

Acordos Bilaterais de Promoção e Protecção de Investimentos.

Práticas do Brasil e da China

Wei Dan

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Licenciada em Direito pela Universidade de Pequim, Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra.

Resumo

Os acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos (doravante BITs) têm proliferado, particularmente nos últimos dez anos. Dos grandes países emergentes membros do BRICS, o Brasil e a China são o maior país emergente na América Latina e na Ásia, respectivamente. Ambos os países se tornaram pólos de grande atractividade para o investimento externo. No entanto, o Brasil e a China estão a adoptar estratégias completamente diferentes quanto aos tratados bilaterais de investimento. O presente estudo tem como objectivo fazer uma abordagem comparativa das práticas do Brasil e da China nos tratados bilaterais de investimento e procurar algumas considerações relevantes, tais como o porquê das duas grandes economias emergentes tomarem posições tão diferentes quanto aos BITs. O afastamento ou a aproximação do direito internacional depende exclusivamente dos factores económicos e políticos? Quais são as vantagens e desvantagens dos BITs? As práticas do Brasil e da China revelam os problemas ou os efeitos positivos dos BITs existentes?

Abstract

Bilateral Investment Treaties. Brazil and China Cases

Bilateral investment treaties (BITs) have proliferated, particularly in the last decade. Among the large emerging markets, Brazil and China are the largest emerging countries in South America and Asia, respectively. Foreign investors have mostly perceived these two countries as the sought-after places with great potentialities and attractiveness. However, Brazil and China have adopted completely different strategies regarding BITs. The objective of this paper is to make an empirical and comparative study of the experiences of Brazil and China by answering the following questions: Why did the two large emerging economies adopt such different positions concerning BITs? Does the hostile approach or the proactive approach depend exclusively on economic and political factors? What are the advantages and disadvantages of the BITs? Do the practices of Brazil and China reflect the problems or the positive impacts of the existing BITs?

1. Os Acordos Bilaterais de Promoção e Protecção de Investimentos: a perspectiva do sistema global das cinco décadas

Desde o primeiro acordo de promoção e protecção recíproca de investimentos bilateral do mundo, assinado pela Alemanha e pelo Paquistão em 1959, os acordos bilaterais de promoção e protecção de investimentos (doravante BITS) têm proliferado, particularmente nos últimos dez anos. Hoje em dia, existem mais de 2600 acordos de investimentos bilaterais em vigor, envolvendo a maioria dos países no mundo inteiro.¹ À medida que a globalização se torna mais aprofundada e a internacionalização de empresas vem sendo mais acelerada, os BITS, passando por algumas inovações, já fazem parte do regime internacional em matéria de investimentos e têm um papel importante na fixação de regras de tratamento do capital estrangeiro.

Trata-se de um movimento que procede de algumas referências comuns. Um acordo bilateral de promoção e protecção de investimentos é compreendido por um pacto que define os termos e condições para investidores de um Estado qualquer no Estado receptor. Normalmente, na maioria dos tratados bilaterais de investimento, os conteúdos típicos abrangem a definição de investimento estrangeiro, as condições para a entrada de investimento estrangeiro no país anfitrião (mediante a cláusula de admissão ou o direito de estabelecimento), o tratamento para investidores estrangeiros (quer o tratamento de critério absoluto, através da cláusula do tratamento justo e equitativo, quer o tratamento de critério relativo, através das cláusulas de nação mais favorecida e de tratamento nacional), limites legais da expropriação e da nacionalização, bem como os padrões de indemnização, a transferência (remessa) da titularidade dos investimentos estrangeiros (o capital e os lucros) e o mecanismo da solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e o Estado anfitrião sobre questões relativas ao investimento.

O processo de assinatura dos tratados bilaterais de investimento nasceu principalmente como uma resposta dos investidores dos países desenvolvidos aos movimentos de nacionalização ocorridos nos países em desenvolvimento e aos apelos destes países assegurados pelo instrumento multilateral - a Carta dos Direitos e Deveres Económicos Sociais dos Estados (Resolução da Organização das Nações Unidas N.º 3281 de 1974). Os países desenvolvidos promoveram, activamente, negociações dos BITS para buscar um novo regime internacional

1 DOLZER, Rudolf e SCHREUER, Christoph, (2008), *Principles of International Investment Law*, Oxford, p. 2 e UNCTAD, (2008), *World Investment Report 2008, Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, New York and Geneva, p. 14.

que poderia substituir as garantias tradicionais do Direito Internacional costumeiro a fim de proteger bens dos investidores nacionais no estrangeiro. A própria denominação dos BITs implica duas finalidades principais destes tratados: promover e proteger os investimentos estrangeiros. Além disso, para o país que exporta o capital, os BITs, às vezes, podem representar ainda um instrumento de liberalização. Na perspectiva do país anfitrião, os investimentos directos estrangeiros são vistos como um instrumento significativo para o seu desenvolvimento económico. A fim de atrair capitais estrangeiros e criar ambiente propício para os investimentos, há cada vez mais países em desenvolvimento a celebrarem tratados bilaterais para dar confiança e segurança aos investidores estrangeiros. No entanto, mesmo que o objectivo final das partes contratantes (sobretudo para os países em desenvolvimento) nestes acordos seja o desenvolvimento nacional, a referência ao “desenvolvimento económico” ainda não se encontra patente na esmagadora maioria dos tratados bilaterais, quer nos prefácios quer nos textos principais.² Nesta consideração, os BITs focalizam essencialmente a finalidade de promover e proteger os investimentos estrangeiros contra os actos unilaterais eventualmente praticados pelo Estado anfitrião.

Por outro lado, os BITs podem colocar restrições aos poderes de disciplinar e regulamentar a afluência dos investimentos estrangeiros por parte do país anfitrião, por serem considerados de interesse público. Diferente do que acontece nas legislações internas, os BITs, dada a sua natureza contratual, vinculando as partes signatárias, pretendem limitar a capacidade do país anfitrião de regulamentar e de normalizar o quadro dos investimentos estrangeiros.

Actualmente, comparados com os BITs tradicionais, os novos acordos celebrados revelam as seguintes características no desenvolvimento do Direito Internacional de Investimento.

Desde logo, o número total dos BITs celebrados tem aumentado constantemente. Há cada vez mais países a envolver-se nas negociações internacionais acerca da promoção e protecção recíproca de investimentos e alguns já negociaram com as partes contratantes a revisão ou a substituição dos antigos BITs. O tratado bilateral de promoção e protecção recíproca tem sido a forma mais privilegiada em matéria de investimentos estrangeiros, devido ao fracasso da negociação do Acordo Multilateral sobre Investimentos (MAI) e à ausência de um regime multilateral universalmente aplicável. Em 2007 e 2008, a velocidade do crescimento dos novos BITs assinados

2 PETERSON, Luke Eric, (2004), *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, International Institute for Sustainable Development. O artigo está disponível em (<http://www.iisd.org>).

pelas partes contratantes foi desacelerada.³ Talvez isto se deva ao facto de que alguns acordos de comércio livre e de integração económica recentemente celebrados pelas mesmas partes contratantes já incorporarem integralmente o conteúdo dos BITs ou abrangerem disposições substanciais de investimento recíproco. De qualquer modo, não existem provas suficientes para afirmar que os BITs estão a ser substituídos pelos acordos de comércio livre, antes pelo contrário, os BITs continuam a ser a fonte mais relevante do Direito Internacional do Investimento e são considerados como a protecção mais importante do investimento estrangeiro.

Em segundo lugar, existem muitas diferenças entre várias regiões do mundo na conclusão dos BITs. A Ásia e a Europa são bastante activas nas negociações, enquanto a América Latina manifesta alguma relutância e alguns países da América do Sul até denunciaram os tratados bilaterais de investimento anteriormente assinados.⁴

Em terceiro lugar, o número de acordos sul-sul tem vindo a aumentar nos últimos anos paralelamente ao facto de a grande maioria dos acordos serem firmados entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento. No ano de 2007, os tratados bilaterais entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento representaram 41% de todos os BITs concluídos a nível mundial, e aqueles assinados entre países em desenvolvimento representaram 27% na totalidade.⁵ Só a China assinou quatro desses tratados com países em desenvolvimento.

Em quarto lugar, existem mais compromissos da liberalização de investimento no conteúdo dos BITs devido à influência do neo-liberalismo e da globalização económica, ao mesmo tempo que a redacção das cláusulas se torna mais sofisticada e complicada⁶ sendo que, alguns temas que não foram abordados anteriormente, tais como os direitos dos trabalhadores, o meio ambiente e a saúde pública, entre outros, já aparecem nos acordos firmados.

Em quinto lugar, surgem mais controvérsias e litígios entre investidores estrangeiros e o Estado que recebe os investimentos havendo, por isso, mais Estados anfitriões em disputas internacionais como consequência da expansão dos investimentos estrangeiros e do aumento da celebração dos BITs. No passado, os países

3 Segundo a estatística da UNCTAD, houve mais de 70 BITs concluídos, respectivamente, em 2005 e 2006; já em 2007, houve 65 BITs celebrados e em 2008 o número foi de 59. Durante os primeiros seis meses do ano de 2009, houve somente 25 BITs novos. Veja *Recent Developments in International Investment Agreements (2008-June 2009)*, UNCTAD IIA MONITOR No.3 (2009), disponível em (UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8).

4 Por exemplo, a Bolívia, o Equador e a Venezuela.

5 UNCTAD, (2008), *World Investment Report 2008, Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, New York and Geneva, p. 43.

6 UNCTAD, (2006), *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, United Nations, New York and Geneva, p. 10.

em desenvolvimento foram demandados, na maioria dos casos, sob a jurisdição internacional e os países desenvolvidos tinham de ser também demandados nos litígios. Assim sendo, o papel do Centro Internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos (CISDI) e a função dos BITs suscitaram maior atenção e interesse dos juristas e das autoridades governamentais.

Por fim, o clima conflituoso das décadas anteriores entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento tem sido ligeiramente atenuado, uma vez que os pontos polémicos nos acordos bilaterais – por exemplo, a definição de investimento,⁷ a noção da expropriação indirecta e o critério do padrão mínimo do tratamento,⁸ o âmbito da intervenção legítima,⁹ o mecanismo da resolução de controvérsias e do respectivo recurso judicial,¹⁰ entre outros –, estão a ser reapreciados e reflectidos em alguns novos modelos dos BITs,¹¹ em que os países desenvolvidos concordam em aceitar algumas exigências dos países em desenvolvimento, tendo em conta a necessidade da intervenção pública para o bem-estar social e o tratamento especial e diferenciado enquanto países em vias de desenvolvimento. Acompanhando a reestruturação das relações económicas internacionais no mundo em globalização, os BITs, no seu conjunto, são mais orientados para o legalismo e a institucionalização.

2. Brasil e China: dois lados de um espectro

O presente estudo tem como objectivo fazer uma abordagem comparativa das práticas do Brasil e da China nos tratados bilaterais de investimento e procurar algumas considerações relevantes.

7 Alguns novos BITs afastam a definição demasiadamente abrangente do termo “investimento” e optam por definir o termo em condições económicas, com características de um investimento, excluindo explicitamente vários tipos de activo que não pertencem à categoria dos investimentos estipulados pelos acordos.

8 Designadamente, em alguns acordos assinados pelo Canadá ou pelos Estados Unidos da América, o significado de padrão mínimo de tratamento conforme o Direito Internacional e o conceito de expropriação indirecta são esclarecidos. Algumas partes contratantes anexam directrizes e critérios para determinar se em uma situação particular uma expropriação indirecta realmente aconteceu.

9 Nomeadamente, a promoção dos investimentos estrangeiros e não pode ser realizada à custa de saúde, segurança, ambiente e da inobservância de direitos laborais internacionalmente reconhecidos.

10 Nos procedimentos arbitrais, verifica-se a maior transparência, nomeadamente, audiências públicas, a publicidade dos documentos jurídicos, a possibilidade para representantes da sociedade civil submeterem relatórios de “cúrias de amicus” aos tribunais arbitrais.

11 UNCTAD, (2005), *Recent Developments in International Investment Agreements*, IIA MONITOR No.2 (2005), disponível em (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/1).

Dos grandes países emergentes membros do BRICs, o Brasil e a China são o maior país emergente na América Latina e na Ásia, respectivamente. Os indicadores económicos do Brasil e da China compartilham uma grande semelhança, em termos de classificações globais. Em 2007, a China apresentou-se como a quarta maior economia mundial e o Brasil ficou-se pelo décimo lugar do ranking.¹²

Ranking Mundial (Edição 2008)

Itens	China	Brasil
Território Nacional	3	5
População	1	5
PIB (nominal)	3	10
PIB (ppp)	2	9
Exportação	2	21
Importação	3	27
Investimento directo estrangeiro	5	16
Reserva de divisas	1	7

Fonte: Pocket World in Figures, *The Economist*.

O Brasil e a China são os países preferidos pelas empresas multinacionais (entre os primeiros 20 países em desenvolvimento),¹³ tornando-se pólos de grande atractividade para o investimento externo.

Em números absolutos, o Brasil é um dos três maiores destinos de investimento estrangeiro directo entre as economias emergentes (em 2007 houve o ingresso de 37,4 biliões de dólares).¹⁴ Graças ao constante crescimento económico, o Brasil, a quinta maior economia do mundo (décima em termos de PIB) é um destino cada vez mais atractivo para investidores estrangeiros, tendo sido “reconhecida recentemente a sua estabilidade macroeconómica com o grau de *investment grade* por

12 World Development Indicators Databases, Banco Mundial, 10 de Setembro de 2008.

13 UNCTAD, (2008), *World Investment Report 2008, Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, New York and Geneva, p. 55.

14 Discurso proferido pelo Secretário de Comércio e Serviços do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Brasil, Edison Lupatini Júnior, na Sessão sobre Investimento Mútuo entre a China e os Países de Língua Portuguesa. Xiamen, China, 8 de Setembro de 2008, disponível em (http://www.forumchinapl.org.mo/pt/notice.asp?a=20081015_03).

renomeadas agências internacionais de Ratings” (classificação de risco, segundo Standard & Poor’s e Fitch).¹⁵

A China obteve grande êxito na atracção de investimentos estrangeiros a nível mundial. “Até Julho de 2008, foram estabelecidas em todo o país cerca de 650 mil empresas de capital estrangeiro e os fundos efectivamente utilizados chegaram a US\$ 823,7 biliões”.¹⁶ Somente no período entre Janeiro e Fevereiro de 2008, os fundos estrangeiros efectivamente utilizados pela China atingiram US\$ 92,3 biliões. A China tem sido, durante 17 anos consecutivos, o país em desenvolvimento com maior absorção de investimentos directos estrangeiros.¹⁷

Além disso, já se pode ver grande actuação de empresas provenientes do Brasil e da China em outras partes do mundo. Os dois países despontam como países exportadores de capitais. De acordo com a informação da UNCTAD, em 2006, os números do investimento brasileiro directo no exterior superaram, pela primeira vez, aqueles do investimento directo estrangeiro, em razão da aquisição da Inco pela Companhia Vale do Rio Doce.¹⁸ Em 2007, as empresas brasileiras continuaram a ser internacionalizadas, concorrendo nos vários sectores, designadamente, energia e recursos minerais.¹⁹ A China está a tornar-se num país exportador de capitais para muitos países de recurso intensivo, na Ásia, África e América Latina, devido ao aumento constante da reserva de câmbio e à procura evidente de recursos naturais.

Apesar de terem o mesmo objectivo de desenvolvimento económico nacional e partilharem a mesma posição no palco internacional no sentido de salvaguardar a soberania e interesses nacionais, enquanto países em desenvolvimento, o Brasil e a China adoptam estratégias completamente diferentes quanto aos tratados bilaterais de investimento. Os dois países têm sido bem sucedidos no mundo no que concerne à atracção de investimentos estrangeiros, um sem ter aderido a BITs e o outro ten-

15 *Ibidem*.

16 Discurso proferido pela Directora-Geral Adjunta do Departamento da Administração do Investimento Estrangeiro do Ministério do Comércio da China, Huang Aiju, na Sessão sobre Investimento Mútuo entre a China e os Países de Língua Portuguesa. Xiamen, China, 8 de Setembro de 2008, disponível em (http://www.forumchinapl.org.mo/pt/notice.asp?a=20081015_05).

17 Dados do Ministério do Comércio da China, disponível em (http://www.gxi.gov.cn/jjyx/jjyx_jjfx/jjyx_jjfx_yxzk/jjyx_jjfx_yxzk_gn/200901/t20090116_102277.htm).

18 UNCTAD, (2007), *World Investment Report 2007, Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, New York and Geneva, p. xvi, p. 20.

19 UNCTAD, (2008), *World Investment Report 2008, Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, New York and Geneva, p. 19. Ver também NÍTOLO, Miguel, (2008), “O Brasil também tem multinacionais”, *Revista Problemas Brasileiros*, N.º 387, Mai/Jun 2008, disponível em (http://www.sescsp.net/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=309&breadcrumb=1&Artigo_ID=4825&IDCategoria=5524&reftype=1).

do celebrado um grande número desses acordos. Analisando as práticas dos dois países, podemos afirmar que o Brasil e a China situam-se, respectivamente, nos dois lados de um espectro. O Brasil possui 14 tratados bilaterais de investimento, celebrados no período entre 1994 e 1999,²⁰ mas nenhum destes BITs foi ratificado pelo Congresso Nacional e, por conseguinte, nenhum BIT entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro até hoje. A China, por sua vez, fica no segundo lugar do *ranking* mundial na conclusão dos BITs, seguindo a Alemanha, e possui mais de 120 tratados bilaterais de investimento com eficácia jurídica.

A China e o Brasil são alvos de especial atenção na economia mundial. Para os investidores internacionais, os dois países constituem os lugares de investimento mais procurados com grandes potencialidades e atractivos. Entretanto, porque razão as duas grandes economias emergentes tomaram posições tão diferentes quanto aos BITs? O afastamento ou a aproximação do direito internacional depende exclusivamente dos factores económicos e políticos? Quais são as vantagens e desvantagens dos BITs? As práticas do Brasil e da China revelam os problemas ou os efeitos positivos BITs dos existentes? Em seguida, procuraremos analisar, respectivamente, as práticas brasileiras e chinesas, com o objectivo de tirar algumas lições e implicações.

3. As práticas do Brasil

3.1 *Regras internacionais e a lei brasileira*

No Brasil, o sistema constitucional não consagra o princípio do efeito directo e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais.²¹ A Constituição Federal não possui disposições claras sobre relações entre o Direito Internacional e o direito interno, sobretudo, a incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro e a sua posição hierárquica. Na ausência de fonte

20 Os BITs que foram assinados pelo Brasil e remetidos ao Congresso Nacional são: Portugal (9 de Fevereiro de 1994), Chile (22 de Março de 1994), Reino Unido (19 de Julho de 1994), Suíça (11 de Novembro de 1994), França (21 de Março de 1995), Alemanha (21 de Setembro de 1995). Os seguintes BITs foram contratados mas não foram remetidos ao Congresso Nacional: Finlândia (28 de Março de 1995), Itália (3 de Abril de 1995), Dinamarca (4 de Maio de 1995), Venezuela (4 de Julho de 1995), República da Coreia (1 de Setembro de 1995), Cuba (26 de Junho de 1997), Países Baixos (25 de Novembro de 1998) e Bélgica Luxemburgo (6 de Janeiro de 1999). Além disso, no âmbito regional do Mercosul, o Protocolo de Colónia (17 de Janeiro de 1994) e o Protocolo de Buenos Aires (5 de Agosto de 1994) também não foram ratificados.

21 STF, Carta Rogatória N.º 8.279.

legal, cabe à jurisprudência a definição de um critério. Apesar das controvérsias doutrinárias entre a corrente monista e a corrente dualista, o Supremo Tribunal Federal tem adoptado desde os anos setenta do século XX a teoria dualista, condicionando a vigência dos tratados internacionais à promulgação de norma jurídica interna, ou seja, para possuir a validade e a executoriedade no território nacional, os tratados internacionais necessitam da observação do procedimento previsto no direito interno.

A incorporação dos tratados internacionais implica um procedimento formal e complexo. Conforme o disposto nos artigos 47, 49, I(15), 59, VI, 84 e VIII da Constituição Federal, compete exclusivamente ao Presidente da República celebrar Tratados, Convenções e Actos Internacionais sujeitos ao referendo do Congresso Nacional; após a celebração, o Presidente da República remete o tratado para apreciação e aprovação do Congresso Nacional (a aprovação do Congresso Nacional decorre mediante decreto legislativo, necessitando, para aprovação, da maioria simples de votos). Decorrida a aprovação, o Presidente ratifica mediante depósito do referido instrumento e promulga um decreto presidencial para que o tratado internacional tenha vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Pelo exposto, no Brasil, os poderes legislativos podem converter-se em actores determinantes na política externa dos poderes executivos.

Os 14 BITs assinados pelo Brasil nunca foram aprovados pelo Congresso Nacional, o que significa que nenhum deles está em vigor. Em Dezembro de 2002, os BITs até foram retirados do Congresso Nacional. Por isso mesmo, os investidores estrangeiros dos países signatários não podem usufruir da protecção internacional para eventuais investimentos realizados no Brasil.²²

Apesar da falta dos BITs, o fluxo dos investimentos estrangeiros directos aumentou constantemente, em virtude da economia estável, do crescimento do consumo doméstico, do aumento da exportação, do processo de privatizações, da moeda competitiva e de um sistema jurídico bastante estável. Nos últimos anos, o governo brasileiro tem tomado uma série de medidas para diminuir a burocracia e consolidar a segurança jurídica do investimento. Nos termos do *caput* do artigo 5 da Constituição, não existe qualquer tipo de discriminação contra investidor estrangeiro no Brasil, além disso, “o Brasil não praticou políticas expropriantes

22 Uma excepção consiste nos investimentos realizados no âmbito de garantias contra riscos não comerciais de MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*). O Brasil é parte signatária da Convenção de Seul de 1985 que criou o MIGA (esse tratado já foi aprovado pelo Decreto-Legislativo 66, de 16 de Setembro de 1992). No Brasil, o MIGA tem apoiado cerca de 40 projectos para investimentos, com o valor de US\$ 1,8 biliões. Mais informações estão disponíveis em (http://www.miga.org/regions/index_sv.cfm?stid=1531&country_id=30&hcountrycode=BR).

no passado e encontra-se atualmente em uma democracia sedimentada”.²³ Nas perspectivas das autoridades governamentais e da doutrina, “o isolamento brasileiro é justificado pela eficácia da protecção das leis brasileiras na protecção do investimento estrangeiro”.²⁴

No que diz respeito à segurança jurídica dos investimentos, o Brasil reconhece que um sistema de arbitragem aplicável é relevante para atrair investimentos estrangeiros e a arbitragem tem sido reconhecida e aceite gradualmente, mediante a Lei de Arbitragem n.º 9.307 de 1996 e outros diplomas legais.²⁵ Antes de 1996, o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras estava sujeito a um processo de homologação do Supremo Tribunal Federal, mediante autos de homologação, da mesma forma que as sentenças estrangeiras em geral, no entendimento do artigo 102, inciso I, alínea "h" da Constituição Federal, e seguia o procedimento previsto no Código de Processo Civil Brasileiro e no Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Após a promulgação da Lei 9.307, o Brasil ratificou três convenções internacionais, sendo a Convenção do Panamá (Convenção Interamericana de 1975 sobre Arbitragem Comercial Internacional), a Convenção de Montevideu (Convenção Interamericana de 1979 sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiras) e a Convenção de Nova Iorque (Convenção da ONU de 1958 sobre Reconhecimento e Execução das Decisões Arbitrais Estrangeiras). Após a internalização das convenções internacionais, a sentença emitida por um tribunal arbitral estrangeiro passa a equivaler a um título executivo judicial, produzindo os mesmos efeitos da sentença emitida por um órgão do Poder Judiciário brasileiro, não sendo necessária a homologação desta pelo STF para a sua execução. Tudo isso demonstra que a posição brasileira é de reconhecimento da importância do instituto.

A seguir, traçaremos um panorama acerca das razões do isolamento brasileiro dos BITs.

23 CRAVALHO, Marina Amaral Egydio de, (2008), *Brasil e os Tratados Bilaterais de Investimento*, disponível em (http://revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=244&Itemid=38).

24 ZERBINI, Eugenia C.G de Jesus, (2003), *Arbitragem Internacional para o Capital Externo*, disponível na Revista Custo Brasil (<http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/13/Artigo%2003.pdf>).

25 Nomeadamente, o Código Comercial brasileiro permite aos sócios resolver disputas mediante a arbitragem (parágrafo 3 do artigo 109); em 2001, foi criada a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) na bolsa de valores em São Paulo. Ver PUCCI, Andriana Noemi, (2005), “Arbitration in Brazil”, *Dispute Resolution Journal*, February/April, pp. 82-7.

3.2 *Motivos de relutância em acatar BITs*

A não ratificação dos BITs pelo Brasil está fundamentada em diversos factores. Com base na leitura da literatura brasileira, quer governamental quer doutrinária, resumimos as justificativas em três aspectos, principalmente:

- A) O primeiro tem a ver com a consideração da soberania e do princípio igualitário dos Estados-Nação na nova ordem das relações económicas internacionais. No Brasil, os acordos bilaterais de investimento são apreciados como subprodutos do Consenso de Washington, sob a influência neo-liberal, e das recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE).²⁶ Os deputados do Congresso entenderam que os países industrializados se interessavam em celebrar os tratados bilaterais na condição de países que exportam os capitais, mas mostraram-se hesitantes na posição de países receptores, uma vez que os BITs não impõem obrigações e deveres para os países exportadores, mas somente dão ênfase aos direitos concedidos aos investidores pelos países anfitriões. Mesmo que haja mais BITs em vigor entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, são ainda escassos os tratados bilaterais entre países desenvolvidos. A maioria dos BITs contém a mesma estrutura e semelhantes disposições de compromissos. Os BITs existentes revelam um carácter altamente recíproco e focalizam estreitamente a protecção dos investimentos. Segundo a observação de Perrone-Moisés, a reciprocidade seria apenas formal e os direitos consagrados apenas beneficiariam os países exportadores.²⁷

Nesta linha, a resistência do Brasil aos acordos bilaterais de investimento manifesta, por um lado, a sua preocupação relativamente à imagem imperialista dos acordos existentes, por outro lado, aponta alguns problemas do actual regime internacional. No novo processo da globalização económica, as empresas multinacionais exercem grandes influências sobre as soberanias nacionais, na medida em que essas empresas afectam directamente

²⁶ Ver, designadamente, a posição do Partido dos Trabalhadores Brasileiro e os comentários acerca dos BITs celebrados; (informações disponíveis em <http://www.pt.org.br/assessor/acordeco.htm>). Ver também os argumentos neste sentido, apresentados pelo Senador Federal Odacir Soares, no seu discurso sobre o regime internacional de investimentos, (disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=233501>).

²⁷ PERRONE-MOISÉS, Cláudia, (1998), "Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros", Ed. Oliveira Mendes, p. 28, citação de ZELO, Macelo, *O MAI que Já Existe: os Acordos Bilaterais de Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos*, disponível em (www.geocities.com/CapitolHill/Congress/7782/textos/mai.rtf).

as economias dos países anfitriões e, até, manipulam as artérias vitais das economias nacionais. Mesmo que as suas actividades sejam regulamentadas pelos países anfitriões, essas constituem vias para introduzirem marés da globalização, segundo o próprio modo de funcionamento. Para os países exportadores dos capitais, os BITs servem como instrumento internacional para desregulamentar ao máximo o fluxo de investimentos e minimizar a intervenção dos Estados anfitriões.

Tendo em conta que o valor total dos investimentos estrangeiros feitos no Brasil pelos países signatários é muito maior que o valor dos investimentos brasileiros nestes parceiros, os parlamentares do Brasil perceberam que, na verdade, os BITs foram celebrados entre os parceiros desiguais e a “reciprocidade” de direitos e deveres nestes acordos era apenas uma formalidade (possuindo o carácter de fictícia) em que faltava o significado real.²⁸

Tal como noutros países em desenvolvimento, no Brasil urge criar uma nova ordem mundial a fim de defender a justiça e a igualdade nas relações internacionais. Para as partes contratantes com diferentes níveis de desenvolvimento económico cumprirem as mesmas obrigações, sem levar em consideração o eventual período de transição e tratamento especial e diferenciado, significa, desde logo, uma desigualdade já no ponto de partida. Diferentemente do que acontece com as directrizes fundamentais do MAI, nos BITs assinados pelo Brasil não estão contempladas excepções nem salvaguardas.

- B) O segundo tem a ver com a perspectiva económica. Muitos estudos ilustram que não existe um relacionamento directo entre a celebração dos BITs pelo país anfitrião e o aumento dos investimentos estrangeiros no seu território.²⁹ A experiência brasileira parece ter comprovado mais uma vez esta afirmação. Há também países do mundo que já assinaram BITs mas continuam a não receber investimentos estrangeiros directos, tal como o caso dos países africanos. De igual forma, a nível bilateral, alguns países representam mutuamente fontes dos investimentos dos outros, mas não existe um BIT entre eles.

28 Tal como a posição sustentada por M. Sornarajah, no seu livro *The International Law on Foreign Investment*, (2004), Cambridge University Press.

29 WALDE, Thomas and DOW, Stephen, (2000), “Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment: The Effectiveness of International Law Disciplines versus Sanctions by Global Markets in Reducing the Political and Regulatory Risk for Private Infrastructure Investment”, 34, *Journal of World Trade*, No. 2, p. 12; PETERSON, Luke Eric, (2004), p. 9; UNCTAD, (2003), *World Investment Report*.

Não foram distinguidos entre os investimentos produtivos e os especulativos pelos BITs do Brasil. Em tempos de recessão económica mundial, muito se fala sobre produtos financeiros, bolsas, juros, entre outros, mas o que move a economia mesmo são as actividades produtivas. Os grandes motores da economia são os investimentos físicos. O investimento directo estrangeiro é um importante complemento para impulsionar a economia e melhorar as condições de infra-estrutura e de capacidade produtiva de cada país. Só que a definição muito abrangente do termo “investimento” adoptada pelos BITs do Brasil obrigaria o país a proteger todos os tipos de investimentos estrangeiros nas mesmas condições, “independentemente da sua natureza e mecanismo de implementação”,³⁰ ou seja, o capital especulativo de curto prazo seria protegido como se fosse o investimento directo.

Num mundo em globalização, cada Estado possui adaptabilidade às novas situações, podendo escolher instrumentos políticos e económicos adequados e medidas regulamentadoras para reagir estrategicamente aos desafios da globalização. O Estado deve intervir para criar condições mais favoráveis de mercado, no desempenho de tarefas de afectação de recursos, de redistribuição, de estabilização e de promoção da concorrência. As lições das crises financeiras ocorridas recentemente e nos anos noventa do século XX já provaram claramente a importância dos mecanismos governamentais sobre os capitais especulativos e as condutas irresponsáveis dos investimentos. Neste sentido, o clima económico mundial é bastante favorável para a actual posição brasileira.

- C) O terceiro tem a ver com as discrepâncias existentes entre as cláusulas dos BITs e a ordem jurídica interna do Brasil, que resumimos no seguinte.

Os dispositivos dos BITs prevêem que o país anfitrião não pode expropriar, directa ou indirectamente, os investimentos provenientes do país exportador, excepto por motivos de interesse público e em bases não discriminatórias. A expressão “desapropriação indirecta” nos BITs foi bastante ambígua e flexível, além disso, caso ocorra, as indemnizações necessitam de satisfazer as exigências temporais e formais: devendo ser prévia, pronta, adequada, efectiva e em moeda livremente conversível. Entretanto, a realidade brasileira é contrária a esses critérios, uma vez que o processo em si implica um longo percurso, podendo haver outras formas de pagamento da indemnização.

30 ZELO, Marcelo, *O MAI que Já Existe: os Acordos Bilaterais de Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos*, p. 10. O autor usou o exemplo do Acordo Brasil-França.

Segundo a Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do artigo 5), “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” (artigo 100), e na eventualidade de desapropriação de imóveis urbanos, “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”, “desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais” (parágrafo 3 e inciso III do parágrafo 4 do artigo 182); relativamente à desapropriação da propriedade rural, o período resgatável pode ser até vinte anos e “As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro” (parágrafo 1 do artigo 184).

Do mesmo modo, os BITs permitem que o investidor estrangeiro possa transferir livremente os fundos, tais como lucros, *royalties*, dividendos, resultados de aplicações financeiras, sem qualquer limite e excepção. Observa-se uma contradição entre essa cláusula e o ordenamento jurídico interno.³¹ Nos termos da Constituição Federal, “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros” (artigo 172). A esse respeito, o artigo 28 da Lei n.º 4390, de 29 de Agosto de 1964 prevê que “Sempre que ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever eminência de tal situação poderá o Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito impor restrições, por prazo limitado à importação e às remessas de reinvestimentos dos capitais estrangeiros e, para este fim, outorgar ao Banco do Brasil monopólio total ou parcial das operações de câmbio.”

A maioria dos BITs em vigor estabelece cláusulas compromissórias à arbitragem do CISDI em caso de conflitos originados pelo incumprimento dos acordos, sobretudo, por parte do Estado anfitrião. A cláusula sobre solução de controvérsias entre o investidor estrangeiro e o Estado colocaria discriminação em favor de investidores estrangeiros no sentido de recorrer

31 ZELO, Macelo, op. cit., p. 14.

à arbitragem internacional, enquanto os investidores nacionais somente têm acesso à jurisdição interna, sem prerrogativa de escolha de outra jurisdição. Na perspectiva da Doutrina Calvo, os povos que vivem em uma nação estrangeira devem resolver suas reivindicações e queixas submetendo as mesmas à jurisdição dos tribunais locais e, não, utilizando pressão diplomática ou intervenção armada ou outras formas para desprezar a soberania e a autonomia deste país. Não só contrário com a Doutrina Calvo, essa cláusula compromissória à arbitragem do CISDI também não é coerente com o princípio jurídico do Direito Internacional “do esgotamento dos recursos internos”.³² Além disso, existem mais problemas técnicos. O inciso XXXV do artigo 5 da Constituição Federal determina que as lesões de direito não podem ser excluídas do conhecimento do Poder Judiciário.³³ Nos termos do artigo 54 da Convenção de Washington, as sentenças arbitrais proferidas pelo CISDI são finais e auto-exequíveis,³⁴ só que nas eventuais controvérsias entre o investidor estrangeiro com o Estado brasileiro (a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, segundo o artigo 37 da Constituição Federal) ou com uma empresa pública brasileira, para ocorrer a arbitragem, necessita sempre da prévia autorização mediante a lei.³⁵ Segundo o acórdão no caso *Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) v. AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia e Outros*,³⁶ os assuntos relacionados com o interesse público não são considerados “direitos patrimoniais disponíveis”, enquadrados pela Lei de Arbitragem n.º 9.307 de 23 de Setembro de 1996; ademais, de acordo com o artigo 11 da Lei Parceria Pública-Privada n.º 11079 de 30 de Dezembro de 2004, “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de Setembro

32 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, (1984), *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, BSB, Editora UnB, p. 24 e ss. Ver também MELLO, Celso de Albuquerque, (1993), *Direito Internacional Económico*, RJ, Renovar, p. 135 e ss.

33 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do artigo 5 da Constituição Federal).

34 “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state” (n.º1 do artigo 54 da Convenção do CISDI).

35 PUCCI, Andriana Noemi, (2005), p. 86.

36 Idem.

de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Pode-se ver que nas legislações internas do Brasil faltam a permissão e a prévia concordância por parte do Estado em realizar uma arbitragem internacional para controvérsias desta natureza. Em outras palavras, o Brasil aceita apenas a arbitragem nacional e proíbe expressamente a arbitragem internacional. Na perspectiva dos juristas brasileiros, nos últimos anos, a situação da Argentina e a dos outros países da América Latina no CISDI parece ter provado a escolha sensata dos parlamentares brasileiros.³⁷ As reclamações contra a Argentina poderiam criar precedentes perigosos e serviriam para reforçar a posição de protecção excessiva aos investidores, sem garantir direitos aos Estados receptores.

Tendo em conta a incoerência entre as cláusulas dos BITs e a ordem jurídica interna do Brasil, os BITs são considerados como tratamentos preferenciais para investidores estrangeiros e portanto desnecessários, ilegais e inconstitucionais, uma vez que tanto a Constituição Federal como as leis internas sustentam a noção absoluta do “tratamento nacional”, segundo a qual os investidores estrangeiros e nacionais são iguais perante a lei.

3.3 Diferentes soluções propostas

Paralela às argumentações acima reveladas, no Brasil, hoje em dia, há também apelos à aproximação das regras internacionais e assinatura dos BITs. Essas opiniões diferentes baseiam-se nas seguintes considerações:

Em primeiro lugar, os BITs não são apenas contratados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, mas também entre países em desenvolvimento. Neste caso, a preocupação do novo capitalismo e do imperialismo torna-se menos relevante, antes pelo contrário, os países em desenvolvimento estão em pé de igualdade nas negociações e compartilham a mesma interpretação desenvolvimentista aos tratados bilaterais de investimento.

Em segundo lugar, as empresas brasileiras têm investido mais fora do país, comparando com o século passado. Essas empresas internacionalizadas têm enfrentado também riscos políticos provenientes do Estado receptor de capi-

37 SUNDFELD LIMA, Thaís, (2008), “A posição do Brasil perante a regulamentação internacional de investimentos estrangeiros: estudo de caso da situação da Argentina no ICSID e comparação com a posição brasileira”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 55, 31/07/2008, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4874.

tais, e, por conseguinte, requerem mecanismos eficazes de protecção. O caso do impacto da nova Lei petrolífera da Bolívia sobre os investimentos feitos por Petrobras na Bolívia chamou atenção do Brasil para a importância e o benefício de um tratado amigável de protecção recíproca de investimento com um outro país.³⁸

Em terceiro lugar, o sistema judiciário brasileiro tem sido criticado como lento, demorado, custoso e imprevisível,³⁹ “O alto índice de descumprimento dos contratos no Brasil, agravado pela demora e pelo elevado custo de vê-los judicialmente executados, atravanca negócios e investimentos”.⁴⁰ Além disso, o investidor estrangeiro tem de fazer uma análise muito pormenorizada da legislação brasileira aplicável às operações do sector em causa, o que não se trata de uma tarefa fácil. A celebração dos BIT, pelo menos, mostra a vontade do governo brasileiro de se aproximar ao regime internacional e de dar conforto psicológico aos investidores de pequenas e médias empresas.

Finalmente, o próprio governo brasileiro tem apresentado várias soluções no sentido de corrigir os desequilíbrios verificados nos BITs existentes. As discrepâncias podem ser eliminadas através da emenda dos diplomas legais internos.⁴¹ Existem possibilidades para os interesses nacionais brasileiros serem incorporados nos futuros BITs.⁴²

38 “A Petrobras tem vários negócios na rede produtiva do setor, como o refino e o transporte de hidrocarbonetos, além da exploração do gás nas principais regiões produtoras do Brasil. Entre 1996 e 2004, a empresa garante ter investido US\$ 990 milhões na Bolívia...A polémica lei criou o novo imposto de 32% sobre a produção das empresas, o que as companhias do sector acreditam que afetará o desenvolvimento do sector e prejudicará seus investimentos. A Petrobras controla 8,5 trilhões de pés cúbicos das reservas de gás boliviano (17,5% do total do país, calculado em 48,7 trilhões de pés cúbicos)... As companhias que pedem um acordo amigável apelaram para tratados de protecção recíproca de investimentos assinados pela Bolívia com Espanha, Reino Unido, Estados Unidos e França. A diferença no caso da Petrobras é que não existe um tratado semelhante entre Brasil e Bolívia.” Para mais detalhes, ver a reportagem “Brasil espera acordo sobre investimentos na Bolívia” em FinanceOne, 22 de Agosto de 2005, disponível em (<http://www.financeone.com.br/noticia.php?nid=14687>).

39 Ver comentários sobre o Relatório do Banco Mundial, (2008), “Em busca de um Brasil competitivo”, disponível em (http://www.cicvacaria.com/v_noticia.php?id_noticia=88).

40 *Ibidem*.

41 ALMEIDA, Paulo Roberto de, (2008), “O problema político dos APPIS: questionamentos e alegações, respostas tentativas”, apresentação no CEBRI-DEBATE-Exportação e Investimentos: Entraves da legislação Americana e Acordos Bilaterais de Investimento, Rio de Janeiro, 18 de Setembro de 2008.

42 Por exemplo, a Convenção do CISDI não exclui o uso da lei do Estado anfitrião como lei aplicável pelo tribunal arbitral, nos termos do artigo 42 desta Convenção.

4. Práticas da China

4.1 O percurso de abertura: uma economia em transição

A China começou a adoptar a política de abertura em 1978. Ao longo destes 31 anos, a China tem caminhado firmemente em direcção a uma economia de mercado. A política de abertura e de reforma económica permitiu ao gigante asiático tornar-se na economia mais dinâmica do mundo. Ela realizou uma profunda transformação histórica, num curto período do tempo, de ritmo sem precedente, de um sistema económico planificado para uma economia de mercado, e de um país fechado ou semi-fechado para um país com portas totalmente abertas. O agregado económico já saltou ao 4.º lugar do mundo, e o volume total de importação e exportação está classificando o 3.º lugar do mundo. Particularmente, desde a sua adesão à OMC, a China entrou em uma nova fase da integração completa na economia mundial.

No entanto, a China ainda é um país em transição que está a enfrentar grandes desafios para o desenvolvimento nacional. Segundo um artigo escrito pelo Primeiro-Ministro Chinês Wen Jiabao no início de 2007,⁴³ é preciso ter conhecimento profundo da realidade da China e da etapa histórica em que ela se encontra. A China está ainda na etapa primária do socialismo, porque as forças produtivas são subdesenvolvidas e os sistemas sociais são insuficientes e imperfeitos. Mesmo que a China tenha conseguido progressos na sua reforma jurídica, todos admitem que a construção do Estado de Direito, ainda se encontra inacabada.

Na época da economia planificada, após a China ter iniciado o socialismo, os capitais estrangeiros eram totalmente recusados. No início da abertura, o investimento estrangeiro directo foi atraído principalmente em razão de incentivos fiscais fornecidos para compensar a falta de infra-estrutura, capital e tecnologia no país e muitas empresas com investimento estrangeiro focalizavam no sector exportador. Hoje em dia, à medida que a China se moderniza, faz-se necessária uma mudança no padrão dos mecanismos de atracção de investimento estrangeiro,⁴⁴

43 WEN, Jiabao, (2007), "*Acerca de las tareas históricas de la etapa primaria del socialismo y algunos problemas de la política exterior de nuestro país*", People Daily em 1 de Março de 2007, disponível em <http://spanish.peopledaily.com.cn/31619/5428873.html>.

44 João Luís Rossi e Rafael de Sá Marques, "Investimento Estrangeiro Direto: Experiência Chinesa e Sugestões para o Brasil", em FURLAN, Fernando de Magalhães, FELSBURG, Thomas Benes, org., (2005), *Brasil China Comércio, Direito e Economia*, São Paulo, Lex Editora e Edições Aduaneiras, p. 125.

através da busca do melhoramento do regime jurídico interno⁴⁵ e da aproximação ao regime internacional.⁴⁶ Neste contexto, a China tem usado conscientemente os acordos bilaterais de investimento para aperfeiçoar o seu ambiente de investimento, no sentido de reduzir os vestígios da economia planificada em que o Estado interferia em todos os aspectos da vida económica e nacionalizava a propriedade privada para consolidar a base económica do país socialista.

A celebração dos BITs com outros países pela China parece ter o objectivo de mudar a velha imagem de uma “China fechada”: actualmente, ela está determinada em continuar a abrir as suas portas, convergir às regras internacionais e respeitar o princípio e o espírito do Direito. Ao mesmo tempo, os BITs constituem um mecanismo eficaz para promover a internacionalização das empresas nacionais, incentivá-las “going global”.

4.2 Vigência dos BITs na China

Na China também não existem disposições uniformes sobre a relação entre os tratados internacionais e o direito interno, tanto na Constituição chinesa como nas leis chinesas. Relativamente ao procedimento interno de execução dos tratados internacionais, a legislação chinesa não prevê expressamente o modelo da incorporação nem o modelo da adopção. Nos termos do artigo 89, § 9 da Constituição, compete ao Conselho de Estado “...assinar tratados e acordos internacionais”, e nos termos do artigo 67, § 14 da Constituição, compete à Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular “ratificar e denunciar os tratados e os acordos mais importantes concluídos com Estados estrangeiros”. A Lei de Processo da Conclusão de Tratados Internacionais, aprovada em 28 de Dezembro de 1990, prevê processos correspondentes ao estabelecimento de tratados internacionais.

45 As fontes do direito do investimento estrangeiro da China encontram-se em três níveis: (1) normas constitucionais, (2) leis, regulamentos administrativos e normas regulamentadoras ministeriais de nível nacional e (3) regulamentos locais e normas regulamentadoras administrativas de nível local. Quanto à regulamentação directa acerca das empresas com investimento estrangeiro, há três leis básicas bem como seus respectivos regulamentos pormenorizados. As três leis são: Lei da RPC sobre *Joint Venture* Corporativa (Empresas Mistas com Investimentos Chineses e Estrangeiros), Lei da RPC sobre *Joint Venture* Contratual (Empresas de Gestão por Meio de Cooperação Sino-Estrangeira), Lei da RPC sobre Empresas de Propriedade Estrangeira (Empresas de Capital Estrangeiro).

46 O primeiro BIT da China foi celebrado com a Suécia em 1983.

Na prática, quanto à vigência dos BITs na China, cabe ao Conselho de Estado examiná-los e eventualmente ratificá-los.⁴⁷ Somente os tratados especificados no âmbito do n.º 1 do artigo 7 da Lei de Processo da Conclusão de Tratados Internacionais necessitam da ratificação ou da decisão da adesão da Comissão Permanente do Congresso Nacional, nos termos do artigo 8 da mesma lei.⁴⁸ Deve salientar-se que a Convenção de Washington foi assinada pela China em 9 de Fevereiro de 1990 e ratificada pela Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular, entrando em vigor a partir de 6 de Fevereiro de 1993.

Por outro lado, ainda não há regras uniformes no sistema jurídico chinês sobre as formas de executar os tratados internacionais. Em alguns casos, os tratados internacionais têm vigência interna e podem ser executados e invocados directamente pelos tribunais e órgãos administrativos.⁴⁹ Há outros casos que a produção legislativa interna ou a elaboração dos regulamentos administrativos se realizou após a celebração dos tratados internacionais.⁵⁰

No que se refere aos BITs que assumem vigência interna, como não se verifica a internalização destes acordos, podemos concluir que as práticas chinesas mostram que os BITs têm vigência directa e prevalecem sobre o direito interno.

Apesar da ausência de um princípio geral de relacionamento entre o direito internacional e o direito interno, do ponto de vista técnico, a vigência e a execução

47 Relatório da Comissão dos Negócios Estrangeiros da Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular, disponível em (http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rdlit/fzjs/2006-12/27/content_355801.htm).

48 Os tratados internacionais que dependem da ratificação pela Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular referem-se aos (1) tratados de amizade e de cooperação, tratados de paz e outros semelhantes da natureza política; (2) tratados e acordos relacionados com o território nacional e a delimitação de fronteiras; (3) tratados e acordos relacionados com a assistência judicial e a extradição; (4) tratados e acordos que contêm cláusulas inconsistentes à lei da República Popular da China; (5) tratados e acordos sujeitos à ratificação, estipulados pelas partes contratantes e (6) outros tratados e acordos sujeitos à ratificação. Na realidade, recentemente, já foram apresentadas várias propostas pelos deputados sobre a revisão da Lei de Processo da Conclusão de Tratados Internacionais, alegando a ambiguidade das competências da Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular e do Conselho de Estado de ratificar tratados internacionais. Ver por exemplo a proposta da delegação da Província de Hainan na sessão plenária do Congresso Nacional Popular em 2008, disponível em (<http://www.hainan.gov.cn/data/news/2008/03/47925/>).

49 Por exemplo, o artigo 142 da Lei Geral de Direito Civil, o artigo 238 da Lei do Processo Civil e o artigo 72 da Lei de Processo Administrativo da China.

50 Por exemplo, a aplicação pela China da Convenção de Viena sobre a Representação dos Estados nas suas Relações com as Organizações Internacionais, da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, e da Convenção de Berna e outros acordos bilaterais celebrados com países estrangeiros.

dos BITs na China não sofrem grandes problemas. Não existe ainda qualquer registo da não ratificação destes acordos pelo governo central da China.

4.3 Posições da China nas negociações dos BITs

Perante as preocupações brasileiras, analisaremos respectivamente a posição do governo chinês nas suas negociações dos acordos bilaterais de investimento.

A) Do ponto de vista da soberania nacional e dos interesses nacionais em geral enquanto um país em desenvolvimento, desde 1978, ano em que a China tomou iniciativa para abrir suas portas ao exterior em face da necessidade da reforma económica, a sua participação no regime internacional é cada vez mais ampla e profunda. Ao longo do processo da integração, particularmente após a entrada na Organização Mundial do Comércio, as regras internacionais têm sido adoptadas conscientemente pelo governo chinês para manifestar o seu interesse de integrar no mundo e de convergir para regras internacionais. Neste pano de fundo, a influência do pensamento do Calvo é menos visível na China que no Brasil.

Alguns académicos chineses do Direito do Investimento Estrangeiro⁵¹ também destacaram os desequilíbrios existentes nos actuais BITs entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, justificando que a linguagem destes acordos possui a aparência da reciprocidade e benefícios mútuos, porém, devido aos distintos pesos económicos e desiguais níveis de desenvolvimento das partes contratantes, a natureza destes BITs é de encobrir a desigualdade e a troca não equivalente por forma da reciprocidade formal, visto que nos últimos anos, o fluxo total dos investimentos directos chineses no exterior corresponde a cerca de menos de um terço aos investimentos estrangeiros directos realizados na China.⁵²

51 CHEN, An e CAI, Congyan, eds. (2007), *Novo Desenvolvimento do Direito do Investimento Internacional e Novas Práticas dos Acordos Bilaterais de Investimento da China*, (edição em Língua Chinesa), Xangai, Fundan Press, p. 387. Ver também ZENG, Huaqun, (2008), "Contradição Norte-Sul e Novo Desenvolvimento das Práticas dos Acordos Bilaterais de Investimento", (em chinês), trabalho apresentado em 12th China International Fair for Investment & Trade, 8 a 11 de Setembro de 2008, Xiamen, China, disponível em (http://fdi.gov.cn/pub/FDI/98qth/ltyyth/20080909/2008090901/01/t20080909_97005.htm).

52 Calculado com base nos dados do Ministério do Comércio da China e o *2007 Statistics Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment*, disponível em (http://cn.chinagate.cn/reports/2009-03/09/content_17410755.htm).

Mesmo assim, o governo chinês adoptou uma atitude mais activa e aberta no que diz respeito aos BITs e tem estipulado uma série de reservas e excepções nos seus tratados bilaterais, a fim de evitar os desequilíbrios e efectivar o tratamento especial e diferenciado enquanto um país em desenvolvimento, por exemplo, as reservas feitas do “tratamento nacional”.⁵³

Por um lado, a China reconhece a importância dos capitais estrangeiros para o desenvolvimento económico interno, por outro lado, valoriza os efeitos positivos dos BITs e usa-os também para explorar novos destinos do mundo a favor dos investidores nacionais.

Além disso, entre 2002 e 2007, cerca de 60% dos BITs chineses eram concluídos com outros países em desenvolvimento, principalmente em África.⁵⁴ Segundo a observação da UNCTAD, os BITs sul-sul, em larga medida, pretendem proteger e promover os investimentos estrangeiros e também acentuam objectivos de desenvolvimento nacional, só que estes acordos não permitem a livre entrada de capitais nem proíbem exigências expressas sobre a retribuição do investimento, distinguindo os BITs tradicionais norte-sul.⁵⁵

- B) Partindo das considerações do ponto de vista económico, mesmo que não haja provas do relacionamento directo entre os BITs assinados e o resultado da promoção dos investimentos estrangeiros directos no país anfitrião, no caso da China, não se pode negar totalmente o papel objectivo da promoção dos investimentos estrangeiros pelos BITs. Esses documentos internacionais têm vindo a mudar gradualmente e imperceptivelmente a imagem da China nos olhos dos investidores estrangeiros.

Os investimentos estrangeiros directos (IED) têm implicações benéficas importantes na balança de pagamentos, como fonte de receitas fiscais, no aumento da eficiência económica, na transferência de tecnologia, na criação de postos de trabalho, na inserção nas cadeias produtivas internacionais, entre outros. Além dos benefícios mencionados, as vantagens trazidas pelos investimentos estrangeiros directos ao desenvolvimento do país revelam-se

53 *Vide* BIT China-Reino Unido. Consultar também comentário de BERGER, Axel, (2008), “China’s New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making”, disponível em (<http://www.asil.org/files/ielconferencepapers/berger.pdf>). Ver também análises mais à frente deste ensaio.

54 UNCTAD, (2008), p. 15.

55 UNCTAD, (2004) e também a notícia disponível em (<http://www.un.org/chinese/News/fullstorynews.asp?newsID=2716>); UNCTAD, (2006), *South-South Investment Agreement Proliferating*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2006/1, p. 3 e ss.

ainda nos dois aspectos seguintes, em particular. Desde logo, o IED tem acelerado a industrialização e a melhoria da estrutura industrial. Inicialmente, o IED concentrava-se nos sectores primário e secundário de trabalho intensivo com baixa produtividade e pouca tecnologia, hoje em dia, o IED tende a focalizar-se em indústrias de tecnologia intensiva e de capital intensivo. Em segundo lugar, a importação e a exportação das empresas com investimento estrangeiro têm promovido o aumento do comércio externo e a criação de novas vantagens comerciais. Actualmente, 88% das exportações de produtos de alta tecnologia e 74% das exportações de produtos electromecânicos da China são realizadas pelas empresas com investimento estrangeiro. Assim, a China transformou-se de um país fechado na quarta economia mundial, na “fábrica do mundo”, produzindo, por exemplo, “70% dos brinquedos, das bicicletas e leitores de DVD, 60% dos aparelhos de fotografia digital, 50% dos computadores portáteis” do planeta.⁵⁶

Além do IED, a utilização dos investimentos estrangeiros estendeu-se para “*greenfield investment*” e outras formas mais complexas (e.g., fusões e aquisições), e também portfólio. Avaliado pelo Ministério do Comércio da China, os investimentos estrangeiros na China estão longe de ser uma ameaça para a economia nacional, porque actualmente os capitais estrangeiros não monopolizam nenhum sector económico na China, e para aqueles sectores que envolvem a segurança da economia nacional ou interesses populares fundamentais, a quota de mercado dos investimentos estrangeiros representa somente 3%.⁵⁷ Até o momento, os impactos negativos dos investimentos estrangeiros para a economia chinesa não são muito visíveis.

Na direcção oposta, a China está recuperando o tempo perdido no passado e seguindo os passos dos outros três países dos BRICs da internacionalização das suas empresas. O fluxo dos investimentos directos chineses no exterior (designadamente em 173 países ou territórios) aumentou quase 20 vezes entre 2002 e 2008,⁵⁸ de US\$ 2,7 biliões para US\$ 52,1 biliões. Durante o mesmo

56 GU, Zhibin, (2005), *Made in China O Maior Palco da Globalização no Século XXI*, Centro Atlântico, Lisboa, p. 12.

57 A posição do Ministério do Comércio da China encontra-se em (<http://finance.people.com.cn/GB/1037/4035230.html>).

58 *2007 Statistics Bulletin of China's Outward Foreign Direct Investment*, disponível em (http://cn.chinagate.cn/reports/2009-03/09/content_17410755.htm); ver também a entrevista do Ministro do Comércio da China Senhor Chen Deming, sobre o papel da promoção para o desenvolvimento da China pelos mercados interno e internacional, disponível em (<http://news.sohu.com/20090908/n266545223.shtml>).

período, o número dos BITs e dos acordos de comércio livre que contém cláusulas de investimento celebrados pela China aumentou. Apesar de que os principais factores determinantes para uma decisão positiva do investimento no estrangeiro são a estabilidade macroeconómica, a infra-estrutura básica e as potencialidades e rentabilidades do investimento do país em causa, e não a existência de um acordo bilateral de investimento com vigência, os BITs celebrados pela China mostram pelo menos o apoio de políticas governamentais com o objectivo de conferir segurança e aumentar confiança para os investidores chineses investirem no mercado internacional. Disso nota-se que a função da criação dum ambiente propício de investimento e da protecção dos interesses dos investidores pelos BITs é, muitas vezes, potencial, latente e difícil de ser quantificada.

- C) Quanto às cláusulas dos seus BITs, concentremo-nos nas seguintes questões-chave.

Primeiro, o termo “investimento”, na maioria dos BITs da China, é bastante abrangente, designando toda a espécie de bens investidos, directa ou indirectamente. Actualmente, em alguns acordos, a China pretende limitar a abrangência do termo para os investimentos estrangeiros com a intenção do exercício do controlo e na continuidade da actividade.⁵⁹ Deve ressaltar que a abrangência deste termo exerce influências limitadas sobre a China, porque numerosos BITs contêm restrições para a jurisdição do CISDI. Porém, com a constante abertura económica, o âmbito do termo “investidor” tem sido alargado, às pessoas colectivas, incluindo não só sociedades comerciais como também associações, parcerias e outras, incorporadas ou constituídas nos termos das legislações nacionais e que tenham sede nas partes contratantes, independentemente da sua natureza lucrativa ou da limitação da sua responsabilidade.⁶⁰

Segundo, os BITs celebrados pela China não permitem a livre entrada de capitais estrangeiros (com excepção do tratamento nacional) porque os investimentos estrangeiros estão sujeitos à apreciação e autorização pelos órgãos administrativos. Relativamente às condições para a entrada de investimento estrangeiro, o Catálogo para Guia de Indústria com Investimento Estrangeiro (versão revista) promulgado pela Comissão de Desenvolvimento e Reforma Nacional, em conjunto com o Ministério do Comércio da China em 2007,

⁵⁹ Vide o Protocolo anexado ao BIT China-Alemanha, artigo 1.

⁶⁰ Vide o BIT China-Portugal, artigo 1.

classifica os investimentos em incentivados, permitidos, restringidos e proibidos. Os investimentos proibidos são os projectos que coloquem em risco a segurança nacional ou que contrariem o interesse público, que poluam o meio ambiente e prejudiquem a saúde, que ocupem grande parte da terra destinada ao cultivo, etc.

Terceiro, quanto à implementação das cláusulas de tratamento dos investimentos, a China estabelece algumas excepções e medidas transitórias e inovadoras. No passado, alguns tratados não continham a cláusula de tratamento nacional, consagrando apenas a cláusula do princípio da nação mais favorecida,⁶¹ outros tratados definiam claramente excepções do tratamento nacional.⁶² Na realidade, havia coexistência do tratamento superior e inferior ao tratamento nacional na China. O tratamento superior ao tratamento nacional demonstrava-se nos três âmbitos seguintes: a tributação do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, a preferência dos direitos aduaneiros e o direito à importação e exportação. O tratamento inferior ao tratamento nacional inclui a limitação do quadro de investimento, o conteúdo local, o requerimento da realização da exportação e a restrição do acesso a divisas, entre outros. Depois da entrada na OMC, o tratamento superior e inferior ao tratamento nacional tem vindo a ser eliminado e o tratamento nacional tem sido incorporado nos novos BITS, segundo o qual, a China compromete-se a conceder aos investimentos e às actividades associadas a investimentos, realizados por investidores das partes contratantes, no seu território, um tratamento não menos favorável que o concedido aos investimentos e às actividades associados realizados pelos seus próprios investidores.⁶³ Entretanto, nos protocolos destes BITs que já estabeleceram o tratamento nacional, a China declarou certas medidas transitórias, manifestando a sua vontade de tomar as providências necessárias à remoção progressiva das medidas desconformes, mas especificando excepções ao “tratamento nacional”, sendo as medidas desconformes existentes e continuação das medidas desconformes referidas; e alterações a qualquer das medidas desconformes,

61 Por exemplo, no BIT China-Singapura (1985), o artigo 4 diz respeito ao tratamento da nação mais favorecida.

62 Por exemplo, no Protocolo do BIT China-Japão, N.º 3, “*For the purpose of the provisions of paragraph 2 of Article 3 of the Agreement, it shall not be deemed ‘treatment less favorable’ for either Contracting Party to accord discriminatory treatment, in accordance with its applicable laws and regulations, to nationals and companies of the other Contracting Party, in case it is really necessary for the reason of public order, national security or sound development of national economy.*”

63 Vide os BITs China-Portugal, China-Holanda, China-Alemanha, China-Finlândia.

desde que tal alteração não aumente o nível da desconformidade.⁶⁴ Através deste tipo de inovação, os investidores chineses poderão gozar do tratamento não menos favorável que o concedido aos investidores dos países contratantes que recebem o capital chinês, mas a China ganha mais tempo para implementar os compromissos acordados. Pode ver-se também a cláusula do tratamento justo e equitativo em alguns seus novos BITs, mesmo com os países mais desenvolvidos. Isto implica em certa medida a convergência aos modelos dos BITs dos países desenvolvidos.

Quarto, trata-se da questão da expropriação indirecta e a respectiva indemnização. Segundo a Lei sobre *Joint Venture* Contratual, a nacionalização e a expropriação não serão aplicadas às empresas com investimento estrangeiro, em circunstâncias especiais, quando o interesse público a exija, a *joint venture* corporativa pode ser expropriada ou requisitada de acordo com procedimentos legais e paga a apropriada compensação. Na grande maioria dos acordos firmados, encontram-se expressões sobre excepções à expropriação, sendo “no interesse público, no respeito do processo determinado pela lei interna, sem discriminação e mediante indemnização”.⁶⁵ No que diz respeito à expropriação indirecta, num país em transição, muitas políticas governamentais ou actos legislativos podem suscitar controvérsias dos investimentos estrangeiros e ser considerados como actos deste tipo, visto que as autoridades chinesas têm se ocupado de modificar o seu modelo de desenvolvimento e continuar a encorajar os investimentos estrangeiros, mas, ao mesmo tempo, assegurar que eles actuem segundo os propósitos de desenvolvimento do país, consequentemente, várias políticas nas áreas ambientais, laborais, etc., podem afectar a propriedade dos investidores estrangeiros. Lamentavelmente, na maioria dos BITs da China, ainda não se encontram disposições expressas e com aplicabilidade sobre a determinação de uma expropriação indirecta. Ademais, os critérios para determinar os montantes da indemnização são bastante ambíguos, na realidade, é difícil chegar um consenso sobre o valor de mercado segundo princípios de valoração comumente aceites.⁶⁶ Um passo positivo foi conseguido recentemente através do BIT China-Índia, em que pela primeira vez foi claramente dada a definição de “expropriação indirecta”,⁶⁷ além dos pressupostos objectivos (sem transferir formalmente a titularidade

64 Por exemplo os Protocolos dos BITS acima mencionados.

65 Por exemplo, ver o antigo BIT China-Portugal assinado em 3 de Fevereiro de 1992, artigo 4(1).

66 *Vide* BIT China-Finlândia, artigo 4 e BIT China-Portugal, artigo 4.

67 *Vide* BIT China-Índia, artigo 5, e CHEN, An e CAI, Congyan, eds. (2007), pp. 150 e seguintes.

ou confiscar directo) e subjectivos (partindo do interesse público de boa-fé e de forma não discriminatória), *“Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory measures adopted by a Contracting Party in pursuit of public interest, including measures pursuant to awards of general application rendered by judicial bodies, do not constitute indirect expropriation or nationalization”*.⁶⁸

Finalmente, tem a ver com a resolução de diferendos entre os investidores estrangeiros e a China. Ressalta-se que, quando ratificou a convenção de Washington, a China fez reserva do n.º 4 do seu artigo 25.⁶⁹ Embora não exista legislação interna sobre a solução de controvérsias pelo tribunal arbitral do CISDI, a jurisdição deste organismo já foi reconhecida pelos BITs existentes da China. Alguns BITs chineses estabelecem que se os diferendos não puderem ser resolvidos num prazo determinado (normalmente seis meses), os investidores estrangeiros poderão optar por submeter as controvérsias aos tribunais chineses ou a um tribunal *ad hoc* do CISDI. Os BITs celebrados do período inicial estabeleceram algumas restrições da sua jurisdição, nomeadamente, a arbitragem internacional só pode ter lugar para controvérsias relacionadas com a transferência dos fundos ou a alegada expropriação, e muitas vezes, as respectivas cláusulas dos BITs limitam arbitragens internacionais às controvérsias acerca do montante ou da modalidade da indemnização na sequência da expropriação;⁷⁰ além disso, a exigência do uso dos recursos internos foi prevista na grande maioria dos BITs, segundo a qual, os investidores estrangeiros devem esgotar o procedimento de revisão administrativo na China⁷¹ antes de submeterem os diferendos ao CISDI, ou levar os casos ao procedimento de revisão administrativa dentro de um prazo fixado.⁷² As redacções das cláusulas exigem igualmente que arbitragens internacionais devem se dar com consentimento das Partes (inclusive naturalmente a China) e a lei chinesa deve ser aplicada.⁷³ Todas essas salvaguardas⁷⁴ con-

68 Ver o artigo 3 do Protocolo do BIT China-Índia.

69 *“Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).”*

70 Por exemplo, BIT China-Islândia, artigo 9(3).

71 BIT China-Trinidad, artigo 10(2b).

72 BIT China-Peru, artigo 8(3), BIT China-Alemanha (Protocolo, artigo 6).

73 Por exemplo, BIT China-Argentina, artigo 8.

74 Designadamente, os dispositivos da Convenção de Washington, artigos 25(1), 26 e 42(1). Ver CHEN, An, (2006), *“Should the Four Great Safeguards in Sino-Foreign BITs be Hastily Dismantled?”*

seguem garantir efectivamente a soberania nacional e a autonomia judicial da China.

Nota-se que desde a ratificação desta convenção em 1993 até agora, a abordagem chinesa sobre o recurso à arbitragem internacional pelos investidores estrangeiros tem sido cada vez menos restrigente. Particularmente, a partir de 1998, a China começou a aceitar plenamente a jurisdição do CISDI no seu BIT com Barbados, ou seja, desde que o diferendo não possa ser resolvido no prazo de seis meses contados da data em que uma das partes litigantes o tiver suscitado, o investidor pode submetê-lo à arbitragem do CISDI sem mais restrições, só que essa decisão é irreversível e as sentenças arbitrais são definitivas e vinculativas. Desde então, quase 30 países (entre eles quatro países desenvolvidos) renegociaram e celebraram com a China BITs com o mesmo mecanismo da resolução de diferendos.⁷⁵ Vários académicos chineses já chamaram atenção para maiores cuidados jurídicos e também fizeram críticas desta passagem do paradigma,⁷⁶ sobretudo, essas cláusulas colocam o Estado numa situação de vulnerabilidade. Mas a intenção do governo é bastante clara, isto é, a celebração da nova geração dos BITs está conforme com a estratégia nacional de “going global” e grandes empresas chinesas nos sectores estratégicos necessitam de uma melhor protecção institucional no mercado internacional.

5. Observações e considerações finais

5.1 Observações

O Brasil é um dos poucos países da América Latina que adere firmemente à Doutrina Calvo. A sua forte resistência revelou algumas imperfeições do actual regime internacional dos investimentos estrangeiros. Na verdade, somente grandes países em desenvolvimento com o peso do Brasil conseguiram abster-se de celebrar os BITs liberais no pano de fundo da liberalização dos investimentos estrangeiros.

Comments on Provisions concerning Dispute Settlement in Model U.S. and Canadian BITs”, *The Journal of World Investment and Trade*, 7 (6), pp. 899-933 e CHEN, An, (2007), “Distinguishing Two Types of Countries and Properly Differential Reciprocity Treatment. Re-comments on the Four Safeguards in Sino-Foreign BITs Not to be Hastily and Completely Dismantled”, *The Journal of World Investment and Trade*, 8 (6), pp. 771-795.

75 CHEN, An e CAI, Congyan, eds. (2007), p. 384.

76 CHEN, An, (2006) e (2007).

Isso é bem compreendido, porque o Brasil é um país de recurso-intensivo e a sua formação económica foi influenciada pelo colonialismo e pelos capitais provenientes dos países desenvolvidos nos últimos quatro séculos.⁷⁷ No percurso do desenvolvimento nacional, a escola do desenvolvimentismo constitui uma corrente económica influente. A intenção do governo brasileiro nas negociações dos BITs foi sempre criar um ambiente propício para atrair investimentos estrangeiros e assegurar que esses recursos sejam correctamente atribuídos e, por isso, a capacidade do Estado de exercer efectivamente o disciplinamento dos investimentos estrangeiros, conforme com os seus objectivos de desenvolvimento, tornem-se factores fundamentais. Os BITs assinados pelo Brasil nos anos noventa do século passado pertenciam, em grande medida, aos paradigmas tradicionais Norte-Sul, sem incorporar inovações relevantes do Direito Internacional de Investimento.⁷⁸ Consequentemente, os parlamentares e académicos nacionais apresentaram preocupações para afastar o regime internacional com base nesses antigos acordos.

No entanto, comparadas com as práticas da China, as práticas brasileiras parecem mais defensivas. Parece-nos que as discrepâncias mencionadas entre os BITs e a ordem jurídica interna brasileira podem ser eventualmente dissolvidas através da necessária modificação, quer dos acordos internacionais quer das leis internas. Na verdade, a ineficácia dos BITs no Brasil deveu-se à não permissão pelo poder legislativo, que no fundo, é uma questão da dinâmica entre o legislativo e o executivo. São necessários no futuro mais diálogos entre o legislativo e o executivo e frutos de consenso,⁷⁹ assim sendo, os desgastes nas relações diplomáticas tornar-se-ão menos graves e os negociadores terão mais legitimidade, credibilidade e capacidade de barganha.

Mesmo que o seu sistema jurídico seja bastante estável e até consiga assegurar um verdadeiro tratamento nacional para os investidores estrangeiros, encontram-se na prática numerosas barreiras políticas, jurídicas, administrativas (inclusive a morosidade judicial) no Brasil. Tendo em conta a proliferação dos BITs entre os

77 Ver por exemplo, FURTADO, Celso, (1989), *Formação Económica do Brasil*, Companhia Editora Nacional.

78 Vide por exemplo os BIT do Brasil com o Reino da Dinamarca, a Finlândia, a Holanda.

79 Cabe referirmos aqui as propostas de Emenda à Constituição que têm o objectivo de instituir no Brasil um mecanismo de autorização prévia do legislativo para negociação de acordos internacionais, aos moldes da *Trade Promotion Authority* norte-americana. Ver mais comentário por FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de, (2008), "Opinião pública e política externa: insulamento, politização e reforma na produção da política exterior do Brasil", *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol.51, n.º 2, Brasília, Jul/Dec.

países em desenvolvimento, hoje em dia, algumas alegações no passado não se encaixam bem com o novo contexto global e a tendência da internacionalização das empresas. Estamos convictos de que no futuro surgem mais políticas liberalizantes suficientes para romper com o actual paradigma de política externa do executivo e há um aumento dos apelos por parte dos investidores brasileiros no congresso nacional.

Quanto às práticas da China, verificamos certas cautelas por parte da China sobre modelos dos BITs dos países desenvolvidos quando a China começou a abraçar o regime internacional. No entanto, as táticas variam conforme as necessidades das fases distintas da integração na economia mundial. Apesar da prudência do círculo académico, a atitude do governo é bastante aberta e flexível, procurando, sempre que possível, assinar novos acordos ou renovar os acordos existentes. Evidentemente, a China quer maximizar os efeitos positivos dos BITs e ampliar, simultaneamente, os investimentos estrangeiros no mercado interno e os investimentos chineses no mercado internacional. Por um lado, a construção do Estado de Direito pela China ainda se encontra inacabada, a independência judicial encontra, na prática, muitos factores restritivos e coexistem o tratamento superior ao tratamento nacional e o tratamento inferior ao tratamento nacional para investidores estrangeiros, a observância das cláusulas dos BITs não só confere segurança aos investidores estrangeiros mas também está conforme com os interesses nacionais e os seus objectivos de desenvolvimento. Por outro lado, à medida que a economia nacional cresce constantemente, a China necessita de mais recursos estratégicos e mercados ampliados para sustentar o seu desenvolvimento. Os BITs tornam-se uma ferramenta para acelerar a inserção das empresas chinesas no mundo. Muitos países em desenvolvimento na Ásia, África e América Latina que recebem os investimentos chineses ainda não possuem regimes jurídicos aperfeiçoados, os BITs da China, além da promoção dos investimentos estrangeiros, têm de proteger igualmente os seus interesses dos investimentos no estrangeiro. Nesta consideração, alguns BITs recém-celebrados atenuam gradualmente direitos soberanos de regulamentar os investimentos estrangeiros e convergem mais à generalidade dos BITs em vigor no mundo. Quais são as consequências desta tendência liberal? Ainda é cedo prevê-las, mas uma coisa é certa: há um longo caminho para a China encontrar um modelo ideal de BIT e soluções satisfatórias para corrigir os desequilíbrios entre os direitos e obrigações das partes contratantes e atender igualmente aos interesses do Estado anfitrião e do investidor estrangeiro, razão pela qual existem ainda muitas divergências entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento nas negociações internacionais sobre a protecção dos investimentos estrangeiros.

Em 2006, a China celebrou BITs com outros dois países dos BRICs: a Rússia e a Índia. Hoje em dia, a relação económica sino-brasileira já ultrapassou uma relação bilateral em sentido comum. Actualmente, o Brasil é o maior parceiro comercial da China na América Latina e a China é o maior parceiro comercial brasileiro no mundo. A cooperação entre o maior país em desenvolvimento do Oriente e o maior país em desenvolvimento do Ocidente constitui uma parte importante da parceria Sul-Sul. O Brasil é um dos principais destinos dos investimentos chineses na América Latina. Por exemplo, o *China Development Bank (CDB)* concedeu em 2009 um empréstimo de US\$ 10 biliões para a Petrobrás realizar investimentos na exploração das novas reservas de petróleo na costa brasileira, e concedeu também uma linha de crédito aos bancos brasileiros de US\$ 100 milhões destinados ao financiamento das exportações brasileiras, algumas grandes empresas chinesas, como Gree, Huawei, ZTE, etc., já se instalaram no território brasileiro, outras como Chery e Lenovo, etc., estão a planear investir no Brasil num futuro muito breve.⁸⁰ Além disso, verifica-se um aumento da associação de organizações chinesas com empresas brasileiras, através da constituição de consórcios, sociedades de propósito específico ou outros arranjos societários. Por exemplo, uma *Joint Venture* chamada Baosteel Vitoria Iron & Steel Co. Ltd., entre Baosteel e a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) já foi formalmente lançada em Vitória, Espírito Santo, com um investimento inicial de US\$ 3 biliões em 2007. Baosteel detém 60% do capital social na sua primeira plantação fora da China, e a restante participação é detida pela CVRD.⁸¹ As grandes empresas brasileiras como Vale do Rio Doce, Banco Itaú, a Bolsa de Mercantil & Futuros (BM&F), Coteminas, Construtora Odebrecht, Embraco, Embraer, etc, têm instalado fábricas e representações na China.

Os riscos de investimentos são acompanhados pelas barreiras jurídicas e administrativas.⁸² Lamentamos que até hoje ainda não se encontre nenhuma iniciativa dos dois governos para institucionalizar a protecção recíproca dos investimentos.

80 ALDO, Rebelo e PAULINO, Luís António, (2009), "Como o Brasil vê a China", em WEI, Dan (2009), *Os Países de Língua Portuguesa e a China num Mundo Globalizado*, Edições Almedina, p. 112.

81 Fonte: (http://www.baosteel.com/plc_e/02news/ShowArticle.asp?ArticleID=1043).

82 Por exemplo, para os investidores chineses, o regime tributário brasileiro é muito complexo e é alterado com demasiada frequência, a aquisição de bens imóveis é bastante difícil, a obtenção de autorizações ambientais é complicada. Ver e.g., a reportagem disponível em (<http://www.coolloud.org.tw/node/17713>).

5.2 Considerações finais

Os Estados são ainda heróis políticos na era da globalização e têm um papel essencial quanto à elaboração de regras de regulação. Na matéria dos investimentos, de acordo com um estudo da UNCTAD, os investimentos estrangeiros reagem positivamente a um bom enquadramento jurídico nacional.⁸³ Os legisladores nacionais têm a obrigação de elaborar leis que disciplinam os investimentos estrangeiros com base nos interesses nacionais e assegurar que os investimentos estrangeiros actuem segundo os propósitos de desenvolvimento. Para o Brasil e a China, o tratamento diferencial aos países em desenvolvimento consagrado pelas convenções e acordos internacionais (e.g., convenções e resoluções da ONU e os tratados da OMC) deve ser valorizado e efectivado através das leis e políticas nacionais, com a finalidade de estabelecer prioridades de investimentos, proteger sectores estratégicos temporariamente e dar tratamentos privilegiados às empresas nacionais, dentro dos limites legais.

A nível internacional, os investimentos estrangeiros exercem um papel fundamental nas relações jurídico-económicas entre os Estados. A sua regulamentação é realizada através de acordos internacionais, bilaterais ou multilaterais, sendo que os BITs apresentam a maior importância e efectividade ao fim a que se propõem e pretendem introduzir no ordenamento jurídico interno dos países signatários, novas regras relativas à admissão, protecção e promoção de investimentos estrangeiros. Para os países em desenvolvimento, particularmente, os países emergentes, os BITs constituem factores positivos para a inserção económica no cenário internacional, porque o padrão competitivo mais alto necessário para atrair os investimentos estrangeiros orientado para as exportações pode requerer um nível mais alto de adesão a tratados e convenções internacionais e bilaterais.

O percurso de cinco décadas da evolução dos BITs demonstra que os BITs existentes necessitam ainda de uma reformulação em direcção a um sistema internacional mais equilibrado e simétrico, designadamente, entre a promoção e a protecção dos investimentos, entre os direitos legítimos dos investidores e os interesses públicos do país anfitrião, entre os países exportadores e os países receptores. As práticas do Brasil e da China, bem diferentes acerca dos BITs, revelam justamente as opções distintas dos dois países em desenvolvimento pelo regime internacional, partindo da consideração das próprias situações e peculiares interesses nacionais.

83 KIRKPATRICK, Colin, PARKER, David, ZHANG, Yin-Fang (2006), "Foreign Direct Investment in Infrastructure in Developing Countries: does regulation make a difference?", *Transnational Corporations*, Vol. 51, No.1, April, pp. 143-71.

Hoje, o paradigma do Direito Internacional sofreu já modificações na sequência da globalização económica. O Direito Internacional não só integra normas jurídicas que englobam relações entre os Estados soberanos, entidades cujo qualificativo estadual é contestado entre as organizações internacionais intergovernamentais, envolvendo também “o indivíduo”.⁸⁴ Assim, os Estados não só participam nas actividades internacionais em nome do todo o seu povo, mas são também considerados sujeitos em determinadas relações jurídicas como seus cidadãos ou estrangeiros, em pé de igualdade com estes. Por outro lado, com o aprofundamento da globalização económica, os Estados percebem que o reforço do regime jurídico interno não consegue resolver todos os problemas surgidos no processo de desenvolvimento, nem assegura a realização dos seus interesses nacionais. Portanto, é imprescindível reforçar a eficácia do Direito Internacional além de aumentar o seu conteúdo. Comparado com outras áreas do Direito Internacional, o sistema internacional do investimento estrangeiro, sustentado, sobretudo, pelos BITs, é considerado como uma espécie de *hard law* graças à existência de órgãos com jurisdições (vários centros internacionais de solução de disputas, entre eles o CISDI) que garantem a aplicabilidade das normas.

O regime internacional revela não só as necessidades de interesses nacionais dos países promovidos, mas também as boas intenções de todos os países. Ser indiferente ao regime internacional ou recusá-lo não é uma decisão sensata. Por outro lado, para grandes potências económicas, a estratégia de “tomar a boleia” também não é viável. A realidade actual e o objectivo de desenvolvimento determinam que não se deve optar pela estratégia de abandono de direitos soberanos, nem se pode participar passivamente no regime internacional. Mesmo que o regime existente encontre muitas imperfeições e limitações e os seus elaboradores não tenham o objectivo de oferecer gratuitamente os direitos adquiridos aos novos participantes, os países em desenvolvimento não devem deixar de semear cereais por medo dos pardais, mas sim insistir nos seus esforços e desempenhar um papel activo e construtivo.

Foi-nos ainda particularmente valioso acrescentar a necessidade das iniciativas pró-activas pelos dois países.

84 Em certos casos, o indivíduo poderá ser sujeito autónomo do Direito Internacional. Por exemplo, no Direito Internacional Humanitário, na matéria da protecção internacional dos Direitos do Homem dado que a norma internacional contempla muitas vezes situações individuais, ou seja, os seus efeitos repercutem-se na esfera jurídica do indivíduo. De igual forma, com a despolitização e jurisdicionalização do comércio internacional, em matéria de investimentos internacionais, as pessoas singulares e as empresas têm acesso à arbitragem internacional.

Importa referir que no mundo futuro, a China e o Brasil não devem continuar meramente as suas práticas actuais e manter o *status quo*. Tanto o Brasil quanto a China tem potencialidades indiscutíveis para exercerem impactos relevantes no reordenamento do sistema internacional. Ambos sabem que isso depende da articulação de uma forte parceria. Os dois países devem adoptar novos pensamentos perante os acordos bilaterais de investimento: usando a potencial e a atratividade dos mercados internos como capacidades de barganha nas negociações internacionais, transformando as desvantagens em vantagens e celebrando ainda um acordo bilateral sino-brasileiro como acordo modelar Sul-Sul, um passo significativo para eventualmente construir uma ordem multilateral.