paulo; ARAÚJO, Nádia de. *Arbitragem: a nova lei e a praxe internacional*. Borba Casella, P. (Coord.). São Paulo: LTr, 1999. p. 90.

<sup>7</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 133.

<sup>8</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 133.



ção aos parâmetros internacionais para a difusão e adoção deste método alternativo de resolução de conflitos.

Ainda que seja preciso ressaltar que o Brasil deu seu primeiro passo no que tange aos instrumentos internacionais sobre a arbitragem, em 1932, com a adesão e ratificação do Protocolo de Genebra, de 24 de setembro de 1923, referente a cláusulas de arbitragem, até o advento da Lei 9.307, o tema foi negligenciado no Brasil.

A partir dos anos 1980, dada a constatada necessidade de consolidação de um mecanismo de resolução de conflitos alternativo e eficaz, três anteprojetos de Lei sobre arbitragem foram apresentados no Brasil, visando a modificar o tratamento dado a este instituto no Direito Interno, porém sem maior sucesso. Assim, na esteira do entendimento de Delgado<sup>9</sup>

A história recente registra que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, teve origem no Projeto de Lei do Senado de nº 78, de 1992. Antes, três projetos tinham sido apresentados e foram arquivados. [...] O Projeto em referência foi apresentado pelo então Senador Marco Maciel. Contribuíram para o aperfeiçoamento do texto da Lei, valiosas sugestões, de juristas estudiosos do tema, incluindo-se os Drs. Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, bem como, a Dra. Selma M. Ferreira Lemes. O autor do projeto, na exposição de motivos, esclareceu que a proposta legislativa apresentada levava em conta diretrizes da comunidade internacional, especialmente as fixadas pela ONU na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional formulada pela UNCITRAL.

Como órgão das Nações Unidas responsável pela modernização e harmonização das regras concernentes ao comércio internacional, a UNCITRAL (United Nations-Commission for International Trade Law) elaborou, através de um comitê formado por 58 países e 18 organizações internacionais, a Lei-Modelo sobre arbitragem supramencionada. Seu texto final foi aprovado em Assembleia Geral das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1985, através da resolução 40/72 e o sucesso da legislação foi notável, por contar com a adesão dos países que movimentam a maior parte do comércio internacional.

Além de solucionar falhas de legislações anteriores, o texto da Model Law influenciou a maioria das leis internas sobre arbitragem promulgadas após a sua aprovação, bem como a revisão de regulamentos arbitrais de grande parte das câmaras de arbitragem do planeta,

devido a extensão e relativa completude de sua abordagem, que abarca desde a formação até a execução das sentenças.

Ainda, conforme o entendimento de Delgado<sup>10</sup> fazendo referência a Garcez, pode-se compreender como a influência da Model Law propagou-se pelas legislações nacionais

Um estudo levado a efeito pelo Professor Pieter-Sanders (Professor emeritus na Universidade de Rotterdam, artigo constante do vol. II nº 1 do *Arbitration International, LCIA*, 1995), registra que o impacto da Lei-Modelo é tão elevado que praticamente nenhum Estado que tenha modernizado seu sistema legislativo sobre arbitragem, após a sua edição, teria, inter alia, deixado de levá-la em consideração. Alguns Estados adotaram a Lei-Modelo por inteiro, outros se adaptaram a maior parte de suas provisões, de forma que existem países que podem ser caracterizados como países da Lei-Modelo (Model Law countries) [...]. Até 1995, quando o estudo do Professor Pieter-Sanders foi realizado, 22 países haviam promulgado leis internas sobre arbitragem adaptando-as, substancialmente, aos padrões da Lei-Modelo.

A fim de entender as influências do modelo de lei e os impactos sobre o sistema legal brasileiro, vamos proceder a uma análise, artigo por artigo, da legislação nacional para descobrir a compatibilidade entre os dois instrumentos jurídicos.

### 3.1 Influência da legislação internacional sobre a formulação da lei nacional de arbitragem

O legislador brasileiro também se ateu a importância da Lei Modelo, durante o processo que promulgou a lei nacional. Segundo artigo da professora Selma Lemes, membro da Comissão de juristas que contribuíram para a elaboração da Lei 9.307/96, seria possível estabelecer um quadro com o seguinte panorama de influências da Model Law sobre a lei brasileira:

Principais disposições da Lei Modelo incorporadas a legislação interna

<sup>9</sup> DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual*. p. 7. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/arquivos/22\\_05.pdf](http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2012.

<sup>10</sup> DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual*. p. 7. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/arquivos/22\\_05.pdf](http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf)>. Acesso em: 24 out. 2012.

Disposição	Lei Modelo	Lei de Arbitragem Brasileira
Reconhecimento do caráter obrigatório e efeito vinculante da clausula compromissória e respectiva executoriedade; ampla autonomia das partes para fixação das regras procedimentais.	Art. 8	Art. 3º a 7º
Procedimento para indicação dos árbitros.	Art. 11	Art. 13
Revelação prévia do árbitro de quaisquer fatos que denotem dúvida justificada quanto a sua imparcialidade e independência	Art. 12 e 13	Art. 14, parágrafo 1º
Princípios da autonomia da clausula compromissória e da competência-competência	Art. 15	Art. 8º e parágrafo único
Autorização para o tribunal arbitral solicitar medidas cautelares	Art. 17	Art. 22, parágrafo 2º e 4º
Princípio do devido processo legal	Art. 18	Art. 21, parágrafo 2º
Decisão motivada: os árbitros deverão fundamentar a decisão exarada na sentença arbitral	Art. 31	Art. 26, inciso III
Escolha das regras de direito que serão aplicadas na arbitragem	Art. 28	Art. 2º
Procedimento de revisão pós sentença arbitral estando prevista em sede (i) de retificação para corrigir erro material ou esclarecer obscuridades requerida ao tribunal arbitral e (ii) de ação de anulação de sentença arbitral	(i) Art. 33 (ii) Art. 34	(i) Art. 30 (ii) Art. 32 e 33

Reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira	Art. 35 e 36	Art. 38 e 39
--	--------------	--------------

Fonte: elaboração própria, com base Lemes (1997).

A autora cita ainda a influência de legislações internas de outros países na lei brasileira:

A regulamentação arbitral brasileira também teve fonte de inspiração na lei francesa de 1981, ao estabelecer a convenção de arbitragem, que também está prevista no art. 7º da LM (art. 3º da LAB) bem como em muitos dispositivos da lei espanhola nº 36/1988, como por exemplo, o art. 56.1, equivalente ao art. 34 da LAB<sup>11</sup>.

Em palestras ministradas, a autora afirmou também que, durante a elaboração da Lei Brasileira, não havia a previsão de quando seriam incorporadas as convenções internacionais ao ordenamento interno. Dai se percebe a sabedoria do legislador, que dispôs no artigo 34 desta lei que prevaleceriam os tratados internacionais com vigência no direito interno, destacando o caráter supletivo do ordenamento para os itens dispostos no Capítulo e antecipando os efeitos das incorporações futuras.

De fato, a comissão relatora efetuou vasta pesquisa no âmbito jurídico internacional, e buscou, além do que já havia sido escrito, incorporar importantes dispositivos de convenções de grande abrangência, de maneira a favorecer as transações e o tráfego jurídico internacional. Assim, nota-se também, a influência da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, ao acabar com a exigência da dupla homologação das sentenças e ao inserir a figura da inversão do ônus da prova. Carlos Alberto, Carmona afirma ainda, sobre as influências, que “verifica-se que nos seis incisos do art. 38 e no art. 39 foram relacionados todos os casos de recusa de homologação previstos no art. V da convenção nova-iorquina.”<sup>12</sup>

Durante o processo de elaboração da Lei Brasileira de Arbitragem, o Brasil ratificou, alguns atos internacionais convencionais relevantes que tratam direta ou indiretamente do tema, a saber:

<sup>11</sup> LEMES, Selma. Princípios e origens da lei de arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 51, p. 32-35, out. 1997. Disponível em: <[http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri16.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri16.pdf)>.

<sup>12</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: comentários à lei 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 295.

- Protocolo de Las Leñas<sup>13</sup>, celebrado em 27 de julho de 1992: que propõe regras de cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa no MERCOSUL. Indica estratégias para a resolução de conflitos entre pessoas físicas ou jurídicas.

- Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul<sup>14</sup>, firmado em 1998: uniformiza a aplicação da arbitragem entre os Estados Partes, tendo sido elaborado com base na Lei-Modelo da UNCITRAL, tendo por objeto “regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias, surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”, (art. 1) ficando por tanto excluído a arbitragem nos conflitos entre um particular e um Estado-Parte e naqueles suscitados entre os Estados, já que nestes casos se deverá acionar o mecanismo previsto no Protocolo de Olivos.

- Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial<sup>15</sup> firmada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975: que segue o modelo da Convenção de Nova York de 1958, e provê aos países signatários o carácter executivo geral dos acordos de arbitragem e laudos arbitrais.

- Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros<sup>16</sup>, firmada em Montevideu em 08 de maio de 1979: que regula a execução das sentenças e laudos arbitrais em outros Estados membros da OEA.

Todos eles afetaram, em maior ou menor medida, a elaboração e consequente aplicação da lei nacional, mas, dentre as citadas, cabedizer que a chamada Convenção do Panamá, constituiu a principal fonte de inspiração ao legislador brasileiro, pois traz disposições muito semelhantes às contidas na Convenção de Nova Iorque, ainda que devemos ressaltar que a primeira possui uma abrangência menor, uma vez que a ultima já foi adotada por mais de 130 países, incluindo o Brasil, ainda que tardiamente. Embora fonte de inspiração jurídica, a Convenção de Nova Iorque só foi adotada em âmbito interno em 2002, através do Decreto n° 4.311.

A partir desta breve análise, pode-se perceber a influência das Convenções de Direito Internacional em matéria

de arbitragem na composição da lei nacional. Ainda que antes da incorporação de alguns instrumentos normativos ao âmbito interno, certas garantias eram necessárias a legislação nacional para que o país pudesse apresentar uma maior confiabilidade a nível internacional no que concernia a proteção jurídica das questões arbitrais.

Cabe também ressaltar, no entanto, que, mesmo que a lei brasileira de arbitragem trouxesse em seu texto exatamente as mesmas disposições contidas nas demais Convenções Internacionais, isto não seria suficiente para a criação de uma relação de confiança na proteção jurídica, por parte da comunidade internacional, uma vez que, via de regra, não se conhece, internacionalmente, o teor das legislações internas dos países. Por isso, compreende-se a importância, tanto da consonância da legislação interna com os atos internacionalmente aplicados, quanto da adesão nacional a tratados internacionais amplamente adotados.

Agora, a questão da segurança jurídica deve ser analisada também sob a perspectiva da aplicação e interpretação posterior do reconhecimento e admissibilidade dos efeitos do laudo sobre as relações jurídicas. Ainda que haja uma regulação específica atinente à utilização do mecanismo arbitral, este só ganha força na medida em que as autoridades judiciais se inclinam pela devida observância da vontade das partes em se submeter a esta forma de solução de controvérsias, e logram admitir que no âmbito da esfera privada podem os particulares pactuar da forma que melhor lhes convier, observados os limites dispostos pelo próprio sistema, conforme analisamos anteriormente. A adoção de uma lei segundo os mais avançados parâmetros internacionais não tem o condão de fornecer a segurança jurídica necessária se as instituições brasileiras não conseguirem compreender a importância do instituto para a concretização inclusive do direito fundamental de acesso à justiça.

Portanto, a fim de ajudar a compreender a forma como o assunto tem sido tratado no Brasil, vamos agora avançar para uma análise do quadro legal de arbitragem nacional e sua aplicação.

<sup>13</sup> Incorporado pelo Decreto n. 2.067, de 12 de novembro de 1996.

<sup>14</sup> Incorporado pelo Decreto n. 4719, de 04 de junho de 2003.

<sup>15</sup> Incorporado pelo Decreto n. 1.902, de 9 de maio de 1996.

<sup>16</sup> Incorporado pelo Decreto n° 2.411, de 2 de dezembro de 1997



#### 4. ASPECTOS GERAIS DA LEI DE ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL: OBJETO, SUJEITO, FORMA DE EXPRESSÃO E EXECUÇÃO

A Lei de arbitragem no Brasil nasceu dos esforços envidados pelo Instituto Liberal de Pernambuco que congregou representantes de entidades de classe e juristas, e apresentou um projeto de lei que viesse a permitir a utilização dos mecanismos arbitrais no Brasil.<sup>17</sup> A influência da regulação internacional se fez sentir não só no momento da elaboração e discussão do projeto de lei, mas também em momento posterior, quando da implementação dos efeitos do laudo no sistema jurídico nacional, vez que ao assinar a Convenção de Nova York, “o Brasil consolidou a via arbitral em sede internacional, propiciando, inclusive, o reconhecimento das sentenças arbitrais internacionais.”<sup>18</sup>

De maneira geral, todas as questões que têm por objeto direitos disponíveis, de caráter patrimonial, que podem ser transacionadas, excetuadas as controvérsias que afetem a ordem pública, podem ser submetidas à arbitragem no Brasil.

Os direitos indisponíveis, como as questões relativas ao estado e à capacidade das pessoas, ou os que se referem à família, devem ser tutelados pela jurisdição estatal. Da mesma maneira devem ser resolvidas, as contendas que envolvem coisas proibidas ou que estão fora do comércio; as decorrentes de obrigações naturais e as questões criminais. Os processos cuja solução se dá através da jurisdição voluntária, também clamam a intervenção do Judiciário, “a fim de que este garanta e outorgue legalidade à situação de fato a que, de comum acordo, as partes chegaram.”<sup>19</sup>

Em matéria trabalhista, há em princípio possibilidade de adotar a arbitragem para os dissídios coletivos, assim como se permite a utilização de outras formas alternativas como a conciliação, na esteira do disposto nos art. 114 da Constituição Federal de 1988, entendimento confirmado pelo Tribunal Superior do Trabalho em distintas ocasiões.<sup>20</sup>

Quanto à capacidade da pessoa para contratar a ‘derrogação da justiça estatal’, estabelece a lei brasileira que o direito aplicável será o do país em que for domiciliado o indivíduo (LICC, art. 7.º). Esta é a priorística análise a ser feita quando do ajuste da convenção de arbitragem.

“O juízo arbitral concebido como fruto da livre convenção entre as partes, só se torna admissível entre as pessoas que gozem da autonomia jurídica para disciplinar as suas relações jurídicas”<sup>21</sup>, devendo, o sujeito, deter, ainda, o poder de disposição sobre o bem, objeto do contrato. Pode-se dizer que, somente as pessoas que podem transigir, podem submeter uma controvérsia à arbitragem.

As pessoas jurídicas de direito privado podem transigir desde que seus representantes legais, mandatários e procuradores estejam devidamente autorizados, através de poderes especiais.

Quanto à possibilidade de as pessoas de direito público submeterem-se às decisões arbitrais, há que se destacar “a problemática das imunidades de jurisdição e de execução, em virtude das quais é costume, em nível internacional, que os Estados soberanos não se submetam à jurisdição de um outro Estado, e tampouco aceitem ser executados em razão de processos tramitados em um outro, salvo se o próprio Estado aceitar, voluntariamente, a submissão à jurisdição estrangeira”<sup>22</sup>.

AIRR-1475/2000-193-05-00.7, onde o Tribunal afirmou que « Na hipótese, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que nos termos do art. 9º da mencionada lei, o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas; Portanto, a arbitragem caracteriza-se como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades. As partes, por conseguinte, têm a faculdade de renunciar ao seu direito de recorrer à Justiça ou de exercer o seu direito de ação, visto que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça a direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. »

<sup>21</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 316.

<sup>22</sup> PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*.

<sup>17</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>18</sup> GAIO JR., Antônio Pereira. Lei n. 9.307/96: natureza, historicidade e constitucionalidade da arbitragem no Brasil. In: GAIO JR., Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). *Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 13.

<sup>19</sup> PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*. São Paulo: LTr, 1997. p. 46.

<sup>20</sup> Vide Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-

Deste modo, o Estado, ao contratar com pessoas privadas ou com outro Estado soberano, dificilmente aceitará submeter-se à leis ou tribunais de outro país, apresentando-se, o instituto da arbitragem, como a forma mais viável para as duas partes, ao permitir a preservação da neutralidade no procedimento.

No Brasil, nos contratos de feição eminentemente pública, deve prevalecer o interesse público em detrimento do particular.

No que tange às pessoas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Autarquias), estão excluídas da possibilidade jurídica de solucionar conflitos internos através da arbitragem, em face da indisponibilidade dos bens da Fazenda Pública, donde decorre o interesse público que é insito à própria lide. Nada obstante, o princípio não é absoluto, porquanto a exceção pode encontrar previsão normativa *lato sensu*, com requisito interno (v.g. leis, decretos editais de licitação com cláusula compromissória, etc.)<sup>23</sup>

Portanto, a questão se cinge muito mais em saber qual a matéria pode ser objeto de decisão arbitral, do que quem figurará como parte, de forma que nos contratos internacionais celebrados pelos entes estatais deverá haver cláusula expressa autorizando a via arbitral.

Em relação à forma de expressão da vontade das partes em se submeter a uma solução arbitral, modo geral, esta pode dar-se sob a inclusão de uma cláusula compromissória, considerada como um dispositivo inserido no contrato, ou em instrumento autônomo que faça menção, em momento anterior à instalação da lide<sup>24</sup>, no qual as partes legam à justiça arbitral, a discussão sobre a existência, validade e eficácia da convenção feita. Ou ainda, através de compromisso arbitral, feito em momento posterior ao surgimento do conflito, ou seja, depois de verificada a divergência de interesses acerca de um determinado bem disponível, podem as partes, por meio do compromisso arbitral, escolher a arbitragem como mecanismo competente a sua resolução<sup>25</sup>.

São Paulo: LTr, 1997. p. 51-52.

<sup>23</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*: análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 176.

<sup>24</sup> A inserção da cláusula pode ser feita no momento da formação do contrato, ou também após sua conclusão, por meio de instrumento autônomo.

<sup>25</sup> VALLADARES, Leandro Carlos P; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Considerações sobre o Acordo de Arbitragem do MERCOSUL e a Lei de Arbitragem brasileira. *Revista Parlatorium*, Belo Horizonte, v. 5, p. 13-40, 2010.

A Lei brasileira de arbitragem igualou as duas espécies, destinando a elas a denominação genérica de convenção de arbitragem. Assim, de acordo com Freitas Câmara “A lei da arbitragem cria a figura genérica da convenção de arbitragem, ato jurídico privado cujo o efeito é a instauração da arbitragem.”<sup>26</sup>

Vale ressaltar que o princípio da autonomia da cláusula compromissória, inserido na Lei de Arbitragem brasileira, foi formulado a partir das legislações de países como a Itália, Alemanha, Bélgica, França, Espanha e também na Lei modelo da UNCITRAL. Esse postulado é corolário do princípio *Kompetenz-Kompetenz*, originário da construção jurisprudencial alemã, segundo o qual os árbitros têm aptidão para julgar sua própria competência. Assim, nas palavras de Silva Oliveira<sup>27</sup>, discorrendo sobre o princípio supracitado:

Costuma-se tributar à Corte Suprema da antiga Alemanha Ocidental, em decisão proferida em 4.5.1955, a formulação da regra *Kompetenz-Kompetenz*, da mesma maneira que se costuma citar a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10.6.1958, como fruto de inspiração de tal regra. No entanto, é nas disposições das Regras sobre Arbitragem da UNCITRAL, de 1976, e da Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, de 1985, que se verifica a asserção mais contemporânea daquilo que por uns é chamado de princípio e, por outros, de regra, ou seja, quando o meio de solução de controvérsias é a arbitragem, compete ao árbitro ou à corte arbitral definir sua própria competência. Essa assertiva, recorrente no âmbito da arbitragem internacional, foi expressamente adotada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996, também chamada Lei Marco Maciel ou Lei de Arbitragem, em seus artigos 8º, parágrafo único, e 20, caput.

Com relação ao reconhecimento e execução do laudo final, este equipara-se à sentença, possuindo, deste modo, os mesmos efeitos executivos dela. Assim a parte vencedora poderá recorrer à esfera judicial, para que o magistrado execute o laudo, caso o obrigado não cumpra voluntariamente a decisão arbitral.

<sup>26</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: lei 9.307/96. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005. p. 2.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Henrique Silva. Considerações sobre o princípio *Kompetenz-Kompetenz* na lei de arbitragem. *Trigueiro Fontes Advogados*, Curitiba, jun. 2005. Disponível em: <[http://www.trigueirofontes.com.br/asp/artigos\\_texto.asp?Cod=79](http://www.trigueirofontes.com.br/asp/artigos_texto.asp?Cod=79)>. Acesso em: jun. 2007.

No Brasil, a Lei de Arbitragem superou a chamada ‘dupla homologação’, que exigia uma homologação prévia no país de origem e, após, seria o laudo homologado perante o STF, obtendo o exequatur. Depois disso, o juiz competente poderia executá-lo. O art. 35 da lei de arbitragem dispõe que “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

Não obstante, uma questão interessante digna de nota refere-se à aplicação do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, firmado em Las Leñas que, no art. 20, estabelece que as sentenças e laudos arbitrais proferidos nas jurisdições dos Estados-Partes do MERCOSUL possuirão eficácia extraterritorial, i.e., independentemente de homologação posterior. Entretanto, este entendimento não é pacífico. Assim, há os que defendem o efeito de extraterritorialidade às decisões dos países signatários deste acordo, para os quais, se este não fosse o entendimento correto, não haveria justificativa para o Protocolo<sup>28</sup>. Outros entendem que a novidade maior do Protocolo de Las Leñas, foi autorizar o reconhecimento e execução de sentenças e laudos estrangeiros por via de Cartas Rogatórias, por intermédio da Autoridade Central, constituindo-se apenas como um instrumento facilitador.

Existe inclusive um acórdão do Supremo Tribunal Federal onde o órgão máximo do Judiciário Brasileiro realizou uma interpretação restritiva quanto à aplicação do Protocolo de Las Leñas, ao entender que o exequatur dado às cartas rogatórias de caráter executório não poderia ser realizado sem submeter-se à apreciação do Presidente deste Tribunal. O Supremo Tribunal Federal decidiu no Agravo Regimental n. 7618/97 que era lesivo à soberania brasileira e violava o texto da Lei Fundamental da República, qualquer autorização que, solicitada mediante carta rogatória emanada de órgão judicial de outro País, tivesse por finalidade permitir, em território nacional, a averiguação, por magistrados estrangeiros, de testemunha domiciliada no Brasil, especialmente quando se pretendia que a oitiva – que deveria ser realizado pelo magistrado federal brasileiro – fosse realizada em missão diplomática mantida pelo Estado

<sup>28</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 144, p. 281-287, out./dez. 1999.

que expediu a rogatória junto ao Governo do Brasil.

Desta forma, nota-se que apesar da previsão contida no Protocolo de Las Leñas, entende o Judiciário brasileiro que a necessidade de exequatur ainda deve prevalecer.

## 5. CONCLUSÃO

Não se pode negar que a arbitragem representa uma inovação jurídica para a solução de controvérsias. A formação de um procedimento que estabeleça parâmetros extrajudiciais para dirimir um conflito é, por si só, um elemento de grande importância no cenário das relações jurídicas, especialmente aquelas vinculadas ao âmbito privado. É inegável que como bem manifesta CAPPELLETI esse movimento de formas alternativas de solução de controvérsias:

representa la búsqueda de instrumentos alternativos para la solución de los conflictos llevados a efecto fuera de las arenas judiciales, a través de sistema informal, no contencioso, donde se busca el consenso o cualquier forma amistosa que vincule las partes, amenizando los espíritus más belicosos y reduciendo, así, los argumentos plantados por emulación; el resultado, consecuentemente, es bien más aceptado para el no vencedor.

Não cabe dúvida que o sistema jurisdicional enfrenta, atualmente, uma forte crise que dificulta e esmorece o acesso a justiça, pilar de um dos mais importantes direitos fundamentais do homem. Ao estabelecer um procedimento mais condizente com a prática jurídica internacional, o Brasil se encontram “afinado” com as necessidades das pessoas físicas e jurídicas, gerando maior possibilidade de investimentos e negócios ao possibilitar que as pessoas possam, per se, estabelecer quais os mecanismos a utilizar-se no caso de conflitos.

O Brasil, após o advento da Lei 9307 de 1996, também acompanhou a dinâmica internacional de criação de mecanismos de solução e controvérsias ao estabelecer a arbitragem como meio legítimo de composição de conflitos e prevendo a adoção, no bojo da referida lei, de elementos indispensáveis para que dito meio pudesse ser aplicado nas relações jurídicas entre particulares, aspectos que foram, em maior ou menor medida, resultado dos instrumentos internacionalmente reconhecidos como o caso daqueles adotados no âmbito da UNCTRAL, segundo anteriormente analisado.



Além disso, a lei brasileira ao prever a arbitragem como meio idôneo para a solução de controvérsias estabeleceu parâmetros importantes que, sem dúvida, e apesar dos possíveis aperfeiçoamentos a realizar-se nestes últimos, imprimiu maior segurança jurídica, gerando o grau de confiança indispensável para as pessoas físicas e jurídicas que queiram adotar a arbitragem nas relações jurídicas por elas realizadas. Representa ainda uma oportunidade singular para que as controvérsias surgidas no âmbito privado possam desenvolver-se com certo grau de autonomia, subordinada obviamente aos limites dispostos no próprio sistema jurídico.

Finalmente, a possibilidade de utilização de arbitragem pelos particulares significa a abertura do sistema a relações de caráter eminentemente privado, garantindo a efetivação plena de um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, qual seja, a existência de mecanismos de solução de controvérsias como parte essencial do princípio mais amplo de acesso à justiça

## REFERÊNCIAS

BORBA CASELLA, Paulo. Procedimentos da arbitragem: a nova lei brasileira, praxe internacional e a integração no MERCOSUL. *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 129-148, jan./mar. 1997. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21839/procedimento\\_arbitragem\\_nova\\_lei.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21839/procedimento_arbitragem_nova_lei.pdf?sequence=1)>.

BORBA CASELLA, Paulo; ARAÚJO, Nádia de. *Arbitragem: a nova lei e a praxe internacional*. Borba Casella, P. (Coord.). São Paulo: LTr, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: lei 9.307/96*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DELGADO, José Augusto. *A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual*. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/arquivos/22\\_05.pdf](http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf)>. Acesso

em: 24 out. 2012.

DELGADO, José Augusto. *A arbitragem: direito processual da cidadania*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29760-29776-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2012.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. O sistema de solução de controvérsias no Mercosul e o acordo de arbitragem comercial: instrumentos complementares ou excludentes? In: GAIO JR., Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). *Arbitragem: 15 anos da Lei 9307/96*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GAIO JR., Antônio Pereira. Lei n. 9.307/96: natureza, historicidade e constitucionalidade da arbitragem no Brasil. In: GAIO JR., Antônio Pereira; MAGALHAES, Rodrigo Almeida (Coord.). *Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEMES, Selma. *A lei brasileira de arbitragem e a convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: o futuro próximo*. Disponível em: <[http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri31.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri31.pdf)>.

LEMES, Selma. *O Superior Tribunal de Justiça e a Convenção de Nova York: uma nova era para a arbitragem e o comércio internacional*. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/ingles/arbitragem.asp?subcategoria=artigos&codnoticia=43>>.

LEMES, Selma. Princípios e origens da lei de arbitragem. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 51, p. 32-35, out. 1997. Disponível em: <[http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo\\_juri16.pdf](http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri16.pdf)>.

MAGALHÃES, José Carlos de. O Protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. Anotações sobre arbitragem no Brasil e o projeto de lei no Senado 78/92. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, 1995.

OLIVEIRA, Henrique Silva. Considerações sobre o princípio Kompetenz-Kompetenz na lei de arbitragem. *Trigueiro Fontes Advogados*, Curitiba, jun. 2005. Disponível em: <[http://www.trigueirofontes.com.br/asp/artigos\\_texto.asp?Cod=79](http://www.trigueirofontes.com.br/asp/artigos_texto.asp?Cod=79)>. Acesso em: jun. 2007.

PUCCI, Adriana Noemi. *Arbitragem comercial nos países do Mercosul*. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

STRASSMANN, Karin; LUCHI, Cíntia. *O instituto da arbitragem no Brasil*. Disponível em: <<http://tribunal-arbitralbrasileiro.org/site/portfolio/o-que-e-arbitragem/>>. Acesso em: 24 out. 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Jurisprudência Mineira*, v. 47, n. 137-138, p. 1-13, jul./dez. 1996. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10240>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

VALLADARES, Leandro Carlos P.; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Considerações sobre o Acordo de Arbitragem do MERCOSUL e a Lei de Arbitragem brasileira. *Revista Parlatorium*, Belo Horizonte, v. 5, 2010.

**AGRADECIMENTO:** as autoras agradecem ao CNPq pelo auxílio concedido para a realização desse trabalho mediante apoio à pesquisa científica.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A jurisprudência  
norte-americana e europeia  
sobre os acordos horizontais e  
verticais: substrato para análise  
da matéria no Brasil**

Daniel Amin Ferraz

VOLUME 10 • N. 1 • 2013  
NÚMERO ESPECIAL: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO  
SPECIAL ISSUE: INTERNATIONAL ECONOMIC LAW



# A jurisprudência norteamericana e europeia sobre os acordos horizontais e verticais: substrato para análise da matéria no Brasil\*

Daniel Amin Ferraz<sup>1</sup>

## RESUMO

A aproximação entre empresas, para a constituição de instrumentos de concentração ou de cooperação empresarial é, hoje em dia, elemento essencial para o desenvolvimento da atividade produtiva. Todavia, o direito *anti-trust* pretende regular tais ações, já que as mesmas poderão gerar dominação de mercado, com a extinção da concorrência. A regulação da livre concorrência no mercado é disciplinada nos mais distintos sistemas normativos. Assim, entre outros, cabe destacar o *Sherman Act*, de 1890 (EUA) que regulamenta a matéria ou o TFUE, que regula a mesma em seu art. 101. Estes dois sistemas jurídicos são referenciais, na medida em que são o primeiro que regulamentou a matéria (EUA) ou o que é qualificado como o sistema mais atual e efetivo de controle da concentração empresarial (UE). Finalmente, importa sublinhar a jurisprudência destes dois sistemas, buscando uma análise da efetividade da normativa jurídica quanto à matéria.

**Palavras chave:** Instrumentos de concentração. Cooperação Empresarial. Direito *anti-trust*. Concorrência. *Sherman Act*. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

## ABSTRACT

The approach between firms for the creation of concentration instruments or business cooperation is, nowadays, an essential element for the development of productive activity. However, antitrust law seeks to regulate such actions, considering that these actions can generate market domination, with the extinction of competition in it. The regulation of competition in the market is disciplined in the most diverse regulatory systems. Thus, among others acts, it must be detached the Sherman Act of 1890 (USA) which regulates the subject or the TFEU which regulates the same matter in its article 101. These two legal systems are references even if the first regulates the matter (USA) or it has a current system more effective control about business concentration (EU). Finally, it is important to highlight the case of these two systems for analyzing the effectiveness of the legal rules in this area.

**Keywords:** Concentration instruments. Business cooperation. Antitrust law. Competition. Sherman Act. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

<sup>1</sup> Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Empresarial Internacional pela Universitat de València, Espanha; Professor do Mestrado/Doutorado do UniCeub – Centro Universitário de Brasília; Advogado, titular de *Amin, Ferraz Coelho Advogados*. [daniel.amin@afcadvogados.adv.br](mailto:daniel.amin@afcadvogados.adv.br)

\* Recebido em 10/05/2013

Aprovado em 21/05/2013

## 1. APROXIMAÇÃO DA MATÉRIA

Hoje em dia a associação entre empresas é elemento essencial para o desenvolvimento da atividade produtiva.

“El tema de nuestro tiempo en el Derecho mercantil es la asociación. Asociación cuando el esfuerzo individual y aislado es insuficiente para la lucha con la competencia. Asociación también de las empresas sociales que confluyen en más amplios organismos en los que el primitivo substrato personal a través de una sucesiva superposición de organizaciones colectivas”<sup>2</sup>.

Geralmente, a concentração empresarial pretende viabilizar a reprodução de condições oligopolísticas no mercado<sup>3</sup>. Assim, a mesma é, tradicionalmente, regulada pelas legislações *anti-trust*. O fundamento de tal controle está em que a concentração permite que os partícipes disfrutem de uma posição de indiferença e independência com relação aos demais agentes econômicos<sup>4</sup>. Em si mesmo seria um comportamento de não-concorrência, ou de suspensão temporal desta por parte das empresas atuantes no mercado. Muitas vezes o sistema de controle não funciona, possibilitando a constituição de verdadeiros blocos privados que estarão à margem da regulação estatal.

“El colapso de Enron nos muestra el fallo regulatorio, el fallo de los mecanismos jurídico-públicos que están previstos en el sistema de regulación y supervisión del mercado para garantizar la satisfacción del interés general presente en el mercado; el interés tanto de la sociedad como de los sujetos del mercado por el funcionamiento eficiente y justo del mismo”<sup>5</sup>.

A concentração empresarial pode supor a manuten-

<sup>2</sup> GARRIGUES, J. Teoría general de las sociedades mercantiles, RDM. Madrid, 1973, p. 7 e ss.

<sup>3</sup> O oligopólio está constituído mediante uma das seguintes formas: a) industrial ou tecnológico – com a finalidade de constituição de economia de escala e aquisição de novas tecnologias; b) estrutural – quando presente uma forte integração entre as atividades de produção, distribuição e atividades de financiamento; c) normativo – quando sua constituição seja determinada por uma norma legal, que imponha determinados requisitos; d) cultural – quando presente no campo da elaboração ou difusão de informação; e) estratégico – possibilita a prática de preços predatórios com relação a competência. Nesse sentido veja: VEDOVE, Giampaolo Dalle. *Concentración e gruppi nel diritto antitrust*. Cedam, Padova, 1999, p. 83 e ss.

<sup>4</sup> PARDOLESI, Roberto: Intese restrittive della Libertà di Concorrenza, em *Diritto Antitrust Italiano*. Zanichelli, Bologna, 1993, p. 146.

<sup>5</sup> BETANCOR, Andrés. Enron, liberalización, nueva economía, em *Política Exterior*. Vol XVI, Marzo/Abril 2002, Num. 86, Madrid, 2002, p. 69 y ss.

ção da autonomia jurídica dos partícipes, mas, geralmente, não supõe sua autonomia econômica<sup>6</sup>.

A disciplina dos acordos restritivos da concorrência é comum a muitos ordenamentos jurídicos. Assim, entre outros cabe destacar o *Sherman Act*, de 1890 (EUA) que regulamenta a matéria em seu art. 1º ou; o TFUE (Tratado de Funcionamento da União Européia), que regula a matéria em seu ar. 101, 1<sup>7</sup>. Finalmente, o TCE, que regula a mesma em seu art. 81, parágrafo 1º.

“El legislador comunitario apreció, ya en el momento en el que planteó el problema de la concentración entre empresas en el *memorandum* de 1965, la diferencia entre la concentración económica y la existencia de operaciones económicas que se encuentran en línea divisoria entre la concentración y la cooperación, porque poseen características propias de ambas, llevó al Consejo a incluir en el Reglamento 4064/89 su regulación. En el apartado 2 del artículo 3 se establece que las operaciones que tengan por objeto o como efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que se mantienen independientes no constituyen una concentración, aunque consistan en una empresa común”<sup>8</sup>.

Contudo, os acordos praticados entre empresas poderiam ser classificados em dois grandes grupos: acordos horizontais e acordos verticais.

## 2. ACORDOS HORIZONTAIS E ACORDOS VERTICAIS

Os *acordos horizontais* são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material). Estarão, assim, em direta relação de concorrência.

Por sua vez, os acordos verticais regulamentam relações entre agentes que desenvolvem suas atividades em diversos mercados relevantes, muitas vezes complementares. Estaríamos diante de um acordo que procuraria a integração das esferas produtivas, desde a extração da

<sup>6</sup> SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; y, MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. Livraria Almedina, 2ª Ed., Coimbra, 1995, p. 318.

<sup>7</sup> Publicado no Jornal Oficial da União Européia de 30 de março de 2010 – atualizado pelo Tratado de Lisboa.

<sup>8</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 221 e ss.

matéria-prima até a comercialização do produto final. Assim, *v.g.*, um acordo entre o produtor de frango, o beneficiador dos mesmos e o distribuidor será um acordo vertical<sup>9</sup>.

A distinção entre os tipos de acordos não é simplesmente didática, mas sim resulta em efeitos distintos para a concorrência.

Assim, os *acordos horizontais* neutralizam a concorrência entre os agentes que atuam diretamente em um mesmo mercado relevante. Por sua vez, os *acordos verticais* podem produzir efeitos anticompetitivos em três mercados relevantes (abastecimento de matéria-prima; mercado de produção; e mercado de distribuição).

Finalmente, importa referir a existência de uma multiplicidade de acordos horizontais e verticais. Ademais, a realização da prova dos mesmos acordos é, na maioria das vezes, de difícil produção.

“En la práctica, la mayoría de los acuerdos entre operadores económicos que se denuncian como contrarios a la libre competencia se realizan de forma verbal o, en caso de estar establecido por escrito, se mantienen en secreto, por lo que serán las conductas que como consecuencia de su adopción se sigan y los efectos que las mismas causen en el mercado, las que pondrán en evidencia su existencia. En otros términos, dado que para probar los acuerdos colusorios y anticompetitivos es muy poco frecuente contar con medios de prueba tales como documentos, testigos y, menos aún, con la confesión de los acusados, es necesario recurrir a la prueba de las presunciones”<sup>10</sup>.

## 2.1. Acordos horizontais – o cartel

O processo de expansão da empresa é mais difícil no mercado onde existe uma efetiva concorrência por disputa da clientela. A concorrência obriga os empresários à busca constante de melhoria em seus produtos, assim como a realização de investimentos em pesquisa para a diminuição do preço final<sup>11</sup>. É natural, portanto, que os agentes busquem a supremacia no mercado. Desta for-

ma, dominam o mercado e desfrutam de vantagens proporcionadas por um possível monopólio, distanciando a concorrência que tanto prejudica seus interesses<sup>12</sup>.

O agente econômico buscará a neutralização da concorrência mediante os seguintes atos:

1. Conquista de posição monopolística; ou
2. Realização de acordos (para regulamentar a força concorrencial dos partícipes)<sup>13</sup>. Tanto no cartel como no consórcio entre empresas (*joint venture*) a característica essencial será a regulação recíproca da concorrência entre os partícipes<sup>14</sup>.

Os cartéis, entendidos como acordos celebrados entre empresas que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico ou material), buscam a neutralização da concorrência existente entre seus partícipes. Em tal prática restritiva da concorrência, os empresários agrupados mantem sua independência jurídica e econômica, e pretendem eliminar ou diminuir a concorrência em um determinado setor, constituindo um oligopólio.

Ainda que seja uma organização durável, o cartel constitui uma aliança com fins determinados. Assim, os partícipes acordam vender mercadorias concorrentes por um mesmo preço, restringindo a busca pela captação da clientela. Igualmente, as empresas concorrentes podem pactuar a redução da produção de um produto determinado, gerando uma oferta menor e aumento do preço de mercado. Ou, até mesmo, limitar ou dividir zonas de influência para evitar o encarecimento da logística, assegurando a satisfação da clientela.

Além destas formas simples de cartel para a limitação dos preços de produção e aumento do preço de mercado, existe, ainda, a possibilidade de criação de um escritório central que determinará a distribuição dos lucros, a gestão mercantil, ou a organização de central de vendas.

Aplicando a definição tradicional de cartel ao contexto do sistema brasileiro de controle de concentrações, afirmamos que, neste sistema, se um acordo não

<sup>9</sup> Nesse sentido: VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de. *O contrato de consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*. Coimbra editora, Coimbra, 1999, p. 171 e ss.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos – Últimas tendencias, en *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 239, Enero-Marzo 2001, Madrid, 2001, p. 251 e ss.

<sup>11</sup> ASCARELLI, Tullio. Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, em *Ensayos e pareceres*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1952, p. 223.

<sup>12</sup> AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis; problems, text, cases*. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988, p. 188.

<sup>13</sup> A restrição da concorrência pode dar-se de duas formas: a) constituindo-se uma empresa ou grupo de empresas que terá uma posição dominante (*joint venture*) ou; b) com a formação dos cartéis. Nesse sentido: PROPERSI, Adriano y ASTORINA, Maria Rita. *Antitrusti; normativa italiana e comunitaria – il fenomeno delle concentrazioni aziendali*. Pirola, Milano, 1991, p. 168.

<sup>14</sup> ASCARELLI, Tullio. *Consorzi volontari tra imprenditori*. 2 ed., Giuffrè, Milano, 1937, p. 17-18.



restringe a livre concorrência não há que se falar na existência do cartel. Desta forma, a associação não se caracterizará, nestes casos, em efeitos anti-concorrenciais que interessem a proteção da ordem econômica.

Concluindo, no caso brasileiro, o cartel é um acordo entre empresas que atuam no mesmo mercado relevante, destinado a regular ou neutralizar a concorrência entre os partícipes, tendo seu objeto ou efeito tipificado no art. 36 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011<sup>15</sup>.

### 2.1.1. O cartel e suas justificativas

As justificativas tradicionais dos cartéis destacam certas vantagens derivadas da neutralização da concorrência. Não é raro justificar-se que, principalmente em tempos de crise, os acordos entre concorrentes desempenham um papel fundamental, já que sua extinção causaria maiores prejuízos que sua manutenção<sup>16</sup>.

Em períodos de crise, entende-se que o volume de vendas pode declinar, obrigando a saída de alguns agentes econômicos do mercado. Passada a recessão, a volta das empresas implicaria em custos adicionais de restabelecimento, os quais poderiam impedir, na prática, esse retorno. A concentração do mercado e a perda da capacidade do sistema poderiam, então, ser evitadas com a neutralização da concorrência entre os agentes.

Finalmente, o cartel pode implicar a neutralização da força da oferta e da demanda sobre a formação dos preços, os quais passarão a ser determinados pelos acordos entre os agentes. Tal neutralização traria o benefício da estabilidade dos mesmos preços. Por essa razão já foi sustentado que o cartel significaria a estabilidade dos preços, implicando no aumento do grau de segurança e previsibilidade jurídica, de forma tendente a propiciar

aos agentes a apresentação de seus investimentos e da produtividade. Assim, a cartelização estaria revestida a favor da coletividade<sup>17</sup>.

### 2.1.2. O cartel de preço

Desde muito tempo os tribunais vêm condenando os acordos de fixação de preços, acima ou abaixo do preço de mercado ou custo de produção<sup>18</sup>. Entendem que os preços devem derivar da livre atuação das forças de mercado<sup>19</sup>.

A rejeição dos ordenamentos jurídicos à artificial fixação dos preços pelos agentes econômicos tem a sua justificativa no fato de que a concorrência é um fator que tende a levar a diminuição dos preços praticados pelos agentes, como consequência da disputa pelo mercado.

A concorrência passa a ser entendida como um regulador do egoísmo. O egoísmo do vendedor que exagera no preço de seu produto e que é paralisado pelo outro comerciante, que prefere vender por um preço mais baixo a não vender seu produto. O egoísmo do comprador que oferece quase nada pelo produto é paralisado pela vontade do outro comprador, que oferece um pouco mais pelo produto a ser adquirido<sup>20</sup>.

Em um mercado competitivo, os abusos são naturalmente reduzidos, já que são sancionados pelas próprias forças do mercado. Não se admite, portanto, que o efeito tão desejado pelo sistema – derivado da concorrência entre os agentes – seja neutralizado por um acordo celebrado entre os concorrentes.

Um acordo que tenha por objeto a fixação dos preços será restringido pela autoridade *anti-trust* europeia,

<sup>15</sup> Trata-se de um ato ilegal (já que contrário as normas imperativas) e, por sua realização, os agentes econômicos perseguem um fim que não é admitido no ordenamento jurídico. Percebe-se a ilegalidade do ato na tentativa de realizar um determinado fim vedado pela norma jurídica. Nesse sentido: MESSINEO, Francesco. *Dottrina general del contratto*. 3 ed., Giuffrè, Milano, 1948, p. 268 e ss.

<sup>16</sup> Um dos principais argumentos favoráveis aos cartéis é que eles pretendem eliminar a concorrência ruim, predatória, destrutiva, que seria prejudicial não somente aos agentes econômicos, mas também a coletividade. Da mesma forma, em uma economia ainda não consolidada, a união dos agentes econômicos poderia vir a ser a melhor alternativa para a concorrência internacional. Nesse sentido: SHIEBER, Benjamin M.: *Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 95.

<sup>17</sup> AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. *Op. y loc. Cit.*

<sup>18</sup> Um dos primeiros casos julgados foi *King v. Norris*, em 1758. Trata-se de acordo estabelecido entre os produtores de sal, determinando uma taxa de 200 *pounds* para aqueles que vendessem a mercadoria abaixo de um preço determinado. A corte inglesa foi unânime em entender a ilegalidade do acordo. A partir do século XIX todas as cortes passam a recusar a existência de tais acordos. Nesse sentido: POSNER, Richard A.. *Economic analysis of law*. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1992, p. 285 e ss.

<sup>19</sup> Nesse sentido foi a decisão do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Brasil) no Processo Administrativo 53/92. Os hospitais do Estado de Sergipe praticavam os mesmo preços pelos serviços que prestavam, independente das diferenças entre os vários estabelecimentos. A tabela de preços foi declarada ilícita pela autoridade anti-trust brasileira.

<sup>20</sup> JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Progresso editora, Salvador, 1953, p. 140.

nos termos da restrição do art. 101, 1º do TFUE. Nos EUA, entende-se que há proibição *per se* dos acordos que tenham por objeto a fixação dos preços<sup>21</sup>.

De acordo com a estrutura do mercado relevante onde atuam os partícipes, os acordos estão individualizados nos seguintes termos:

- a) acordos celebrados entre agentes que tenham poder econômico equitativo tais como:
  - a.1.) acordos que determinam a elevação dos preços de um determinado produto seguindo um percentual fixo – todos os produtores aumentam os preços de seus produtos em 3%, uma vez por ano. A ilicitude está presente, ainda que os preços praticados sejam diversos;
  - a.2.) acordos nos quais os agentes fixam um preço mínimo de venda;
  - a.3.) acordos de estabilização dos preços, realizada com a recompra sistemática dos produtos no mercado pelos próprios produtores.
- b) acordos de *price leadership*, em que há um agente com poder suficiente para impor sua política de preços aos demais participantes do mercado.

Finalmente, a diferença fundamental entre os dois tipos é que no segundo caso, de acordo com a capacidade de resistência do agente econômico frente à atuação de seu competidor mais forte, lhe será imputada a prática restritiva da concorrência.

### 2.1.3. Os agentes em posição de igualdade no mercado e seus acordos

Todavia, em determinadas circunstâncias, não haverá no mercado um agente com poder suficiente para impor sua política de preços. Desta forma, acordam os agentes a eliminação da concorrência sobre o preço dos produtos ou serviços, de forma que as alterações já não derivarão das modificações da oferta e demanda<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Essa mesma proibição não é aplicada de forma rígida pelas Cortes norte-americanas, determinando as mesmas, muitas vezes, que um acordo de fixação dos preços não seria, *per se*, declarado como proibido. Nesse sentido: HANDLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFISKY, Robert e; GOLDSCHIMID, Harvey. *Trade regulation; cases and materials*. Westbury: The Foundation Press, 1990, p. 271.

<sup>22</sup> É clássico o exemplo dos acordos entre as ferrovias norte-americanas, anteriormente à promulgação do *Sherman Act*. Nota-se que os setores que requerem um investimento inicial elevado são aquelas que mais afirmam o caráter não desejável da concorrência, buscando justificar a celebração dos cartéis. Nesse sentido: AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 190.

Nessas hipóteses, os agentes são naturalmente levados à ruptura do cartel, acabando por vender mais barato e iniciando uma guerra de preços<sup>23</sup>. Os acordos de preço, celebrados em mercados sem empresas dominantes, são naturalmente instáveis. Assim, quanto maior o número de empresários atuantes em um determinado mercado, mais difícil será sua cartelização, já que maiores serão as probabilidades de que algum partícipe rompa o cartel<sup>24</sup>.

Ademais de sua instabilidade, nesse tipo de cartel a fixação e o nível dos preços se apresentariam como um problema. Assim, se o preço fixado é demasiado alto, outros agentes serão induzidos a entrar no mercado. Neste caso, não será viável a sobrevivência ou reprodução de condições oligopolísticas pelo cartel, a menos que existam barreiras à entrada de novos competidores<sup>25</sup>.

Aspecto significativo em conclusão a este ponto seria que este tipo de acordo se aperfeiçoa mediante a determinação dos preços por uma associação ou entidade de classe. Não obstante, tais acordos são também questionáveis juridicamente<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> PARDOLESI, Roberto. *Analisi economica della legislazione antitrust italiana*, em *Consumatori, ambiente, concorrenza – Il diritto privato oggi*. Giuffrè, Milano, 1994, p. 115 e ss.

<sup>24</sup> SULLIVAN, E. Thomas y HONVENKAMP, Herbert. *Antitrust law, policy and procedure; cases, materials, problems*. 3 ed., Charlottesville. The Michie Company, 1994, p. 183 e ss.

<sup>25</sup> Os elementos para a pré-disposição de um mercado para cartelização seriam:

- 1) Número reduzido de agentes econômicos no mercado;
- 2) homogeneidade do produto;
- 3) equilíbrio entre a demanda, oferta e preço do produto;
- 4) existência de barreiras de entrada de novos investidores nesse mercado;
- 5) mercado retraído;
- 6) forte espírito de disciplina dos empresários;
- 7) proteção aduaneira;
- 8) ausência de produtos substitutivos.

Nesse sentido: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.: *Tratado de direito comercial brasileiro*. V. 1, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955, p. 306.

<sup>26</sup> Forçosa a referência ao problema da licitude das chamadas *tabelas de honorários* das associações de classe. Nota-se que tais tabelas tratam, tão somente, de sugestões aos associados.

Com relação ao Brasil, importante tal discussão depois da promulgação do novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei 8.906, de 4 de julho de 1994). Assim, obriga aos advogados a cobrar, como mínimo, os valores fixados pelos conselhos seccionais, abandonando-se o entendimento das tabelas de sugestão. Clara é a ilicitude do preceito. Entretanto, como o respeito à tabela de preços é imposto por lei federal, o CADE não teria competência para apreciar o cartel.

### 2.1.4. Acordos de *price leadership*

Nos acordos de *price leadership* os agentes seguem o preço praticado pela empresa que detenha a posição dominante no mercado. A posição dominante é considerada como o poder detido por uma sociedade de determinar a atividade de outra sociedade<sup>27</sup>. Não é sempre que a prática configura um ato de não concorrência, com a devida responsabilidade dos agentes que praticam o aumento uniforme do preço.

Pelo contrário, podemos estar diante de um abuso de posição dominante, na medida em que um agente se impõe como líder dos demais agentes, determinando os preços que serão praticados. Uma vez mais, as empresas concorrentes estarão em situação de sujeição.

“En relación también con el abuso de posición dominante, la resolución del TDC de 29 de julio de 1999 (ref. Colex-Data 99DC81) recuerda, con base en jurisprudencia comunitaria (sentencias *Michelin/Comisión*, de 9 de noviembre de 1983 (asunto 392/81), y *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, de 1 de abril de 1993 (asunto 65/89)), que cuando una empresa ocupa posición dominante en el mercado, la estructura de la competencia en el mismo está ya debilitada, por lo que cualquier restricción adicional de competencia producida por el comportamiento de esa empresa constituye una explotación abusiva de su posición de dominio. Se hace referencia, pues, a la especial responsabilidad de la empresa que se halla en posición de dominio”<sup>28</sup>.

Por sua vez, nos EUA, um importante caso é o *National Society of Professional Engineers vs United States* (citado por HANGLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFISKY, Robert y; GOLDSCHIMID, Harvey. Op. Cit., p. 265). Os estatutos da *National Society of Professional Engineers*, uma associação que congregava mais de 69.000 engenheiros, estabelecia a proibição de seus membros negociarem os preços dos serviços que iam ser prestados, até que os clientes tivessem efetivamente selecionado o profissional que iria trabalhar em seu projeto. Tal cláusula foi considerada ilícita já que constituiria um acordo para suprimir a concorrência dos preços.

Com relação à UE, em 1996 a Comissão aplicou o então art. 85, parágrafo 1º (caso COAPI – hoje art. 8) aos profissionais liberais. Assim, a Comissão condenou a organização profissional dos agentes de propriedade intelectual da Espanha, que estabelecia tabela de honorários mínimos. Mais recentemente a Comissão entendeu ilegal a fixação das tarifas dos serviços prestados pelo *spedizionari doganali* (atividade desenvolvida por profissionais que trabalham com a liberação de documentação para exportação – regulada na Itália). A fixação foi determinada pelo CNSD (*Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*), conforme autoriza a lei (italiana) 1.612/60. Nesse sentido. PAPPALARDO, Aurelio y; TIZZANO, Antonio. *Rassegna di diritto comunitario della concorrenza - Diritto del Commercio Internazionale*. (1 luglio 1993-31 dicembre 1993) 8.2/427, abr/jun 1994, Padova.

<sup>27</sup> Nesse sentido: TOMBARI, Umberto. *Il gruppo di società*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997, p. 53 e ss.

<sup>28</sup> VEGA GARCÍA, Fernando L. De La. *Tendencias generales de*

Como determinou o Tribunal Supremo norte-americano, admite-se a possibilidade de que agentes, com reduzido poder, tornem-se obrigados a respeitar a *liderança* de um agente dominante no mercado. Assim, onde há o *price leadership* pode-se presumir que o comportamento dos seguidores foi determinado pela convicção de que seriam sancionados caso se rebelassem contra o líder<sup>29</sup>. Essa presunção se apresenta como o próprio elemento de coerção.

Sem embargo, o *price leadership* pode não implicar em ato ilícito, mas sim derivar de um processo normal de concorrência<sup>30</sup>. A identidade dos preços em um mercado onde há um oligopólio deriva, com frequência, da prática comercial normal e, por vezes, previne a concorrência predatória<sup>31/32</sup>.

A questão, portanto, não é simples. Partindo do pressuposto de que os agentes atuam racionalmente: até que ponto uma reposta à situação do mercado pode configurar um ato ilícito? Deve-se comprovar a existência do acordo para que a prática possa ser condenada?

Aqui é importante sublinhar que o art. 101 do TFUE

evolució del Derecho interno de Defensa de la Competencia, en *Revista de Derecho Mercantil*. Núm. 240, Abril-Junio 2001, Madrid, 2001, p. 282 e ss.

<sup>29</sup> Federal Trade Commission v. The Cement Institute. Note-se que o isolamento no mercado poderia ser considerado uma punição, constituindo elemento de coerção. Nesse sentido: MACHLUP, Fritz. *The political economy of monopoly; business, labor and government policies*. The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1952, p. 129.

<sup>30</sup> No caso *United States vs. National Malleable y Steel Castings Co.*, a identidade das curvas de preços foi tomada pelo Fiscal Geral como prova absoluta de conspiração. A defesa sublinhou que, por tratar-se de produtos de troca, as pequenas empresas se viram obrigadas a seguir a política da empresa que tinha a posição dominante. O juiz acolheu a argumentação da defesa, sustentando que a harmonização dos preços tomada pelo Fiscal Geral como prova do ato de não concorrência nada mais era que o resultado de uma concorrência forte e bem informada. Nesse sentido: SHIEBER, Benjamin M. Op. Cit., p. 89.

<sup>31</sup> MALARD, Neid Teresinha. Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle, *Revista do Ibrac*. V. 1, n. 4, nov. 1994, São Paulo, 1994, p. 44-73.

<sup>32</sup> O dilema do prisioneiro é colocado como uma metáfora para explicar como os cartéis podem implicar um resultado global mais econômico para o consumidor. Por tal dilema, os criminosos são levados a confessar seus crimes por um dos seguintes fatores: a) a promessa de que teriam uma pena reduzida; ou b) a ameaça da confissão de outro criminoso sem a do próprio interrogado, e o possível agravamento da sua situação.

Trata-se de um exemplo clássico do conflito entre a racionalidade individual e coletiva. O interrogatório em celas separadas impede o pacto entre os criminosos e a racionalidade individual condena ambos à cadeia. Nesse sentido: SIMONSEN, Mário Henrique. *Ensaio analítico*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1994, p. 410.



determina como um dos componentes de hipótese normativa a existência do acordo ou de uma prática concertada entre os agentes. Da mesma forma, nos EUA, deve haver um contrato, uma combinação ou conspiração entre as partes.

Raramente a prática concertada é documentada pelos agentes, sendo sua prova, às vezes, impossível. Para solucionar esta questão os Tribunais acabaram afirmando que a existência do acordo pode ser deduzida das próprias circunstâncias do caso<sup>33</sup>.

Finalmente, a simples comparação da curva de preços não é suficiente para determinar a existência do acordo<sup>34</sup>.

### 2.1.5. O cartel de exportação como mecanismo de exceção

O cartel de exportação é qualificado como um conjunto de acordos entre exportadores situados em um mesmo mercado geográfico relevante, com o objetivo de enfrentar a concorrência internacional.

O incentivo aos cartéis de exportação pode ser praticado de uma das seguintes formas:

pela inaplicabilidade da Lei *anti-trust* – os governos dos países de origem, para fortalecer suas exportações, acostumaram a não aplicar a legislação *anti-trust* para coibir este tipo de acordo;

2) pela concessão de isenções ou autorizações especiais.

Nestes casos, justifica-se a colaboração governamental pelo fato de que os efeitos dos cartéis de exportação somente seriam sentidos nos mercados externos, não protegidos pela lei *anti-trust* nacional.

Nos EUA, o art. 1º do *Sherman Act* não deixava dúvidas quanto a sua aplicação, também, aos cartéis de ex-

<sup>33</sup> O Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Marterie Coloranti*, entendeu nesse sentido. Para aprofundar na matéria veja FRIGNANI, Aldo y WAELBROECK, Michel. *Disciplina della concorrenza nella CEE. Jovene, Napoli, 1993. p. 51 e ss.*

No direito norte-americano veja o caso *Trade Commission v. Cement Institute*, referido por: MACHLUP, Fritz. Op. cit., p. 133 e ss.

<sup>34</sup> O TJUE já se manifestou nesse sentido, entendendo que a rigidez dos preços no mercado não é, por si só, contrária aos Tratados. Não basta a uniformidade dos preços para a caracterização do ilícito, sendo tomada a mesma, tão somente, como um indício. Sentença do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1964, Reino dos Países Baixos, c. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Assunto 66/63, Repositório de Jurisprudência, 1964.

portação. Assim, necessitava-se da criação de uma saída segura que permitisse ao governo proteger as associações entre os exportadores da incidência da Lei *Anti-trust*.

Na busca pela introdução desta saída segura, que não dependesse da aplicação *darule of reason* (passando ao controle do Poder Judiciário a análise de caso a caso), o Congresso norte-americano aprovou, em 1918, o *Webb-Pomerene Act*. Assim, concedeu isenções aos acordos que previam negociar tanto nacionalmente como no exterior, permitindo às empresas norte-americanas a concorrência em um mercado internacional de forma cartelizada<sup>35</sup>.

Em 1982 o mesmo Congresso editou o *Export Trading Company Act*, melhorando a sistemática de controle. Assim, garantiu a proteção dos consumidores norte-americanos e determinou a isenção para os cartéis de exportação do controle *anti-trust*<sup>36</sup>.

## 2.2. Os acordos verticais e a proteção da concorrência para não concorrentes

Os acordos verticais podem ser uma alternativa ao processo de concentração empresarial, já que com sua celebração cada um dos agentes mantém isolado seu centro de poder, sem perder sua autonomia jurídica e econômica<sup>37</sup>. De qualquer forma, a atuação conjunta das empresas causará no mercado os mesmos efeitos de uma prática concentracionista.

<sup>35</sup> Nesse sentido: AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 160.

<sup>36</sup> O *Export Trading Company Act* estabelece os seguintes requisitos para a concessão de isenções, corporificadas em certificados:

- 1) que o acordo entre agentes exportadores não prejudique a concorrência no mercado norte-americano;
- 2) não restrinja as exportações;
- 3) não altere, de forma razoável, no mercado interno, os preços dos produtos exportados;
- 4) não caracterize ato de concorrência desleal entre os exportadores.

<sup>37</sup> Os acordos verticais, quando possibilitam o controle do abastecimento, são medidas de proteção, já que diminuem a incerteza quanto ao preço da matéria prima. Assim, a integração vertical é resultado da busca por segurança. Os acordos de integração vertical estariam classificados em *a jusante* e *a montante*.

A integração vertical *a jusante* garante o mercado e distribuição para a produção do agente dominante, sendo formadas em épocas em que a capacidade produtiva supera o consumo, e pretendendo o controle do mercado. Já a integração vertical *a montante* assegura o abastecimento de matérias primas, formando-se para evitar-se a exploração por parte dos detentores das fontes de matérias primas.

Finalmente, para que os acordos sejam disciplinados pelas normas *anti-trust não é necessário que haja uma relação direta de concorrentes* entre os agentes econômicos. Nesse sentido, fala-se da disciplina da concorrência entre agentes não competidores<sup>38</sup>.

### 2.2.1. Efeitos restritivos dos acordos verticais

Ao analisar os efeitos de qualquer prática *anti-trust*, devemos primeiramente identificar os mercados que serão afetados. No caso dos acordos verticais, estes efeitos da não-concorrência podem ser produzidos: a) no mercado relevante em que atua o produtor do bem ou serviço; b) no mercado relevante no qual atuam os distribuidores ou; c) no mercado relevante de fornecimento de um bem para o empresário.

Com respeito aos efeitos que são provocados pelos acordos verticais sobre a concorrência, dois pontos devem ser considerados:

a) este tipo de acordo pode restringir a concorrência entre os agentes distribuidores de um mesmo bem ou serviço (*intra brand competition*) e;

b) ao mesmo tempo, fomentar a concorrência no mercado relevante em que atua o produtor (*inter brand competition*)<sup>39</sup>.

Assim, os acordos verticais acabariam por trazer benefícios para a concorrência, já que:

- 1) implicariam na redução dos custos de distribuição, permitindo economias de escala;
- 2) facilitariam a entrada de novos agentes no mercado de distribuição, permitindo o retorno do investimento efetuado;
- 3) impediriam a atuação dos distribuidores livres (*free riders*);
- 4) evitariam a concentração dos distribuidores, não permitindo que aqueles mais agressivos acabem por incorporar outros, causando um indevido grau de concentração no mercado;

<sup>38</sup> SHIEBER, Benjamin M. Ob. Cit., p. 139.

<sup>39</sup> Neste ponto se encontra justificada a franquia, já que ao mesmo tempo em que pode eliminar a concorrência entre os vários franqueados, ajuda no fomento e incremento da concorrência entre os vários franqueadores.

Veja, sobre a autorização dos contratos de franquia na Europa, a Sentença do Tribunal de Justiça de 28 de janeiro de 1986, Pronúncia de Paris GmbH c. Pronúncia de Paris Irmgard Schillgalis, assunto 161/84, Recopilación de Jurisprudencia 1986. Veja, ainda nesse sentido: MENGOZZI, Paolo. *Casi e materiali di diritto delle Comunità Europee*. 2 ed., Editrice Bologna, Bologna, 1991, p. 320 e ss.

5) permitiriam a conservação da imagem do produto<sup>40</sup>.

A ilicitude do acordo vertical dependerá da análise caso a caso, em função do mercado relevante de que se está tratando, do tipo de produto comercializado, e de atender a necessidade do consumidor.

Existem quatro tipos básicos de acordos verticais:

- 1) determinação dos preços de revenda (*resale price maintenance*);
- 2) divisão do mercado;
- 3) exclusividade;
- 4) vendacasada (*tying arrangements*).

A venda casada faz com que o distribuidor do produto seja obrigado a adquirir, do mesmo produtor, outros bens e não somente aqueles originariamente desejados. Com tal situação, a concorrência entre os fabricantes, ainda que potencial, se verá prejudicada, fazendo-se sentir nesse mercado os efeitos da não concorrência.

Nos casos de divisão de mercado, exclusividade ou determinação dos preços de revenda, é a concorrência entre os distribuidores que resultaria limitada (*intra brand competition*)<sup>41</sup>.

Um acordo de divisão de mercado, no qual se atribui a cada um dos distribuidores uma parte deste<sup>42</sup>, acaba

<sup>40</sup> Tomemos como exemplo um distribuidor que efetua investimentos para incrementar suas atividades. Adquire um ponto comercial, qualificação pessoal, etc. Tais providências aumentam seus custos de distribuição, elevando o preço do produto oferecido ao consumidor. Outro distribuidor, com um ponto na periferia da cidade, sem nenhuma infraestrutura, utilizando mão de obra desqualificada e por isso mais barata, também oferece o produto, mas com um preço menos elevado. Os consumidores vão conhecer o primeiro estabelecimento, se deixam convencer de suas qualidades. Todavia, o produto, provavelmente, será adquirido no segundo estabelecimento (*free rider*), que vende mais barato, já que não tem que suportar um custo fixo tão elevado como o primeiro distribuidor.

A teoria do *free rider*, complementada pela necessidade alegada de manutenção da qualidade do produto (obtida, ademais, pela imposição de venda casada), é utilizada na justificação econômica dos contratos de franquia, que acabam por ser liberados pelas autoridades anti-trust. Nesse sentido: SULLIVAN, E. Thomas y HARRISON, Jeffrey L. *Understanding antitrust and its economic implications*. 2 ed., Matthew Bender, New York, 1994, p. 150.

<sup>41</sup> Nestes casos percebemos um autêntico contrato de adesão nos quais os distribuidores não têm outra opção que aderir aos termos impostos pelo agente que detêm a posição dominante.

<sup>42</sup> Tanto um mercado relevante geográfico como um mercado relevante material podem ser divididos entre os distribuidores. Assim, o produtor pode decidir destinar a cada um dos distribuidores uma área geográfica. Pode haver, ainda, uma divisão baseada nas características dos consumidores.

por restringir a concorrência, já que os distribuidores passarão a atuar no mercado como verdadeiros monopolistas. Bastante semelhante é a situação da exclusividade concedida ao distribuidor para atuação em um mercado relevante geográfico ou material<sup>43</sup>.

Finalmente, no caso da determinação dos preços de revenda, a neutralização da concorrência se vê ainda mais evidente, uma vez que é eliminada qualquer possibilidade de variação dos preços praticados.

## 2.2.2. A jurisprudência em matéria de acordos verticais

### 2.2.2.1. A jurisprudência dos acordos verticais nos EUA

Para uma aproximação da matéria no âmbito do Direito norte-americano, devemos analisar os principais *leading cases* com respeito aos acordos verticais.

#### 2.2.2.1.a) O caso *Dr.Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.*

O caso *Dr.Miles Medical Co. v. John D. Park e Sons Co.*<sup>44</sup> foi marcado pela ilegalidade da fixação, por parte do produtor, dos preços que seriam praticados pelos distribuidores.

Assim, *Dr.Miles Medical Co.* fabricava medicamentos com métodos e fórmulas secretas. A comercialização de seus produtos era efetuada por distribuidores atacadistas, que vendiam a outros distribuidores (varejistas), os quais distribuíam os produtos aos consumidores finais.

Com a finalidade de evitar a guerra de preços e de descontos entre os distribuidores, além da manutenção de sua alegada reputação, *Dr. Miles* decidiu fixar os preços de revenda de seus produtos. O Tribunal, entendendo que a utilização de segredos de comércio não con-

<sup>43</sup> Essa situação de monopólio não se verificará se existirem produtos de troca no mercado, determinando a concorrência em cada segmento. No caso *Transocean Marine Paint Association* (Decisión de la Comisión de 27 de junio de 1967, DO n° L163 de 20/07/1967) a Comissão Europeia concedeu uma isenção aos fabricantes de tintas para navios que haviam dividido entre si o mercado europeu. Segundo o entendimento da autoridade europeia, a presença de outros fabricantes que não eram partícipes do acordo fazia com que a prática não produzisse efeitos de não concorrência. Nesse sentido: BAEL, Ivo van e BELLIS, Jean-François: *Competition law of the EEC*. 2 ed., Oxfordshire: CCH, 1990, p. 369 e ss.

<sup>44</sup> 220 U. S. 373 (1911), referido por AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 641 e ss.

feria a seu titular o direito de restringir a concorrência, condenou a prática.

#### 2.2.2.1.b) O caso *United States v. Colgat Co.*

*United States v. Colgat Co.* é outro *leading case*.

*Colgate*<sup>45</sup>, produtora de sabonetes e produtos para banho, enviou cartas e circulares a seus distribuidores, sugerindo determinados preços que deveriam ser praticados. Informou, ainda, que não seriam efetuadas vendas a distribuidores que não adotassem aqueles preços.

O Tribunal considerou lícita a prática de sugerir (não impor) preços aos distribuidores, facultando ao produtor a liberdade de contratar com aqueles que não acatassem sua *sugestão*.

A doutrina norte-americana aborda o problema da proibição *per se* dos acordos verticais<sup>46</sup>, especialmente com respeito aos acordos de fixação dos preços<sup>47</sup>. Assim, a análise dogmática tem como ponto de partida uma regra fixa punitiva. Sem embargo, não parte somente de uma regra fixa, mas também procura ter um parâmetro constante como ponto de chegada. Isso faz com que exista a perene busca de soluções gerais, em detrimento de uma análise caso a caso dos problemas que se apresentam.

### 2.2.2.2. A jurisprudência dos acordos verticais na Europa

Na Europa, nas últimas décadas, existe a tendência de reduzir a aceitação dos acordos sobre os preços de venda. As isenções, que são concedidas para os acordos de distribuição (franquia, etc), levam em consideração esta visão europeia com respeito aos acordos verticais.

<sup>45</sup> Esse julgado originou a chamada *Colgate Doctrine*. Nesse sentido: SULLIVAN, E. Thomas e; HARRISON, Jeffrey L. Op. cit., p. 153 e ss. Em novembro de 1997, no Brasil, o CADE decidiu que a sugestão dos preços de revenda ao consumidor, por parte dos distribuidores de sorvete, não constituía uma prática ilícita.

<sup>46</sup> Indispensáveis a análise do caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylva Inc.* (433 U.S. 36 – 1977), no qual a Suprema Corte norte-americana determinou que os acordos verticais não deveriam ser analisados sob o prisma da proibição *per se*, mas tomados caso a caso, sendo possível a aplicação da regra da razão. Referido por AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis. Op. cit., p. 641 e ss.

<sup>47</sup> Os principais argumentos contrários a fixação dos preços de revenda são: a) facilita a sobrevivência de agentes não eficientes, não tendo os mesmos que enfrentar a concorrência dos preços; b) elimina a concorrência dos preços dos produtos; c) tende a impor para o consumidor uma série de serviços e produtos que não deseja; d) propicia a prática de preços elevados.



Os acordos são admitidos: a) sempre que aumentem a eficiência econômica; b) quando não impeçam a concorrência entre os agentes e; c) principalmente, não comprometam o processo de integração europeia, com alívio da circulação de mercadorias entre os Estados membros<sup>48</sup>.

Sob este ângulo, justifica-se a postura da Comissão diante da ilicitude dos acordos de divisão territorial, que contribuiriam ao isolamento dos mercados dos Estados membros<sup>49</sup>.

Três são os princípios básicos que disciplinam os acordos verticais na Europa:

- 1) fomento da concorrência entre os distribuidores de um mesmo produto (*intra brand competition*);
- 2) integração dos países da União Europeia, evitando-se, desta forma, o isolamento de qualquer parte substancial do Mercado Interior;
- 3) proteção dos pequenos importadores contra o poder econômico dos grandes fornecedores.

### 3. CONCLUSÕES

A comparação das posturas europeia e norteamericana, desde o ponto de vista dos acordos verticais e horizontais, pode trazer importantes lições para os países em desenvolvimento e, em especial, para o Brasil.

Na Europa não existe a busca de regra fixa, sendo possível a identificação dos princípios gerais que regulamentam os acordos. Propicia um certo grau de segurança jurídica, ao mesmo tempo que concretiza uma política de concorrência de índole instrumental, apta para servir aos propósitos da integração dos Estados membros.

As justificativas da teoria econômica para os acordos horizontais e verticais (todavia não há consenso nos EUA sobre os mesmos) não são acatadas na Europa, a

não ser que sejam vistas sob o prisma da instrumentalidade<sup>50</sup>.

Fixados os princípios gerais que devem regulamentar a matéria (a exemplo do que ocorre na Europa), a análise caso a caso permitirá que essas normas sejam aplicadas para concretizar uma política econômica previamente determinada.

Finalmente, o que não deve ser admitido no Brasil é o transplante de teorias econômicas que versem sobre a eficiência dos acordos horizontais e verticais ou, ainda, a aplicação *per se*, da proibição dos mesmos, desconsiderando a política de controle da concorrência, que deve ser fixada pela autoridade *anti-trust* nacional.

### REFERÊNCIAS

**AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis:** *Antitrust analysis; problems, text, cases.* 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1988.

**ASCARELLI, Tullio:** *Consorti volontari tra imprenditori.* 2 ed., Giuffrè, Milano, 1937.

**ASCARELLI, Tullio:** **Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, em** *Ensayos e pareceres.* Ed. Saraiva, São Paulo, 1952.

**BAEL, Ivo van y BELLIS, Jean-François:** *Competition law of the EEC.* 2 ed., Oxfordshire: CCH, 1990.

**BETANCOR, Andrés:** **Enron, liberalización, nueva economía, en** *Política Exterior.* Vol XVI, Marzo/Abril 2002, Num. 86, Madrid, 2002.

**CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y GOÑI URIZ, Natividad:** *El control de las concentraciones de empresas en Europa.* Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

**CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.:** *Tratado de direito comercial brasileiro.* V. 1, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955.

**DECISIÓN DE LA COMISIÓN,** de 12 de julio de 1995, relativa a um procedimento de aplicação do art. 85 do Tratado CE (Asunto nº IV/33.802 BASF Lacke + Farben AG, y SA Accinauto), DO nº L 272 de 15/11/1995.

<sup>50</sup> SULLIVAN, E. Thomas y; HARRISON, Jeffrey L. Op. cit., p. 153.

<sup>48</sup> GOYDER, D.G. EC competition law, 2 de., Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 271 e ss.

<sup>49</sup> Exemplo é a decisão da Comissão no assunto BASF/Accinauto. A empresa BASF foi condenada pela Comissão por ter incluído em um contrato de distribuição cláusula segundo a qual Accinauto (unidades distribuidoras de Bélgica e Holanda) deveria remeter os pedidos efetuados por seus clientes de fora do seu território. Veja: DECISIÓN DE LA COMISIÓN, de 12 de julio de 1995, relativa a um procedimento de aplicação do art. 85 do Tratado CE (Asunto nº IV/33.802 BASF Lacke + Farben AG, y SA Accinauto), DO nº L 272 de 15/11/1995.

- FRIGNANI, Aldo y WAELBROECK, Michel:** *Disciplina della concorrenza nella CEE. Jovene, Napoli, 1993.*
- GARRIGUES, J.:** *Teoría general de las sociedades mercantiles, RDM. Madrid, 1973.*
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago:** *La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos – Últimas tendencias, en Revista de Derecho Mercantil. Núm. 239, Enero-Marzo 2001, Madrid, 2001.*
- GOYDER, D.G.** *EC competition law, 2 de., Oxford: Clarendon Press, 1992.*
- HANDLER, Milton; BLAKE, Harlam; PITOFSKY, Robert y; GOLDSCHIMID, Harvey:** *Trade regulation; cases and materials. Westbury: The Foundation Press, 1990.*
- JHERING, Rudolf Von:** *A evolução do direito. Progresso editora, Salvador, 1953.*
- MACHLUP, Fritz:** *The political economy of monopoly; business, labor and government policies. The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1952.*
- MALARD, Neide Teresinha:** *Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle, Revista do Ibrac. V. 1, n. 4, nov. 1994, São Paulo, 1994.*
- MENGOZZI, Paolo:** *Casi e materiali di diritto delle Comunità Europee. 2 ed., Editrice Bologna, Bologna, 1991.*
- MESSINEO, Francesco:** *Dottrina general del contratto. 3 ed., Giuffrè, Milano, 1948.*
- PAPPALARDO, Aurelio y; TIZZANO, Antonio:** *Rassegna di diritto comunitario della concorrenza - Diritto del Commercio Internazionale. (1 luglio 1993-31 dicembre 1993) 8.2/427, abr/jun 1994, Padova.*
- PARDOLESI, Roberto:** *Analisi economica della legislazione antitrust italiana, en Consumatori, ambiente, concorrenza – Il diritto privato oggi. Giuffrè, Milano, 1994.*
- PARDOLESI, Roberto:** *Intese restrittive della Libertà di Concorrenza, en Diritto Antitrust Italiano. Zanichelli, Bologna, 1993.*
- POSNER, Richard A.:** *Economic analysis of law. 4 ed., Little, Brown and Company, Boston, 1992.*
- PROPERSI, Adriano y ASTORINA, Maria Rita:** *Antitrust; normativa italiana e comunitaria – il fenomeno delle concentrazioni aziendali. Pirola, Milano, 1991.*
- SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; e, MARQUES, Maria Manuel Leitão:** *Direito Económico. Livraria Almedina, 2ª Ed., Coimbra, 1995.*
- SHIEBER, Benjamin M.:** *Abusos do poder económico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA). Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.*
- SIMONSEN, Mário Henrique:** *Ensaio analítico. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1994.*
- SULLIVAN, E. Thomas y HARRISON, Jeffrey L.:** *Understanding antitrust and its economic implications. 2 ed., Matthew Bender, New York, 1994.*
- SULLIVAN, E. Thomas y HONVENKAMP, Herbert:** *Antitrust law, policy and procedure; cases, materials, problems. 3 ed., Charlottesville: The Michie Company, 1994.*
- TOMBARI, Umberto:** *Il grupo di società. G. Giappichelli Editore, Torino, 1997.*
- VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa de:** *O contrato de consorcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas. Coimbra editora, Coimbra, 1999.*
- VEDOVE, Giampaolo Dalle:** *Concentración e gruppi nel diritto antitrust. Cedam, Padova, 1999.*
- VEGA GARCÍA, Fernando L. De La:** *Tendencias generales de evolución del Derecho interno de Defensa de la Competencia, en Revista de Derecho Mercantil. Núm. 240, Abril-Junio 2001, Madrid, 2001.*

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002),

apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR

892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/user/register>

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Prisma: Direito, Políticas Públicas e Mundialização passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

---

**Crônicas de direito internacional**

Julia Motte-Baumvol e Alice Rocha da Silva

---

**Brazilian trade policy in historical perspective: constant features, erratic behavior**

Paulo Roberto de Almeida

---

**Aspectos geopolíticos do GATT e da OMC**

José Fontoura Costa

---

**A regulação internacional dos subsídios agrícolas: a contemporaneidade do paradigma realista para a compreensão do sistema de comércio agrícola internacional vigente**

Natália Fernanda Gomes

---

**Acordo TRIPS: one-size-fits-all?**

Tatianna Mello Pereira da Silva

---

**É interessante para o Brasil aderir ao acordo sobre compras governamentais da OMC?**

Clarissa Chagas Sanches Monassa e Aubrey de Oliveira Lionelli

---

**A defesa comercial e a restrição da liberalização e da integração comercial pelo aumento da alíquota de ipi de veículos importados no Brasil**

Ricardo Serrano Osorio e Clayton Couto

---

**A cooperação internacional na defesa da concorrência**

Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira

---

**Os acordos de comércio para além das preferências: uma análise da regulamentação sobre os “novos temas”**

Michelle Ratton Sanchez Badin e Lucas da Silva Tasquetto

---

**Integração econômica no mercosul: opiniões consultivas e a democratização no acesso ao tribunal permante de revisão**

Eduardo Biachi Gomes

---

**“Fundos abutres” vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata *libertad***

Alexandre Pereira da Silva e Mariana Yante Barrêto Pereira

---

**Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé**

Fernando Santos Arenhart

---

**A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto**

Andréa Rocha Postiga

---

**Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective.**

Nitish Monebhurrin

---

**A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a construção de um conceito de internacionalidade contratual\***

Frederico E. Z. Glitz

---

**Impacto e influência dos tratados e convenções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem**

Jamile Bergamaschine Mata Diz e Clarissa Correa Neto Ribeiro

---

**A jurisprudência norteamericana e europeia sobre os acordos horizontais e verticais: substrato para análise da matéria no Brasil**

Daniel Amin Ferraz