

5. Conclusão

O acordo do Nafta é consistente com o atual sistema econômico internacional, altamente competitivo, no qual os Estados se esforçam para gerar as melhores condições – infra-estrutura desenvolvida, legislação trabalhista flexível, estabilidade econômica e política etc - para a atração de investimentos estrangeiros.

Neste sentido, o objetivo das regras sobre investimento presentes no capítulo XI do Nafta é justamente, segundo os negociadores do acordo, aumentar o fluxo de capital entre os membros, ao criar um conjunto de garantias amplas aos investidores e corporações, aumentando assim a confiança destes em investir em terceiros países.

Vale notar que tais regras foram estabelecidas segundo o interesse dos investidores norte-americanos, que buscavam garantir um ambiente de investimentos mais seguro para seus negócios, principalmente no México. Antes do Nafta, vigorava no México a Doutrina Calvo (prevista constitucionalmente), segundo a qual todos os remédios jurídicos existentes no Estado hospedeiro devem ser acionados pelo investidor estrangeiro que se considere prejudicado por uma ação deste, antes que o investidor possa buscar remédios internacionais contra o Estado hospedeiro. A partir da implementação das regras do Nafta, esta situação mudou, beneficiando os investidores estrangeiros.

Como vimos, o interesse mexicano e canadense no Nafta reside basicamente na idéia de que o aumento da confiança dos investidores, que são em sua maioria norte-americanos, influencia positivamente o fluxo de investimento estrangeiro direto para a região, aumentando assim seu desenvolvimento econômico. Tem-se, pois, um entendimento de que existe uma relação direta entre a confiança do investidor e o desenvolvimento econômico.

Entre as medidas para garantir a confiança do investidor está a criação de regras que lhe permitem processar diretamente o Estado-Parte em que se localiza seu investimento, caso este viole alguma das obrigações contraídas no âmbito do Capítulo XI, em busca de compensação pela violação ou remoção da medida violadora.

Assim, é permitido ao investidor desafiar regulações e legislações nacionais, quando estas de alguma forma violam as regras do Capítulo XI, fazendo com que os

Estados hospedeiros tenham que calcular o custo de oportunidade de levar adiante a implementação da medida supostamente violadora do acordo, sob pena de ver-se obrigado a pagar vultosas indenizações ao investidor.

Para ilustrar a idéia de que as regras do Capítulo XI do Nafta beneficiam principalmente os investidores norte-americanos, vale observarmos algumas estatísticas. Segundo dados da UNCTAD, em 2001, 90% dos investimentos estrangeiros diretos no Canadá eram de origem estadunidense (cerca de 39 bilhões de dólares canadenses, num total mundial de 43 bilhões de dólares canadenses). Ainda, segundo Relatório divulgado no *site* oficial do governo canadense¹, “the US has been the dominant source of foreign direct investment (FDI) so far in the 1990s...approximately 70% of cumulative net FDI flows to Canada in the 1990s originated from the US”.

Neste mesmo ano, 26 bilhões de dólares entraram no México como investimento estrangeiro direto, sendo 20 bilhões provenientes dos EUA (77%), e 980 milhões do Canadá (3,7%). Numa média entre os anos de 2001 e 2002, o México recebeu 17 bilhões de dólares em IED, e enviou 907 milhões de dólares, o que representa 5% do total recebido pelo país. O México é, de fato, um importador de capital, enquanto os Estados Unidos e o Canadá são importadores e exportadores de capital.

Ainda, segundo Guille (2002, pág.6), “ the relative position of ...Mexico in accumulated FDI in the United States....continues to be insignificant; 0,2% of the total FDI placed in the United States”. Enquanto isso, “ the US’s FDI in Canada and Mexico increased significantly between 1990 and 2000...in the case of the former, FDI stock from US almost doubled during the last decade...in the case of Mexico, the increase is much more marked... with the increase of FDI more than tripling from the 10.3 billion dollars to 35.4 billion dollars...” (pág.6).

De fato, segundo Relatório do Governo Mexicano²¹, os Estados Unidos são a principal fonte de IED para o México. Entre 1994 e o primeiro semestre de 2003 o investimento acumulado procedente deste país subiu para 78,363 bilhões de dólares, equivalente a 66,5% dos fluxos recebidos nesse período. As tabelas em anexo (anexo 3, 4 e 5) ilustram a origem do investimento estrangeiro direto dos três EPs do Nafta.

¹ Disponível em http://www.mexico.org.br/economia/Boletim_Nov2003.doc.

Tais tabelas mostram que os Estados Unidos são o principal investidor estrangeiro direto tanto no Canadá quanto no México; o Canadá investe um montante residual no México e um montante considerável nos Estados Unidos. O México, por sua vez, é mero Estado receptor de investimentos dos outros dois EPs, sendo absolutamente residual os investimentos mexicanos nestes.

Não é o escopo da dissertação discutir os benefícios do aumento de investimentos estrangeiros diretos para os EPs, especialmente Canadá e México; os dados supracitados são relevantes pois mostram que os principais beneficiários das amplas garantias dadas pelo Capítulo XI do Nafta são os investidores americanos, cujos negócios estão amplamente presentes no México e Canadá.

Outro fato que demonstra a influência do capital privado norte-americano na composição do acordo é o fato das regras sobre investimento nele contidas serem cópias daquelas existentes nos tratados bilaterais de investimento celebrados pelos EUA. Segundo Ganguly (1999), os Estados Unidos estão liderando o abandono do sistema tradicional em que apenas o Estado poderia representar o nacional perante outro Estado, tendo assinado vários acordos bilaterais contendo o mecanismo de disputa investidor-Estado.

Da mesma forma, as interpretações das regras têm sido feitas, pelos árbitros internacionais, de acordo com o que preceitua a legislação norte-americana sobre expropriação e compensação. Ainda, cabe lembrar, conforme destaca Noronha, que os Estados Unidos não prevêm a aplicação automática das regras contidas nos acordos por eles ratificados, ficando os outros EPs dependendo da discricionariedade do governo norte-americano quanto ao respeito ao que foi acordado.

Apesar de haver alguns casos de arbitragem contra o governo norte-americano, pode-se perceber pelo balanço de casos analisados que os governos mexicano e canadense são os principais alvos das arbitragens internacionais até hoje estabelecidas no âmbito do Capítulo XI do Nafta.

Tendo em mente as decisões dos tribunais arbitrais no caso da Ethyl vs Canadá e Metalclad vs México, percebe-se que os EPs estarão limitados em sua capacidade de regular dimensões cruciais da atividade estatal, tais como meio ambiente e saúde pública. Assim, se por um lado atrai investimentos, pois amplia os direitos dos investidores, as regras do Nafta têm criado situações novas para os EPs, que agora se encontram diante de uma real limitação de sua capacidade de regular as atividades tradicionalmente reguladas pelo Estado.

Tem-se, pois, uma substancial restrição de sua soberania, já que os investidores possuem uma capacidade ilimitada para oferecer reclamações diante de um tribunal arbitral. O mecanismo de disputa entre o investidor e o Estado faz com que o interesse do primeiro seja uma variável tão importante no cálculo e tomada de decisões do governo hospedeiro quanto o é o interesse público, em nome do qual os Estados têm a legitimidade para legislar. O caso Ethyl mostra a capacidade, adquirida pelo investidor, de influenciar a agenda legislativa do Estado em que o investimento se localiza.

Assim, tem-se que o Nafta inova em diversas frentes, alterando a forma com que Estado e empresa se relacionam: revoga a Doutrina Calvo, pois permite ao investidor acionar diretamente um tribunal arbitral internacional em busca de recompensa por uma ação estatal que lhe traga prejuízos, sem que seja necessário exaurir as possibilidades legais locais; permite aos investidores processarem os Estados hospedeiros sem consultar seu Estado de origem, que, segundo a lei internacional tradicional, deveria representá-lo na disputa; amplia os direitos materiais dos investidores, garantindo uma série de benefícios a estes; amplia o conceito de expropriação de tal forma que o limite entre esta e a atividade regulatória do Estado tornam-se de difícil mensuração; e colocam nas mãos de árbitros internacionais, especialistas em comércio internacional, a interpretação e aplicação das regras do acordo, de forma que outras dimensões da atividade econômica e social dos Estados não são contempladas.

Destas inovações surge o desafio aos EPs, que passam a ser limitados em sua capacidade de regular, em troca da criação de um ambiente atrativo aos investidores. Como os investimentos são em sua maioria de origem estadunidense, tem-se que os EPs que mais sofrerão restrições em sua soberania são o México e o Canadá.

A aplicação generalizada destas regras sobre investimento em tratados bilaterais e multilaterais pode vir a gerar um regime internacional sobre investimentos (como já se tentou fazer através do MAI) em que os interesses destes estarão amplamente preservados, em detrimento do poder de ação do Estado.

Camilleri (1992) fala em erosão da soberania dos Estados como consequência da globalização. O que se pretendeu mostrar aqui é que as regras contidas no Capítulo XI do Nafta representam uma erosão da soberania dos EPs, principalmente México e Canadá, por força de um projeto hegemônico estadunidense e não por força da atuação genérica da globalização. Para se compreender tal afirmação é preciso

considerar a discussão levantada no Capítulo 1, qual seja, a retomada da hegemonia norte-americana na década de 80 (Tavares e Fiori, 1997) e sua transformação, de hegemonia benevolente, em hegemonia coercitiva (Gilpin, 1989).

No caso da integração sul-americana, as condições estão dadas para resolver os conflitos pela via da negociação. A decisão de levar um caso a arbitragem envolve, muitas vezes, considerações de ordem política, dada a importância dada ao relacionamento bilateral entre os sócios do Mercosul.

No que diz respeito aos particulares, a decisão de abrir uma controvérsia é, em última instância, política. Nem todas as controvérsias abertas pelo Brasil foram solicitadas pelo setor privado, mas todas envolviam interesse do setor privado e as duas que chegaram a tribunal arbitral envolviam demanda do setor privado - embora não se possa dizer que a abertura de arbitragem tenha sido apenas por causa do pedido privado.

Na avaliação do Governo sobre abrir ou não controvérsia e, posteriormente, levar o caso a tribunal arbitral, contam diversos fatores, como avaliação jurídica do caso, importância econômica da prática contestada, alternativas de ação, consequências sistêmicas da prática (de que forma afeta o processo de integração do Mercosul) etc.

Assim, é possível perceber que o tratamento dado ao particular em um e outro acordo é diferente: enquanto o Nafta garante amplos direitos aos investidores estrangeiros através de regras expansivas e um mecanismo que não depende da atuação do Estado de origem do investidor, o Mercosul subordina os interesses do setor privado aos interesses dos Estados-membros, reforçando o sistema tradicional de solução de controvérsias pela via diplomática.

A ênfase dada às negociações multilaterais para solução de controvérsias no Mercosul é uma diferença fundamental com relação ao Nafta; o Mercosul representa um esforço de fortalecimento dos Estados-Parte diante da globalização e aumento da competitividade internacional, podendo ser considerado um projeto contra-hegemônico, em que o equilíbrio e harmonia política entre os membros é fundamental para seu sucesso. Assim, justifica-se a opção por um mecanismo de solução de controvérsias em que o Estado é elemento-chave, estando os particulares subordinados aos interesses daqueles.

Tanto o Nafta quanto o Mercosul foram criados no início dos anos 90, diante, pois, de um mesmo contexto internacional. Este, porém, trazia significados

diferenciados para os futuros membros de um e outro acordo. Para os membros do Mercosul, a iniciativa de integrar-se representava um esforço para criar complementaridades e interdependência na região, como forma de fortalecer as economias regionais diante de uma economia mundial cada vez mais competitiva, globalizada e regionalizada.

Para os membros do Nafta o acordo tinha significados distintos, mas de uma forma geral o mesmo foi criado para regular a interdependência já acentuada da região, garantindo aos investidores estrangeiros um ambiente seguro.

Em ambos os casos as condições de demanda por instituições estavam presentes; no primeiro caso, as condições de oferta das mesmas eram fracas, e no segundo, as condições foram determinadas pelo sócio mais poderoso, os EUA, que determinou a direção geral do acordo. Estas condições de oferta, por sua vez, ajudam a explicar as características institucionais de um e outro acordo, bem como seus mecanismos de solução de controvérsias e os direitos e faculdades que um e outro oferecem ao setor privado e investidores.

Por fim, cabe mencionar que, recentemente, em 23 de março de 2004², foi retirado da pauta de votação do Congresso brasileiro o Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos provenientes de Estados não-membros do Mercosul, assinado em 1994 pelos quatro membros do Mercosul. Este Protocolo já foi aprovado pelos outros três membros do Mercosul, faltando apenas a aprovação pelo Congresso brasileiro para que entre em vigor.

O Protocolo prevê a utilização de tribunais arbitrais internacionais (da OMC ou tribunais ad hoc) para dirimir disputas entre os Estados e os investidores estrangeiros, numa versão do Capítulo XI do acordo do Nafta. Tanto o Protocolo quanto o Capítulo XI retiram o poder do judiciário nacional de ser o único legítimo para interpretar a legislação interna e resolver disputas entre governos e empresas, pois garante ao investidor o direito de decidir, unilateralmente, apelar para um tribunal internacional, em detrimento da justiça local.

A diferença entre este Protocolo e o Capítulo XI do Nafta é que o primeiro prevê garantias para investimentos de Estados não membros do Mercosul, numa tentativa de oferecer um ambiente atrativo para os mesmos, enquanto o Nafta prevê garantias para os investimentos dos Estados-Parte.

² Notícia publicada no jornal Folha de São Paulo de 24/03/2004, página B-8.

Vale lembrar que os EUA tentaram incluir o teor do Capítulo XI do Nafta, tendo encontrado oposição do Brasil. Sendo ratificado o Protocolo no âmbito do Mercosul, os EUA não mais precisariam se preocupar com o tema no Brasil. A resistência do Brasil em ratificar o Protocolo no âmbito do Mercosul e em aceitar a introdução das regras do Capítulo XI do Nafta na Alca se justifica na medida em que, como vimos, a atração de investimentos estrangeiros via concessão de amplas garantias aos mesmos pode significar perda de capacidade regulatória do Estado, i.e, restrição de sua soberania.