

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO SETEMBRO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 119

O controle pelo Estado da atividade internacional das empresas privadas

JOSE CARLOS DE MAGALHÃES

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP

SUMÁRIO

1. *Pretensões e conflitos de interesses.* 2. *Pretensão de regular a atividade internacional das empresas privadas.* 3. *Pretensão de controle das exportações de investimentos.* 4. *Pretensão de retorno de lucros.* 5. *Pretensão de controle do ingresso de investimentos estrangeiros.* 6. *Pretensão de desenvolvimento.*

1. *Pretensões e conflitos de interesses*

Na organização jurídica internacional, em que cada Estado exerce jurisdição em seu território e sobre seus nacionais, devendo respeitar a jurisdição, dos demais, não é fácil para nenhum, isoladamente, legislar para uma entidade fragmentada em tantas quantos são os Estados em que operam, como é o caso da denominada empresa multinacional, ou transnacional, na nomenclatura da ONU.

Nesse contexto é útil examinar quais as pretensões dos Estados manifestadas em leis e regulamentos, ou na área internacional, em declarações ou proposições sobre as atividades dessas empresas. Diferentes elas se apresentam, de acordo com a posição de cada Estado em relação ao investimento direto, se exportador de capitais, e portanto, sede real do complexo multinacional, ou importador, onde as subsidiárias se localizam. Tal critério é adotado para descrever as pretensões diversas que surgem relativamente ao assunto e as resistências conseqüentes que dão nascimento a conflitos de interesse para os quais o direito internacional nem sempre dispõe de normas que possibilitem solução.

O termo pretensão é aqui empregado no seu sentido técnico-jurídico de pedido endereçado à autoridade internacional, manifestando um interesse que se quer ver protegido¹ pelo direito. Assim, pretensão dos Estados é referida

¹ Nesse sentido, por exemplo, a célebre definição de CARNELUTTI, para quem lide é o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida. *Diritto e Procedimento*, Napoli, 1958, p. 54.

no sentido de interesse, cuja proteção e reconhecimento são pleiteados como legítimos perante o direito internacional. Autoridade internacional é aquela capaz de tomar decisões de caráter internacional que se traduzem em fontes de direito internacional. Assim, a Corte Internacional de Justiça, as Organizações Internacionais e Tribunais Arbitrais são autoridades internacionais, como o são também os chefes de Estado e autoridades governamentais, cujos atos vinculam os Estados e lhes impõem obrigações, produzindo efeitos internacionais.

2. *Pretensão de regular a atividade internacional dos complexos empresariais como unidade jurídico-econômica*

Tradicionalmente os Estados julgam ser de sua exclusiva competência a concessão de nacionalidade às pessoas jurídicas adotando, como critérios principais, o local da constituição da sociedade ou o local onde se situa sua sede. A esses critérios, junta-se a pretensão, comum em épocas de guerra, de considerar a nacionalidade do grupo majoritário ou do grupo que exerce o controle acionário. Assim, a nacionalidade dos acionistas ou do grupo dominante é que determinaria a nacionalidade e também a lei aplicável à empresa.

Em épocas de guerra, a relevância da questão liga-se, especialmente, à expropriação de bens de inimigos e do controle de atividades de nacionais no território do Estado. A Inglaterra, no caso *Daimler Co. v. Continental Tire & Rubber Co.*, considerou inimiga a empresa organizada na Inglaterra e, portanto, inglesa de acordo com a lei então vigente, pelo simples, mas importante, fato de que era controlada por alemães, seus proprietários². A mesma orientação foi tomada no Tratado de Paz assinado com a Itália, onde a nacionalidade dos proprietários ou do grupo majoritário da empresa foi considerada como determinante de sua nacionalidade, não obstante o lugar da constituição fosse a Itália, e, portanto, italiana, de acordo com o critério adotado nesse país³.

Os Estados Unidos, tradicionalmente adeptos do critério da nacionalidade da pessoa jurídica segundo o local de sua constituição⁴, consideraram preponderante a nacionalidade dos acionistas, quando o México expropriou as empresas de petróleo controladas por norte-americanos⁵. A lei mexicana conferiu a nacionalidade do México àquelas sociedades, constituídas no país. A falta de pagamento de indenização pelas expropriações feitas deu nascimento à pretensão dos Estados Unidos de proteger interesses dos acionistas, pessoas naturais de nacionalidade norte-americana. Não obstante a lei mexicana outorgasse a nacionalidade da pessoa jurídica segundo o local de sua constituição,

² Vide HENRICH KRONSTEIN, *The Law of International Courts*, — Cornell University Press, 1973, p. 257.

³ Tratado de Paz, 10 de fevereiro de 1947 UNTS I pp. 161-3. Vide também KRONSTEIN, nota 2, p. 259.

⁴ 266 US 457 (1925). A decisão do caso *Behn-Meyer & Co.* constitui manifestação dessa orientação.

⁵ Cf. KRONSTEIN, nota 2, p. 257. Vide também KRONSTEIN, *The Nationality of International Enterprises*, 52 *Columbia Law Review* 983 (1952), p. 986.

os Estados Unidos consideraram aquelas sociedades como americanas para legitimá-las a postular a indenização não paga⁶.

A pretensão de conferir nacionalidade a pessoas jurídicas e regular-lhe os atos mereceu certa relevância com o aparecimento da organização empresarial assentada em diversos países.

A realidade econômica prevalece sobre a organização formal da empresa, procurando-se identificar as vinculações efetivas com os países onde opera, legitimados a regular-lhes as atividades locais.

Os chamados "paraísos fiscais", sede formal de importantes complexos, conferem-lhes nacionalidade que tende a ser contestada pela falta do *genuine link* da empresa com o país⁷.

A nacionalidade de navios tem sido por vezes impugnada, sob o fundamento de falta de vinculação efetiva entre países que concedem registros de conveniência e os efetivos interesses econômicos das companhias deles proprietários, cujos acionistas são nacionais de terceiros Estados, onde se situa o centro de suas atividades. Formalmente nacionais dos países de registro, como acordado no Tratado de Genebra de 1958⁸, tais empresas são, no entanto, consideradas americanas pelos Estados Unidos, para efeito de sujeitar seus navios à requisição em épocas de emergência nacional.

As pretensões de conferir nacionalidade às empresas que exibem diversas pessoas jurídicas em sua estrutura econômica toma variadas formas e mostra-se complexa em sua formulação.

A denominada empresa multinacional, ou transnacional, não existe como entidade jurídica reconhecida por instrumentos jurídicos próprios. Constitui complexo de sociedades de diversas nacionalidades sujeitas a diferentes leis, mas interligadas entre si constituindo uma unidade econômica definida e clara, perfeitamente indetectável. É essa realidade econômica que se pretende regular por meio de leis nacionais, que passam a ter efeitos extraterritoriais ao serem aplicadas às diversas unidades jurídicas que compõem o complexo empresarial.

6 A controvérsia, iniciada em 1938, terminou em 1941, após intensas negociações diplomáticas que resultaram num acordo, segundo o qual o México pagou 24 milhões de dólares, em prestações. Cf. STEINER and VAGATH. *Transnational Legal Problems*, The Foundation Press 1968, p. 323.

7 A apreciação do "genuine link", relativamente a pessoa física, foi feita pela Corte Internacional de Justiça na decisão do caso *Nottebohm v. Guatemala* e invocado, sem sucesso embora, no caso *Barcelona Traction*.

8 E de se notar, entretanto, que a convenção adotou o critério da vinculação efetiva com o país de registro, como se vê no artigo 5: "Cada Estado deverá estabelecer as condições para outorga de nacionalidade aos navios, para o registro de navios em seu território e para o direito de ostentar sua bandeira. Os navios terão a nacionalidade do Estado cuja bandeira são legitimados a ostentar. É necessário que haja vinculação real entre o Estado e o navio; em particular, o Estado deve exercer sua jurisdição e controles efetivos sobre os navios de sua bandeira em assuntos administrativos, técnicos e sociais".

Cf. STEINER and VAGTZ, *nota 6*, p. 865. Esses autores informam que os Estados Unidos se opõem ao requisito da vinculação efetiva entre o navio e o país de registro, para atender conveniências de política nacional interna, qual seja a de defesa dos armadores americanos, que sustentam não teriam condições de competir com armadores estrangeiros, em face dos pesados ônus fiscais e salariais impostos pelas leis fiscais e trabalhistas a que estariam obrigados se suas empresas fossem consideradas americanas.

No âmbito interno, a perquirição da realidade tem por objeto evitar fraudes por empresas sem substância, criadas para burlar o fisco ou delimitar responsabilidades, cumprindo às autoridades governamentais e Tribunais ignorar as pessoas jurídicas formais e considerar a rede de sociedades interligadas, como entidade econômica única. Nos Estados Unidos, como no Brasil, os Tribunais têm freqüentemente tratado duas ou mais sociedades como se uma só fosse, aplicando a teoria do *disregard of legal entity*. Essa teoria tem sido aplicada em maior profundidade e extensão em países de direito codificado, como a Alemanha que, com a lei de companhias interligadas (*konzernrecht*) de 1965, introduziu um sistema que define a empresa como uma rede de múltiplas entidades, dentro de uma estrutura⁹. Essa orientação fundamenta a pretensão de impor leis nacionais da matriz às subsidiárias estrangeiras, sediadas em outros Estados.

Assim, a sujeição da matriz às leis locais obriga também as subsidiárias no exterior, não obstante subordinadas a outras ordens jurídicas e com outras nacionalidades. O que prevalece, nessa pretensão, é a unidade econômica da empresa, integrada por diversas pessoas jurídicas.

Da mesma forma, a citação judicial de uma filial, para responder a uma ação antitruste, seria suficiente para submeter à jurisdição dos Tribunais americanos a matriz sediada no exterior, tal como aconteceu no caso *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center*¹⁰.

O acolhimento dessa orientação tem motivado a aplicação de leis nacionais com efeitos extraterritoriais, atingindo especialmente as empresas com subsidiárias ou filiais no exterior. As leis antitruste, sobre comércio com países inimigos, sobre controles de exportação de capitais e de investimentos ou regulamentos da atividade bancária, quando aplicados a tais empresas, consideradas como unidade econômico-jurídica, acabam por ter efeito extraterritorial, conferindo jurisdição sobre atos iniciados e consumados no exterior, sob o amparo da lei local. A área de conflito é evidente, e a resistência a essa pretensão é notória, como ocorreu no caso *ICI x Dupont*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou, sem sucesso, o desfazimento de contrato entre a firma inglesa *Imperial Chemical Industries* e sua subsidiária na Inglaterra.

No Brasil, essa tendência tomou corpo, notadamente em matéria de direito processual internacional. O Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 88, considera domiciliada ou sediada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver filial, sucursal ou agência, relativamente aos atos

⁹ Cf. YITZAK HDARI, *The Structure of the Private Multinational Enterprise* in 71 *Michigan Law Review*, vol. 71 — p. 729 (1973).

Vide também HENRICH KRONSTEIN, *The Law of International Cartels*.

¹⁰ 133 F. Supl. 40. O mesmo ocorreu em *United States v. Sophony Co.* 333 US 795 (1946).

por eles praticados. O Supremo Tribunal Federal tem admitido, como válida, até a citação feita em representantes comerciais ou agentes de sociedades estrangeiras, com personalidade jurídica própria, de acordo com as leis brasileiras e, portanto, sem qualquer poder de representação legal^{10-A}.

3. Pretensão de controle das exportações de investimentos

A escolha de áreas prioritárias no exterior e a distribuição geográfica dos recursos exportados são de interesse vital para as relações internacionais do Estado exportador. Da mesma forma, os investimentos em países inimigos ou adversários são desincentivados ou até mesmo proibidos de modo formal.

Geralmente têm-se estimulado investimentos em áreas estratégicas, em cujo desenvolvimento o Estado está particularmente interessado, por meio de medidas de caráter fiscal, que atuam como incentivos a empresas interessadas. Exportadores de investimentos, os Estados Unidos fornecem exemplos da O.P.I.C. (*Overseas Private Investment Corporation*), criada para facilitar e incentivar investimentos diretos em países em desenvolvimento. Da mesma forma, a *Western Trade Hemisphere Corporation* representava apoio governamental ao comércio com países latino-americanos. Em contraposição, a lei sobre o comércio com o inimigo americana (*The Trading With the Enemy Act*) impede os investimentos americanos em áreas interdidas pelo governo.

As primeiras companhias a agir no exterior eram geralmente instrumentos dos países exportadores de capital e exerciam uma atividade quase que diplomática em favor do Estado de onde provinham. A *East Indian Co.* é exemplo clássico. O Estado agia diretamente ao influir na empresa, dando-lhe diretrizes das operações e indicando áreas de atuação. Atualmente, essa ingerência nem sempre é possível, embora ocorram inevitáveis — e eficientes — pressões governamentais. Com a atuação internacional das empresas, o controle do capital e tecnologia exportados tende a ficar restrito unicamente à autorização de saída. Os lucros do investimento podem ser reinvestidos no exterior ou remetidos para a matriz, para distribuição aos acionistas, de acordo com decisão e discricção da diretoria da empresa e não atende, necessariamente, a reclamos de ordem governamentais.

Há, nesse ponto, uma dualidade ou confronto de pretensões e de interesses de difícil solução. O Estado, atado ao princípio da jurisdição territorial e às limitações dela decorrentes, não pode interferir na decisão da empresa de reinvestir os lucros de suas subsidiárias, especialmente quando é legítima ante as leis do local onde opera.

A pretensão de controlar investimentos exportados tem amparo em considerações de ordem política, estratégica ou defensiva, sob o fundamento de que a riqueza nacional, exportada através do investimento, deve servir sempre

10-A RJJ, vol. 72, pp. 9:2 e 90/1008, e Súmula 363 do STF.

aos fins do Estado, e, portanto, da comunidade nacional de onde se origina. O investimento em países considerados inimigos ou com os quais inexistem relações amistosas tem sido proibido sob esse fundamento.

A exportação de tecnologia que acompanha o investimento direto, sob a forma de instalação de subsidiária ou mediante associação com empresas locais, pode servir a interesses estratégicos do Estado considerado inimigo pelas autoridades governamentais, e, por isso, afetar a segurança nacional do país exportador. Foi o que motivou o *Export Administration Act* de 1969, dos Estados Unidos, cuja exposição de motivos expressa exatamente essa idéia:

"n. 2: A exportação, irrestrita, de materiais, informações e tecnologia, sem a consideração de que pode representar uma contribuição significativa para o potencial militar de qualquer outra nação ou nações, pode afetar a segurança nacional dos Estados Unidos"¹¹

A aplicação de tais controles à empresa com filial ou subsidiárias no exterior transcende aos limites territoriais do Estado da sede do complexo, de vez que afeta sociedades constituídas em outras jurisdições, com personalidades jurídicas e nacionalidades diversas e, pelo menos formalmente, devendo lealdade a outros Estados. O país da sede da empresa tende, via de regra, a considerá-la um complexo unitário sujeito ao império de sua própria lei, que reflete os interesses nacionais. A sujeição de matriz envolve as subsidiárias, ainda que adstritas a outras ordens jurídicas.

Essa a pretensão dos Estados Unidos manifestada em leis como *Trading With the Enemy Act* e as que proíbem a exportação de certos bens para países considerados inimigos sem a expressa autorização do Secretário do Comércio dos Estados Unidos. Suas disposições são aplicáveis a reexportações de produtos de origem americana processados em outros países, ainda que afetadas por pessoas jurídicas não americanas.

A execução dessas leis atingiram em certa época o Canadá, onde o investimento americano é significativo, tendo chegado a causar sérios problemas entre os dois países. Com efeito, o governo norte-americano, ao exigir prévia licença de exportação para países classificados como inimigos, mesmo de bens que não contenham componentes fabricados nos Estados Unidos, mas desde que realizada por empresas controladas por americanos, começou a interferir com a jurisdição canadense, cuja política em relação àqueles países é diversa.

Tal interferência se traduziu na necessidade de a empresa exportadora controlada por capital americano ter praticamente de pedir licença às autori-

¹¹ *Digest of International Law*, p. 852.

dades americanas para exportar, através de matriz. O mais sério incidente — que bem ilustra essa situação — surgiu quando a então China Comunista propôs compra de caminhões ao Canadá, produzidos pela subsidiária da Ford — única fabricante no país em condições de atender ao pedido. Embora o governo canadense estivesse interessado na concretização da venda, foi ela frustrada pela denegação de licença pelo Departamento do Comércio dos Estados Unidos ao pedido feito pela matriz.

A aplicação de tais leis, com o caráter de extraterritorialidade nelas insito, não tem sido aceita pacificamente. As empresas afetadas são postas com frequência na difícil situação de ter que cumprir leis conflitantes, produto de interesses e políticas opostas.

4. Pretensão de retorno de lucros

Outra pretensão, decorrente do investimento internacional, é a repatriação de lucros. Problemas de balanço de pagamento tendem a agravar a necessidade de retorno de lucros para o país de onde se originou o investimento, e o pagamento de regalias, de serviços de assistência técnica prestados no exterior. Os Estados Unidos manifestam essa pretensão de forma clara. Daí ter instalado, na década de 60, o Controle sobre Investimentos Diretos, por lei que, insistindo na necessidade de repatriação de lucros pelas empresas controladas por norte-americanos, desincentiva reiversões no exterior, através de medidas fiscais, como a incidência de imposto de renda sobre lucros das subsidiárias remetidos, ou não, à matriz¹².

Outros países oferecem diferentes estímulos, como a Suíça, que isenta do imposto de renda o lucro remetido pelas subsidiárias à matriz, incentivando, assim, sua repatriação.

A obrigação de repatriar lucros causa impacto nas empresas sujeitas a diferentes leis e políticas monetárias. Além disso, há a considerar a pretensão da empresa de ser tratada como sociedade nacional do país em que atua e de receber os benefícios legais e fiscais atribuídos às empresas locais. Os Estados em que as subsidiárias operam, por sua vez, entendem haver inequívoca e ilegítima interferência externa conflitante com sua autoridade para controlar a atividade econômica, dentro de sua jurisdição¹³.

O caráter extraterritorial da norma que compele, direta ou indiretamente, à repatriação de lucros emerge da submissão à respectiva lei não apenas da matriz, mas da subsidiária, através das pressões exercidas sobre a matriz. A empresa é considerada como unidade econômica que deve servir aos fins do Estado exportador dos investimentos, sem observância da fragmentação

12 Vide SCOTT, *Tax and Other Implications of Foreign Direct Investment Regulations* n 47 Taxes 32 (1969). Vide também RAINER, p. 234.

13 RAINER HELLMANN — *The Challenge to us Dominance of the International Corporation*, p 235; VAGTZ, p. 772 — Nota 6.

jurídica de sua organização e a diversidade de lealdade a que as subsidiárias estão sujeitas.

De acordo com essa linha de raciocínio, o *déficit* no balanço de pagamentos dos Estados Unidos, ao motivar a lei sobre controle de investimentos diretos, determinando a repartição de lucros, passa a ter prevalência sobre a crise monetária no Brasil ou na França, por exemplo, onde as subsidiárias americanas ficam sujeitas a ordens e comandos da matriz.

A aplicação dessa política deu margem a conflitos de interesses, como o posto em evidência pela reação francesa à tentativa de imposição às subsidiárias localizadas na França de repatriamento de lucros aos Estados Unidos. "As subsidiárias de companhias americanas na França", disse o então Primeiro-Ministro Debré, "são legalmente companhias francesas, com o mesmo acesso ao mercado financeiro e créditos governamentais que possuem as demais companhias francesas. Se os Estados Unidos impõem novos regulamentos sobre elas, especialmente relativos a repatriação de lucros, as consequências serão inevitáveis"¹⁴.

O conflito evidente entre essas pretensões coloca a subsidiária e a matriz em dilema que não têm como resolver.

5. Pretensão de controle do ingresso de investimentos estrangeiros

Tecnologia, capital e matéria-prima são fatores de produção que os Estados geralmente acolhem como contribuição positiva para o seu crescimento econômico. Contudo, nem todo investimento estrangeiro oferece os mesmos benefícios esperados e nem todos os setores da produção podem ser abertos ao investimento estrangeiro. Razões estratégicas têm impedido o acesso do investimento estrangeiro a áreas ligadas à defesa nacional, ao mesmo tempo em que razões de defesa da indústria nacional têm, geralmente, obstado esse acesso a esferas produtivas, em que o nacional necessita de proteção.

O fato é que todo Estado reclama para si competência exclusiva na admissão de pessoas e investimentos estrangeiros, como prerrogativa inderrogável de sua soberania. Mas não só a admissão é sujeita à discricção do Estado como também a forma e condições da admissão. Alguns países, como México e Japão, só admitiam investimento estrangeiro quando associado ao nacional, seja do setor privado, seja do público, salvo quando específica e previamente autorizado. Além do mais, mesmo admitido, o investimento estrangeiro deve se submeter a princípios impostos pelas autoridades, tendentes a garantir comportamento adequado do investidor estrangeiro. O Conselho de Investimento Estrangeiro do Japão, a esse propósito, editou uma série de princípios que

14 French Endorse US Dollar Policy, *New York Times*, 1968. "Call to repatriate overseas Earning Stir Legal Snarls". *New York Times* Jan. 29, 1968 (apud KINDELBURG, "American Business Abroad", p. 59).

as empresas sob controle estrangeiro devem observar¹⁵. O mesmo fez o Canadá, tradicionalmente aberto à entrada de capitais estrangeiros, após sérios estudos sobre o comportamento dessas empresas em seu território¹⁶.

Os países do Pacto Andino, igualmente, adotaram uma série de restrições à entrada do investidor internacional, submetendo-a ao cirvo de análise sobre a contribuição efetiva ao desenvolvimento nacional ou regional e sua adequação às prioridades nacionais. A Decisão nº 24, da Comissão do Acordo de Cartagena, incorporada às legislações dos países-membros — atualmente não mais vigente —, regulamentando o assunto, dispunha em seus arts. 2 e 3:

“Art. 2 — O investidor estrangeiro que desejar investir em qualquer dos países-membros deve depositar seu pedido no órgão competente, o qual, após análise, dará autorização se forem atendidas as prioridades para o desenvolvimento do país. O pedido deve ser feito em consonância com as instruções do Anexo I do Regime.

Art. 3 — Os Estados-Membros abster-se-ão de autorizar os investimentos diretos estrangeiros nas atividades consideradas adequadamente desenvolvidas pelas empresas já existentes.

Também não deverá ser autorizado o investimento direto estrangeiro destinado à aquisição de ações, quotas ou direitos de propriedade de investidores nacionais.”

Em posição diametralmente oposta, os países da OECD admitem investimentos estrangeiros, incentivando o movimento de capitais, pessoas e tecnologia. Entretanto, mesmo entre esses países, há restrições relativas a setores

15 Os princípios editados pelo Conselho de Investimento Estrangeiro do Japão consistem basicamente nos seguintes:

- a) procurar a coexistência e prosperidade com as empresas japonesas, através de “joint ventures” em sociedade com participação paritária;
- b) evitar concentração de investimentos em determinadas indústrias;
- c) evitar suprimir pequenas empresas quando se trata de setores industriais caracterizados por pequenas firmas;
- d) cooperar voluntariamente com o esforço japonês de manter a ordem industrial;
- e) evitar entrar em acordos restritivos com a matriz no exterior e não fazer restrições irrazoáveis em negócios, bem como abster-se de prática de concorrência desleal;
- f) tomar medidas positivas para o desenvolvimento da tecnologia japonesa e não prejudicar os esforços das indústrias japonesas para desenvolver sua própria tecnologia;
- g) contribuir para o equilíbrio do balanço de pagamento da nação, através da exportação e outros meios;
- h) designar japoneses para quadros de diretoria e posições de cúpula e oferecer ações da companhia à subscrição pública;
- i) evitar o fechamento de fábricas ou demissões em massa e desnecessárias ou opor dificuldades à política de emprego e salário, agindo de acordo com a praxe japonesa predominante;
- j) conformar-se à política governamental.

In *Japan as Host to the International Corporation* por M. Y. YOSHINO in *International Corporation* de CHARLES KIMDELBERGER.

16 Veja-se LITVAK e C. J. MAULE, *The Multinational Firm and Conflicting National Interests*, in *Journal of World Bank Law*, p. 316.

estratégicos, como nos Estados Unidos, onde somente empresas controladas por americanos podem fabricar produtos considerados estratégicos. Há que se considerar, também, as reservas feitas por diversos países ao regime de liberação de capitais instituído pela OECD.

O que se percebe é que os Estados procuram sempre conservar sua própria competência para admitir a entrada de investimentos estrangeiros e impor condições que julguem favoráveis.

Por outro lado, alguns tratados internacionais regulam a admissão do investimento externo e sua proteção.

Interessados em exportar investimentos, e prover-lhes proteção contra eventuais expropriações, os Estados Unidos negociaram no passado Tratados de Amizade, Navegação e Comércio, pelos quais, em condições de reciprocidade, regulariam a livre entrada de capitais. O tratado assinado com a Itália em 1948, por exemplo, contém cláusulas típicas. O artigo I, parágrafo 2º, permite a nacionais de ambas as partes exercer atividades comerciais, *financeiras, industriais e profissionais, com exceção da advocacia*, dentro do território da outra. A primeira parte do art. 2 dispõe:

"Companhias e associações de qualquer das Altas Partes Contratantes deverão, dentro do território da outra Alta Parte Contratante, ser admitidas, sem interferência, a exercer todos os direitos e privilégios enumerados no parágrafo 2º do art. 1, em conformidade com as leis e regulamentos aplicáveis, em termos não menos favoráveis que aqueles que atualmente ou doravante sejam deferidos a companhias e associações de tal Alta Parte Contratante."

Em geral, contudo, tais tratados contém cláusulas que deixam ao Estado receptor com a última palavra na admissão do capital estrangeiro. O tratado assinado com o Japão, similar ao firmado com a Itália e outros do mesmo tipo, prevê a possibilidade de imposição de restrições pelos governos, sem se mencionar o fato de a lei japonesa exigir que todo investimento seja aprovado pelo Ministro da Indústria. Com efeito, o parágrafo 3º do artigo VII do Tratado dispõe que:

"As provisões do parágrafo 1º do presente artigo não impedem qualquer das partes de prescrever formalidades especiais relacionadas com o estabelecimento de empresa controlada por estrangeiro, dentro de seu território; mas tais restrições não devem tirar a substância dos direitos acordados no mencionado parágrafo."

O Protocolo que acompanha o Tratado esclarece, entretanto, que:

"Art. 6 — Qualquer das Partes pode impor restrições na introdução de capital estrangeiro, quando seja necessário para proteger suas reservas monetárias de acordo com o artigo XII, parágrafo 2."

O parágrafo 2 do artigo VII, por sua vez, reconhece o direito de cada parte limitar a entrada de investimento da outra para vários setores, tais como aquisição de direitos em empresas que exerçam atividades ligadas a utilidades públicas, transporte, estaleiros, bancos, etc

Não obstante as diferenças de tratamento do investimento estrangeiro existentes entre os países da América Latina, há grande uniformidade na preservação da competência exclusiva para a admissão de tal investimento. É significativo, a propósito, que, à exceção de Nicarágua, nenhum Estado latino-americano assinou Tratados de Comércio, Navegação e Amizade com os Estados Unidos, agora negociados com o nome de "Tratados de Amizade e Relações Econômicas", que contém cláusulas de liberação de acesso de capitais e proteção contra expropriação. Daí a observação do Comitê de Relações Exteriores do Senado Americano:

"O Comitê está desapontado de perplexo pelo fato de que desde 1945, quando o Departamento de Estado assumiu a tarefa de modernizar os tratados de amizade, comércio e navegação, 17 novos tratados entraram em vigor, mas somente um deles, o celebrado com a Nicarágua, figura um país latino-americano. Tendo em vista o crescente comércio, investimento e ajuda fornecida pelos Estados Unidos à América Latina, o Comitê acredita que tais tratados seriam mutuamente benéficos. A objeção de que falta de interesse em tais tratados é fruto do senso de soberania é difícil de entender, desde que nações como França, Irã, Japão e Paquistão concluíram tratados de amizade, comércio e navegação recentemente."

Embora possa dizer-se que a aplicação da doutrina Calvo¹⁷ tenha sido responsável pela recusa desses países em assinar tratados desse tipo, não é impróprio afirmar que também a pretensão em manter exclusivo controle sobre a entrada de investimentos estrangeiros fundamenta essa posição.

Mas, não apenas em tratados bilaterais aparece reafirmada essa pretensão. Os países desenvolvidos em geral têm interesse em promover a liberação do movimento de capitais, bens, pessoas e tecnologia não só para conseguir mercado maior para suas empresas, como também para ampliar as possibilidades de desenvolvimento que o intercâmbio internacional possibilita. Dotados de tecnologia avançada e capital, esses países encontram-se, via de regra, em condições similares de desenvolvimento. Fundada com o objetivo de promover a progressiva liberalização de capitais, pelo Tratado de Paris assinado em 14 de dezembro de 1960, a OECD prevê o livre acesso de investimentos

17 A Cláusula Calvo, proposta pelo Ministro Argentino, que lhe emprestou o nome, dispõe que quaisquer controvérsias contratuais, mesmo envolvendo estrangeiros, devem ser resolvidas pelos Tribunais nacionais competentes e não dão lugar a proteção diplomática ou reclamação internacional. cf. Eduardo Jimenez de Arechaga - in *Manual de Derecho Internacional Público* — ed. Max Sorensen — *Fondo de Cultura Económica*, México, 1973, p. 558.

diretos nos países-membros. Ao mesmo tempo, incluíram-se disposições, como os arts. 3 e 7, que permitem ao Estado tomar medidas que considere necessárias para a manutenção de sua ordem pública, proteção de sua segurança ou obrigações internacionais relacionadas com paz ou segurança. Previu-se, também, a faculdade de não promover medidas de liberalização de movimento de capitais, em casos de crise econômica, problemas de balanço de pagamentos, etc.

O que se verifica é que, ante a inexistência de tratados internacionais, os Estados mantêm o controle do acesso do investimento estrangeiro. E mesmo quando estes existem, as cláusulas de salvaguarda deixam sempre ao Estado intacta sua competência.

Os países da Comunidade Econômica Européia, por outro lado, em suas relações recíprocas, dentro do escopo do Tratado de Roma, desistiram dessa pretensão, deferindo-a ao Conselho da Organização, que, assim, tem caráter supranacional nesse aspecto. Com efeito, o artigo 73 do Tratado de Roma estabelece:

"Art. 73 — 1. Se os movimentos de capital levarem a distúrbios no funcionamento do mercado de capitais de qualquer Estado-Membro, a Comissão deverá, depois de consultar o Comitê Monetário, autorizar tal Estado a tomar medidas de proteção na área de movimento de capital, cujas condições e detalhes serão determinados pela Comissão. O Conselho, atuando pelo voto de maioria qualificada, poderá revogar essa autorização e modificar tais condições e requisitos.

Qualquer Estado-Membro que estiver em dificuldades pode, contudo, com base em seu caráter secreto ou urgente, tomar por si próprio as medidas acima mencionadas, se elas se tornarem necessárias. A Comissão e os demais Estados-Membros deverão ser informados de tais medidas o mais tardar até a sua entrada em vigor. Neste caso, a Comissão pode, depois de consultar o Comitê Monetário, decidir que o referido Estado deverá modificar ou abolir as medidas adotadas."

6. *Pretensão de desenvolvimento*

Mas não é só com o controle do acesso de capitais que se esgotam as pretensões dos Estados receptores de investimento de regular a atuação do investidor estrangeiro. A aceitação do capital está ligada à necessidade de desenvolvimento do Estado e que a empresa privada pode propiciar com a transferência de capitais e de tecnologia.

O atendimento dos objetivos da comunidade nacional é condição para a atuação da empresa, e não o inverso.

Assim, a exploração de riquezas minerais, a realização de pesquisas, a modernização dos meios de produção que as grandes empresas estão, via de regra, capacitadas de a fazer, é-lhes deferida em atenção à necessidade de desenvolvimento e à incapacidade de a comunidade nacional promovê-lo por si própria. Mesmo Estados de economia planificada demonstraram, necessidade de recorrer à indústria privada para suprir carência tecnológicas e de capital.

O investimento estrangeiro é admitido como meio e modo de suprir as deficiências da indústria nacional ou para provocar competição sadia que conduza ao desenvolvimento, e, como DENNINGS afirma, "sob o ponto de vista do país receptor, a contribuição de qualquer empresa multinacional precisa ser julgada sob o prisma da efetiva assistência ao país para atingir seus objetivos econômicos".

Estados com forte e desenvolvida indústria e avançada tecnologia, como os Estados Unidos e os países do Mercado Comum Europeu, vêem no investimento internacional a suplementação do capital e tecnologia de que necessitam, além da injeção de competição em seu mercado interno que tende a beneficiar a economia desenvolvida. O livre jogo do mercado e da concorrência é a base de todo sistema econômico capitalista que esses países defendem como meio de melhor explorar suas riquezas. Assim, a manutenção da livre competição encoraja o investimento estrangeiro que não ameaça, via de regra, a indústria nacional de grande capacidade competitiva.

Outros, entretanto, como o Japão vêem com suspeitas o investimento direto estrangeiro, só liberando limitadamente sua entrada, na medida em que o interesse nacional não seja afetado. A proteção da indústria nacional é fundamento suficiente para afastar a empresa estrangeira, tida como fator negativo no desenvolvimento do País. O critério de seletividade de indústrias estrangeiras adotado no Japão, por largo período, procurava atender a metas governamentais de desenvolvimento e defesa de certos setores, ao mesmo tempo em que incrementava a participação dos nacionais nos investimentos. Como N.Y. YOSHINO explica, a associação de capitais estrangeiros com nacionais é a regra, e somente nas indústrias em que as firmas japonesas têm clara superioridade competitiva é que é permitida a subsidiária totalmente controlada por estrangeiros¹⁸.

Símilar linha de procedimento mantém o México. Os países do Pacto Andino não viam na empresa multinacional um fator de desenvolvimento em si para os países receptores, para os quais as prioridades nacionais não são em geral atendidas.

Impotentes em controlá-las, tais países mantinham um sistema de restrições rígido como defesa, procurando, por seus próprios meios, o desenvolvimento desejado. O encorajamento de monopólios, formado por capitais

18 M.Y. YOSHINO. Nota 15. O Japão recentemente alterou sua atitude de extrema cautela quanto aos investimentos estrangeiros, admitindo-os como forma de evitar desemprego. Cf. *Fortune International*, May 1984.

estatais ou privados, através de incentivos fiscais ou a formação de empresas multinacionais próprias ou regionais, como a preconizada pelo Pacto Andino, eram propostos como formas de competir com a empresa estrangeira e prover o desenvolvimento através de imposição de prioridades nacionais. Por outro lado, é freqüente notar que tais prioridades são selecionadas, muitas vezes atendendo não apenas a objetivos estritamente econômicos, mas, sobretudo, sociais ou políticos.

Essa política, baseada no modelo da CEPOL de substituição de importações, com a produção autárquica em cada país, foi modificada tendo abolido o sistema da Decisão 24 do Pacto Andino e a conseqüente abertura aos capitais estrangeiros.

4. *Pretensão de desenvolvimento e o novo direito*

A pretensão de desenvolvimento dos Estados interfere diretamente com a estrutura da ordem internacional, tal como se encontra formulada.

A sociedade internacional está fundada no princípio da igualdade jurídica dos Estados. Ou seja, todos, independentemente de tamanho, população, riquezas naturais e desenvolvimento, são juridicamente iguais e assim devem ser tratados na ordem internacional. Esse postulado já era expresso por VATEL, refletindo uma concepção naturalista da organização internacional. Dizia VATEL: "Uma vez que os homens são naturalmente iguais e que seus direitos e obrigações são os mesmos, advindos igualmente da natureza, as nações compostas de homens e consideradas emanação de pessoas livres que vivem em conjunto, no estado de natureza, são também iguais e têm da natureza as mesmas obrigações e os mesmos direitos. O poderio e a fraqueza não produzem, a esse respeito, diferença alguma. Um anão é também um homem, tanto quanto um gigante; uma pequena república não é menos Estado soberano que o mais poderoso reinado"¹⁹.

Essa idéia de igualdade jurídica dos Estados pressupunha igualdade política que norteava a convivência das nações européias, inspiradoras do direito internacional clássico. Fundava-se, ademais, na noção da soberania dos Estados, no sentido de que nenhuma outra força ou autoridade existia acima deles, fonte primeira das normas de direito.

A Carta da ONU, formulada com respeito estrito aos conceitos clássicos e tradicionais do direito internacional, consagrou, de maneira formal e expressa, a pretensão de igualdade jurídica dos Estados, dispondo, em seu art. 2, que "A organização é fundada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros".

Apesar disso, a constituição dos órgãos diretivos da Organização não pôde deixar de consignar tratamento desigual, ao reservar aos cinco grandes

19 *Le Droit des gens*, Preliminares, 18-19 apud Maurice Floty "Inégalité Economique et Evolution du Droit International" — Colloque d'Aix-en-Provence — Pays Voie de Développement Transformation du Droit International".

da época, Estados Unidos, Grã-Bretanha, França, Rússia e China, posição diferenciada no Conselho de Segurança, aquinhoados com assento permanente. Essa desigualdade jurídica refletia, na verdade, desigualdade econômica, política e militar que justificava a atribuição de prerrogativas compatíveis com as responsabilidades desses Estados na preservação da paz internacional.

Esse primeiro sintoma de mudança de orientação nos rumos do direito internacional, acelerado a partir da própria criação da ONU e das organizações internacionais que a seguiram, traduziu, na verdade, anseios latentes da comunidade internacional de tratamento desigual a realidades desiguais. Se Luxemburgo e Índia são juridicamente iguais como Estados, é inegável serem profundamente desiguais em seu desenvolvimento e potencialidade²⁰. Ou, como enfatiza Guy de Lacharrière:

“É injusto tratar de maneira igual coisas desiguais. A justiça reclama que os Estados situados em níveis diferentes de desenvolvimento ou de potencialidade econômicas diversas sejam tratados de maneira sistematicamente desiguais, precisamente para compensar a desigualdade de situações”²¹.

A constatação dessa realidade motivou o reconhecimento de que a soberania estatal expressava apenas o poder político do Estado, dentro de seu território, não possuindo qualquer efeito na esfera econômica e no grau de participação das riquezas da terra.

No século dezenove, a comunidade internacional era representada pelos Estados europeus, os Estados Unidos e os latino-americanos, estes recém-saídos do colonialismo. Enquanto que os Estados Unidos apresentavam características que o distinguiam dos países latino-americanos, estes, quando se emanciparam de suas metrópoles, continuaram a ser considerados como colônias, ou sub-Estados, embora nominalmente possuíssem a qualificação formal de Estados. Afinal tinham conquistado a independência política, embora tivessem suas economias dependentes dos Estados europeus. Com a proclamação da doutrina Monroe, iniciou-se o processo de mudança de esfera de influência, passando os Estados Unidos, ao longo de todo o século dezenove, para firmar-se no século vinte, a substituir a influência econômica das antigas metrópolis européias.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a instauração do processo de descolonização das comunidades africanas e asiáticas, os Estados latino-americanos encontraram aliados. Deixaram de ser os únicos países aliados do processo de formação do direito internacional, cujo monopólio até então pertencia à Europa e aos Estados Unidos. Os Estados novos, no entanto, ao atuarem na área internacional, iniciaram por colocar em xeque as normas de direito internacional, selecionando as que lhes interessavam e contestando

20 Maurice Floy — *Le Droit International du Développement* — p. 25.

21 “Le Nouveau Système de Préférences Générales du Tiers Monde” — *Revue du Marché Commun* — mai 1969, p. 247.

as conflitantes com suas aspirações de igualdade absoluta, não apenas política, mas, principalmente, econômica.

Se a experiência latino-americana influenciou ou não o comportamento dos países asiáticos e africanos formados depois da Segunda Guerra Mundial, é questão que não importa discutir. O que é relevante é que a noção de soberania e igualdade jurídica na esfera internacional não satisfaz aos anseios igualitários dos Estados novos, dentre os quais se alinham os latino-americanos.

A consciência da desigualdade econômica, que se traduz na desigualdade de desenvolvimento, fez nascer a pretensão de tratamento desigual. Os Estados passaram a medir sua participação no processo comunitário sob o parâmetro do desenvolvimento. Os que o possuem em menor grau reclamam certas prerrogativas e direitos não extensíveis aos já desenvolvidos. Estes devem contribuir com os demais para possibilitar-lhes o nivelamento desejado na ordem internacional. Essa contribuição traduz-se no tratamento diferenciado nos organismos econômicos internacionais, em que os Estados menos desenvolvidos têm direitos especiais e não comuns aos países industrializados, como ocorre na regulamentação da exploração de recursos internacionais, no solo e subsolo marinhos, considerados patrimônio comum da humanidade, portanto, de exploração comum e em benefício da humanidade.

Pretende-se usar o direito internacional como instrumento de intervenção em prol dos desígnios desenvolvimentistas dos Estados. É o direito como estratégia. As normas são elaboradas em função de determinados fins perseguidos pela comunidade internacional ou, pelo menos, por parcela significativa da humanidade. Esta é a conclusão de MAURICE FLOY: "O direito internacional atribuiu-se uma finalidade precisa, a do desenvolvimento econômico que se associa à idéia geral de paz"²².

A busca da paz é uma constante na Carta da ONU, elaborada em tempo de guerra, para vigorar em tempo de paz e para mantê-la. Pela primeira vez reconheceu-se que a situação econômica e social era germen de perturbações da ordem internacional. E a criação do Conselho Econômico e Social reflete essa preocupação. O direito internacional, sensível à nova realidade, é encarado como um direito intervencionista, destinado a regulamentar relações entre Estados, tendo como princípio básico a finalidade do desenvolvimento econômico-social das comunidades nacionais²³.

No entanto, as normas tradicionais do direito internacional consagram a competência territorial dos Estados, soberanos politicamente em seus territórios; mas o desenvolvimento econômico não é questão que se situa exclusivamente no seio do Estado, transcendendo para áreas internacionais e envolvendo o relacionamento com outras comunidades independentes.

Se, de um lado, o conceito de soberania prevalece em sua plenitude e carregado do competente político-jurídico que lhe é insito, a necessidade

22. Maurice Floy, *Droit International du Développement*, p. 33.

23. Cf. Maurice Floy, *op. cit.*, p. 33.

de adaptação à realidade econômica de divisão do mundo e da interdependência fez evoluir a noção de soberania para a de competência territorial, em que cada Estado, como membro da comunidade internacional, exerce sua autoridade dentro de seu território.