

# Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

Os tratados celebrados pelo Brasil com diversos países, destinados a garantir e incentivar os investimentos estrangeiros no país, ora em fase de ratificação pelo Congresso, revelam certa preocupação em assegurar, por meio de tratado, a manutenção de regime jurídico tradicionalmente observado pelo país.

A tônica dos tratados é a de garantir aos investidores dos países signatários tratamento não-discriminatório, pagamento de indenização, em caso de expropriação, e mecanismo de solução de controvérsia fora do quadro judiciário do Estado.

Os tratados seguem, em linhas gerais, o modelo observado em diversos outros, estimulados pela Organização Econômica de Cooperação e Desenvolvimento (OECD), com o acolhimento da fórmula imaginada por Cordell Hull, quando Secretário de Estado dos Estados Unidos, em pretensão de indenização pelas expropriações realizadas pelo México no início do século e na década de 30 e nunca aceitas por aquele país. As expropriações somente se justificariam se feitas por utilidade pública ou interesse social, com o pagamento de indenização pronta, justa e adequada. Os tratados entre Coréia e URSS, de 4-12-90 (art. 5); Austrália e Vietnã, de 5-3-91 (art. 7); EUA e Argentina (art. III) e EUA e Rússia, de 17-6-92 (art. III) contemplam aquela fórmula, dispondo que o valor dos investimentos deve ser avaliado com base no valor de mercado do dia anterior ao da desapropriação e que o pagamento deve ser pronto, adequado e justo. Essa fórmula foi repetida em cerca de 18 tratados celebrados pelos EUA com outros países, esperando-se a assinatura, em futuro próximo, de outros acordos, numa indicação precisa de que a antiga polêmica sobre o assunto encontra-se ultrapassada.

De fato, durante muito tempo, essa fórmula foi contestada, sobretudo pelos países que realizaram expropriações de empresas exploradoras de petróleo, nas décadas de 50 a 70, notabilizando-se as empreendidas pela Líbia e outros países árabes. Cuba e Chile, na América Latina, também se destacaram por terem feito nacionalizações de empresas norte-americanas, sem pagamento de indenização, contrariando a firme e decidida posição em contrário dos Estados Unidos e dos países exportadores de capital em geral<sup>1</sup>.

A Resolução nº 1.803, de 1962, da Assembleia Geral da ONU deu alento à tese de que as nacionalizações e expropriações somente poderiam ser fundadas em motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, garantindo-se ao proprietário uma indenização adequada, conforme as regras em vigor no Estado expropriante e em conformidade com o Direito Internacional. A Resolução prevê o esgotamento dos recursos judiciais internos e a arbitragem, se os países envolvidos assim concordarem. Essa Resolução contou com o apoio da quase totalidade dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, totalizando 87 votos favoráveis, contra apenas os votos da França e África do Sul, dela abstendo-se somente os países socialistas, em número de 12.

Já a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada pela Resolução nº 3.281 (XXIX), da Assembleia Geral da ONU, de 1974, alterou a orientação anteriormente esposada, prevendo o direito de o Estado expropriar – sem fazer menção a interesse social, defesa ou segurança nacional – e o pagamento de indenização “adequada”, segundo a legislação nacional (art. 2, c), deixando de invocar o Direito Internacional. Essa parte da Resolução foi tomada contra o voto dos países desenvolvidos, não se podendo, por isso, considerar alteração da anterior, que contou com apoio generalizado e que, portanto, é considerada como norma internacional geral. Consistiu a Carta, na verdade, na última etapa

<sup>1</sup> A irrisignação dos EUA com as nacionalizações feitas por Cuba, sem pagamento de indenização aos antigos proprietários norte-americanos, motivou a recente aprovação da lei Helms-Burton, que permite não só a proibição de entrada no território americano de nacionais de outros países que tenham adquirido bens expropriados, como, até, a propositura de ação nos EUA para reclamar do comprador o pagamento da indenização não-paga pelo governo cubano.

de um longo processo de reformulação dos princípios da Resolução nº 1.803 (XVII), com a ampliação do conceito de soberania pelos países em desenvolvimento, para abrigar não apenas as riquezas e recursos naturais, mas também as atividades econômicas exercidas dentro do país.

As discussões e controvérsias que geraram ambas as Resoluções são fruto dos episódios de nacionalizações e desapropriações que se verificaram na época, gerando grande insegurança nos investidores estrangeiros.

Daí o empenho de se firmarem acordos de garantia de investimentos, com regras sobre expropriações e pagamento de indenização e mecanismos de solução isentos. Dentro desse quadro, inclui-se o Acordo sobre Garantia de Investimentos entre o Brasil e os Estados Unidos da América, firmado em 4 de fevereiro de 1965, logo após o movimento militar que depôs o governo João Goulart, e que se destinou a assegurar aos investidores do outro país tratamento não-discriminatório do concedido aos nacionais. Foram excluídos das negociações e da solução arbitral disciplinada no Acordo “os assuntos que permaneçam exclusivamente dentro da jurisdição interna de um Estado Soberano”(art.VI, 3). Deixou-se claro, também, que “reivindicações decorrentes de desapropriação de bens de investidores privados estrangeiros não apresentam questões de Direito Internacional Público, a não ser e até que o processo judicial do País Recipiente tenha sido exaurido e se configure uma denegação de justiça, na forma em que tais termos são definidos no Direito Internacional Público”. O Decreto Legislativo nº 69, de 1965, que aprovou o Acordo, consigna a ressalva de que “por denegação de justiça, nos termos do art. VI, par. 3, entende-se: a inexistência de Tribunais regulares ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar da parte da autoridade competente; o retardamento injustificado da decisão judicial, com violação da lei processual interna”.

Esse acordo, firmado em plena época de nacionalizações causadoras de preocupação por parte dos países exportadores de capital, revela confiança dos Estados Unidos quanto ao regime jurídico brasileiro no que toca às desapropriações e ao pagamento de indenização. Não se incluiu no acordo a famosa fórmula de Cordell Hull sobre o pagamento pronto, adequado e efetivo. A única questão de Direito Internacional Público admitida foi a referência à “denegação de justiça”, definida na ressalva aposta pelo

Congresso brasileiro, não tendo ficado clara a aceitação pelos EUA.

Outros tratados firmados antes de 1990 não consignam aquele critério, como o celebrado entre Bélgica, Luxemburgo e Rússia, de 9-2-89, que se refere a pagamento “without delay”; o firmado entre a então República Federal da Alemanha e Polônia, em 10-11-89, que prevê indenização paga prontamente e não após 2 meses (art. 4.2), com supervisão judicial; e entre a República Federal da Alemanha e URSS, em 13-6-89, que prevê o pagamento de indenização sem demora (art. 4, n<sup>os</sup> 1 e 2).

Tais tratados, pode-se dizer, revelam a profunda alteração que se processou na ordem internacional, com o desmantelamento do sistema político-econômico da antiga União Soviética e em todo o bloco socialista do Leste Europeu, que se mostrou ansioso por investimentos do Ocidente. As antigas pretensões dos países do Terceiro Mundo, que deram nascimento à de instauração de uma nova ordem econômica internacional, também mudaram de foco, sobretudo ante a constatação da solidificação de blocos econômicos integrados, dos quais a União Européia é o exemplo mais eloqüente e que motivou, até, a aceitação, pelos EUA, da criação do bloco regional do Nafta, com o Canadá e México, e, no hemisfério sul do continente americano, a formação do Mercosul. A antiga discussão sobre nacionalizações, expropriações e indenização perdeu atualidade ante a nova realidade e, mais do que isso, ante a busca de investimentos, que a crise da dívida externa acabou por gerar.

Daí a facilidade com que tratados bilaterais têm sido firmados, com aceitação plena da fórmula imaginada por Hull e que tanta controvérsia provocou. De fato, desde 1986 até 1994, registram-se cerca de 714, dos quais 360 foram celebrados após o ano de 1990, além de outros 7 tratados multilaterais em vigor<sup>2</sup>.

O Brasil – que não é parte em nenhum desses tratados – não poderia ficar imune a esse movimento internacional e à intensa busca de capital, a que mesmo países desenvolvidos e altamente industrializados mostraram-se sequiosos. Embora tradicionalmente contrário a acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos estrangeiros, o Brasil resolveu, primeiramente, subscrever a convenção cons-

titutiva da Agência Multilateral de Garantia de Investimento (Miga) e, posteriormente, aprovou modelo de acordo para orientar negociações com outros países com o propósito de promover investimentos estrangeiros no país, em demonstração clara de interesse em filiar-se aos novos rumos da economia internacional. O artigo IV do modelo está assim redigido:

“Art. IV - Nacionalização e Desapropriação

1- A nacionalização, desapropriação ou qualquer outra medida de características ou efeitos similares que possa ser adotada por autoridades de um Estado Contratante ou de uma subdivisão política sua em relação a investimentos efetuados em seu território por investidores do outro Estado Contratante restringir-se-á aos casos de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social, conforme as disposições legais do Estado receptor do investimento.

2- A autoridade do Estado Contratante ou da subdivisão política que adotar alguma dessas medidas pagará ao investidor ou investidores do outro Estado Contratante, sem demora injustificada, indenização adequada”.

Essa disposição se concilia com a tradição jurídica brasileira. Efetivamente, as diversas Constituições brasileiras sempre reconheceram o direito de propriedade e o de indenização em caso de desapropriação, mediante regular processo judicial: a de 1891 impõe indenização prévia (art. 72, 17); a de 1934 prevê a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização (art. 113, n<sup>o</sup> 17); a de 1937, no art. 122, n<sup>o</sup> 14, repete a fórmula, o mesmo ocorrendo com a de 1946 (art. 141, § 16), a de 1967 e 1969 (artigos 153, § 22, e 161) e a vigente, aprovada em 1988, cujo art. 5<sup>o</sup> dispõe, em seu inciso XXIV, que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos” na Constituição.

O Decreto-Lei n<sup>o</sup> 3.365, de 21 de junho de 1941, recepcionado pela Constituição de 1988, regula o processo de expropriação, prevendo a intervenção judicial, a prévia indenização e a transferência da propriedade ao Estado apenas após o pagamento estipulado, com o valor apurado em perícia e avaliação dos bens

<sup>2</sup> Conforme levantamento reproduzido em *International Legal Materials*, v. 33, p. 33 (1994).

expropriados. Não se tem conhecimento, na tradição jurídica brasileira, de precedente de expropriação sem pagamento de indenização, salvo os casos de confisco decretados com apoio no famigerado Ato Institucional nº 5, que excluiu da apreciação judicial os atos nele fundamentados e que, no entanto, foi aplicado somente a brasileiros, em imputações de corrupção ou sonegação fiscal, nem sempre procedentes.

Se o Brasil não tem precedentes de nacionalizações ou desapropriações sem pagamento de indenização apurada em processo judicial regular com ampla garantia do contraditório, no que concerne aos investimentos estrangeiros, também não se registram impedimentos ou óbices que os restrinjam, salvo em determinadas áreas e setores restritos a nacionais pela Constituição, tal como ocorre em outros países. A Lei nº 4.131, de 1962, assegura o repatriamento dos investimentos e reinvestimentos registrados no Banco Central do Brasil, bem como o pagamento de juros e de regalias, não exigindo autorização oficial para o ingresso de investimentos estrangeiros no país. Vigente há mais de 30 anos, essa lei permitiu a entrada livre de substancial volume de recursos do exterior, responsáveis pela implantação da indústria automobilística, de grande expressão, e de outras atividades igualmente relevantes.

Por último, não se pode dizer que o Brasil tenha adotado a doutrina Calvo, a exemplo da Argentina e Peru, entre outros países latino-americanos, preocupados com a proteção diplomática concedida a estrangeiros no passado e os efeitos da intromissão em assuntos internos. O Brasil tem tradição de país que assegura aos estrangeiros plena proteção judiciária e não-discriminatória, até mesmo pela diversidade de origem de seus nacionais, em grande parte descendentes de europeus emigrados em épocas de fome e infortúnio.

Essa característica tem permitido o aporte regular de investimentos estrangeiros no país, independentemente de tratado ou garantia já assegurada pela Constituição e pelas leis e regulamentos brasileiros. É certo que, com a crise da dívida externa, que afetou muitos países em consequência da crise do petróleo, o Brasil foi forçado a decretar moratória, sem, no entanto, repudiar a dívida, a exemplo do que já fizera no passado, por ocasião da proclamação da república. A moratória constituiu providência regular, não-discriminatória e tomada em momento de dificuldades notórias na balança

de pagamentos, sem representar política de discriminação contra o estrangeiro. O reconhecimento dessa dificuldade momentânea – e não de adoção de política preconcebida – permitiu, superada ou contornada a dificuldade, a renovação da confiança no país, retratada nos diversos investimentos de que se tem notícia, à margem de qualquer entendimento oficial sobre proteção e tratamento de investimentos estrangeiros.

Por isso, a assinatura de tratados de promoção e de proteção de investimento chegaria a causar estranheza, não fossem os novos rumos que tomaram as relações econômicas internacionais. Não fosse essa circunstância, poder-se-ia concluir que os tratados colocariam o país no rol dos que, por precedentes ou conduta, tenham discriminado o investidor estrangeiro ou feito nacionalizações sem pagamento de indenização, prejudicando-lhe injustamente a imagem; e, de outro lado, que teriam ignorado a força de atração do país, dotado de população consumidora de mais de 50 milhões de pessoas, com volume de investimentos feitos sem cobertura de qualquer tratado internacional, mas tão-somente amparados na ordem jurídica nacional, com estrutura similar à dos países desenvolvidos e exportadores de capital, para os quais tais tratados não são cogitados.

Contudo, como se assinalou, o número expressivo de tratados bilaterais de promoção e garantias de investimentos celebrados por terceiros países justifica, e até mesmo aconselha, que o Brasil não fique de fora do rol dos países dispostos a conceder tais garantias, demonstrando à comunidade internacional sua disposição em comprometer-se a dar efetividade aos preceitos de sua Lei Maior.

Feitas essas considerações de caráter geral, é oportuno destacar alguns dos tópicos dos tratados celebrados pelo Brasil que merecem atenção.

O primeiro se refere ao pagamento de indenização *imediate, adequada e efetiva*, já assegurada pela Constituição brasileira que a requer prévia, com avaliação judicial em procedimento com participação do expropriado e observância do princípio do contraditório. Tal pagamento, no entanto, estará sujeito aos dispositivos constitucionais, como o art. 182, cujo parágrafo 4º faculta ao poder público municipal exigir do proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob

pena de, entre outras medidas, desapropriação, com pagamento de títulos da dívida pública. Essa faculdade constitucional pode ser considerada prejudicada pelos termos gerais dos tratados, que não a ressalvam. O mesmo se diga relativamente ao art. 184, que prevê a desapropriação por interesse social de imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização, porém em títulos da dívida agrária, resgatáveis em longo prazo. É de se lembrar que a Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, disciplinou o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural.

Tanto no regime dessa lei, quanto no do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, a declaração de utilidade pública ou de interesse social não interfere com o direito de propriedade do dono do bem. A transmissão do domínio somente se dará com o cumprimento da sentença judicial que fixar o valor da indenização. Diz o art. 29 do Decreto-Lei nº 3.365/41:

“Art. 29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis”.

O art. 17 da Lei Complementar nº 76/93 é similar:

“Art. 17. Efetuado o levantamento, ainda que parcial, da indenização ou do depósito judicial, será ratificada a imissão de posse e expedido, em favor do expropriante, no prazo de dez dias, mandado translativo do domínio, para registro no Cartório de Registro de Imóveis competente, sob a forma e para os efeitos da Lei de Registros Públicos”.

O pagamento da indenização, por sua vez, está sujeito à norma do artigo 100 da Constituição que determina que, “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 de créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim”.

Há, como se percebe, um descompasso entre o regime jurídico da desapropriação no direito brasileiro e o estabelecido nos tratados celebra-

dos pelo país, que interfere com a segunda parte importante dos assuntos neles regulados e que diz respeito à arbitragem, facultada ao investidor estrangeiro – e não ao Estado.

Antes, contudo, de abordar essa questão, há que se indagar se o regime estabelecido nos tratados, de pagamento pronto e imediato, pode ser entendido como exceção à regra constitucional da observância da ordem cronológica dos precatórios. Se considerarmos que a desapropriação, com a transmissão do domínio do bem, somente pode ocorrer com o prévio pagamento da indenização, não teria aplicação aquela norma, pois os precatórios versam sobre créditos contra a Fazenda Pública, que existiriam nas desapropriações, somente efetivadas após o pagamento. Esse o regime constitucional e legal a que estão submetidas, como se salientou. Contudo, como se sabe, a proteção legal da propriedade nem sempre é observada pelo Judiciário, que pode conceder a imissão liminar da posse ao Poder expropriante, em casos de urgência, sem o pagamento integral do valor do bem, ficando o interessado à mercê de longo processo judicial para sua apuração mediante perícia. Nesse caso, o expropriado fica sem a posse e fruição de sua propriedade e sem o pagamento devido, aguardando sua vez na ordem cronológica dos precatórios. Os pedidos de intervenção estadual ou federal em Municípios e Estados pelo não-cumprimento de decisões judiciais em processos de desapropriação se acumulam nos Tribunais de Justiça dos Estados e no Supremo Tribunal Federal, sem solução. E se há esse remédio relativamente a Municípios e Estados – de resto inoperante, na prática –, quando se trata da União, nem esse recurso teórico existe.

Assim, não obstante o regime jurídico brasileiro assegure a indenização prévia nas desapropriações, a dinâmica das administrações públicas municipais, estaduais e federal, com o beneplácito – ou conivência – do Judiciário, torna-as muitas vezes abusivas.

A controvérsia sobre o valor da indenização pode ser submetida à arbitragem, não restando dúvida sobre o assunto. Contudo, somente com o cumprimento da decisão judicial, ou seja, com o pagamento, é que a propriedade é transmitida, salvo, é claro, nos casos de desapropriação amigável, em que o valor ofertado é aceito pelo expropriado, com o pagamento do preço e simultânea transmissão voluntária do domínio para o Poder expropriante.

Tal como regulado nos tratados, o investidor poderá submeter a controvérsia sobre o montante da indenização à arbitragem. Se a desapropriação se processa de forma amigável, a definição do montante da indenização poderá ser deixada aos árbitros, que procederão à avaliação dos bens expropriados. Sobre o assunto, é de se notar importante precedente do Supremo Tribunal Federal, na decisão sobre a validade do laudo arbitral proferido por árbitros privados para determinar o valor dos bens da família Lage, incorporados, durante a Segunda Guerra, ao patrimônio nacional sem pagamento de indenização. A Suprema Corte brasileira reconheceu não só a legitimidade do juízo arbitral para avaliar os bens, como a possibilidade de a União participar de arbitragem privada (vide *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 68, p. 383-384).

Quando o Estado exerce sua prerrogativa de, coativamente, impor a desapropriação, a definição do valor da indenização será feita no curso do processo judiciário, indispensável para que se torne efetivo o ato do Estado, como previsto nas leis sobre a matéria. Em outras palavras, não há desapropriação sem o devido processo judiciário que fixe o valor da indenização, a forma de pagamento – sempre em dinheiro, ou, em casos especiais previstos na Constituição, em títulos da dívida pública ou agrária – e a transmissão do domínio dos bens expropriados após o pagamento. Nada impede, contudo, que o processo termine mediante transação (art. 269, III, do CPC), submetendo as partes ao juízo arbitral a determinação do montante da indenização. Assim, a ação judicial não fica paralisada, mas termina, com sentença de mérito, transmitindo o domínio do bem expropriado ao Estado, após o pagamento da indenização que vier a ser fixada pelo tribunal arbitral. É importante notar que o juízo arbitral destina-se unicamente a estabelecer o montante da indenização – e não a apreciar os fundamentos da desapropriação, de competência exclusiva do Estado.

Outra maneira de focalizar a questão diz respeito à vigência do tratado, derogador da lei nacional.

Os tratados de promoção e proteção de investimentos firmados pelo Brasil não contrariam a Constituição, antes dão-lhe cumprimento, conforme art. 5º, XXIV, como se salientou, pois asseguram o pagamento de indenização ao expropriado, em processo judicial regular ou mediante arbitragem.

A diferença de tratamento entre a lei interna e o regime dos tratados deve ser analisada sob o prisma das relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional. No Brasil, o tratado tem a mesma hierarquia da lei, sendo por esta revogado e, se posterior, revoga-a ou a derroga. Esta a orientação adotada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em v. Acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 83, p. 809<sup>3</sup>.

Sendo assim, os tratados, sendo posteriores à lei sobre desapropriação, prevalecem, e suas disposições vigoram para os nacionais dos países signatários. E, mesmo que outra lei venha a ser editada, dispondo de forma diversa, aplicar-se-ia o princípio de que a lei geral não revoga a especial (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, estabelecendo parâmetro a ser seguido:

“O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal.

Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado.

Subsistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor”<sup>4</sup>.

Essa orientação, como se infere, permitirá que os tratados possam ser cumpridos no país, sem necessidade de edição de lei que os incorpore à legislação brasileira. As disposições que eventualmente não se ajustem à normativa interna prevalecerão, por serem de caráter especial, não afetadas, portanto, pela lei de caráter geral.

<sup>3</sup> A ementa desse Acórdão está assim redigida: “Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito brasileiro, não se sobrepõe às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória, em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título”.

<sup>4</sup> Recurso Especial nº 58.736 MG (95.0000670-7), Relator Ministro Eduardo Ribeiro, 13 de dezembro de 1995.