

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
MESTRADO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

**O REGIME DE PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO
TRATADO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE**

PRISCILA ABELLA ETHUR

Porto Alegre, março de 2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
MESTRADO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

**O REGIME DE PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO
TRATADO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Relações Internacionais.

PRISCILA ABELLA ETHUR

Orientadora Profa. Dra. Martha Olivar Jiménez

Porto Alegre, março de 2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
MESTRADO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

(recomendação para banca)

*Si pongo ganas,
si pongo corazón,
si la ilusión me alcanza...*

*Si le echo ganas,
puede el viento y puedo yo
llenar de aire las alas si pongo corazón.*

*Déjame volar aunque tropiece con el cielo.
Hay noches estrelladas y días que se estrellan contra el suelo.*

*Déjame intentarlo: aunque tropiece son mis sueños.
Si aguantan las estrellas,
en una de estas noches contra el viento yo despego.*

(Si pongo corazón - Rosana Arbelo)

Ao meu amigo Alexandre Veleda Wendt, presente em absolutamente todos os momentos mesmo não mais estando entre nós, a quem seguirei dedicando cada alegria e cada conquista.

Ao meu eterno mestre e generoso amigo Dr. Emilio Oscar Rabasa Mishkin, com quem compartilho alegrias, vicissitudes e saudades apesar da imensa distância física que nos separa e cujas lições guardarei sempre comigo.

À minha mãe e amiga Lenice Abella Ethur, que me apoiou irrestritamente em todas as etapas desta jornada, esteve sempre junto comigo e possibilitou que o presente trabalho fosse elaborado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em razão deste trabalho, à minha orientadora, profa. dra. Martha Olivar Jiménez, por seu tempo, sua atenção, seu entusiasmo e sua disponibilidade, mas sobretudo por sua amizade, por seu apoio, por seu incentivo sempre e por suas lições.

Também ao prof. dr. Paulo Vizentini, pelo estímulo para que eu prosseguisse no estudo do tema aqui abordado, bem como por seu apoio incondicional, sua amizade e seus ensinamentos.

À profa. dra. Maria Susana Arrosa Soares, por ter acreditado em mim em diversas ocasiões e pelas oportunidades que me deu. Também pela sua disponibilidade, pela sua amizade, seus incentivos e por compartilhar conosco seus conhecimentos e sua experiência.

Agradeço imensamente, da mesma maneira, ao *maestro* dr. Ricardo Méndez-Silva, meu supervisor durante minha estada no *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México* (IIJ/UNAM), onde realizei a pesquisa para a presente dissertação, entre janeiro e junho de 2004. Muito obrigada por suas lições que levarei para sempre comigo, por sua amizade, sua confiança e toda a ajuda a mim dispensada.

Ao meu *maestro* para toda a vida, prof. dr. Emilio Oscar Rabasa Mishkin, ex-chanceler e ex-embaixador do México em diversos países, como os Estados Unidos e o Chile, ou simplesmente meu eterno amigo Don Emilio, agradeço todos os ensinamentos, todas as histórias sobre as grandes personalidades do nosso tempo e de outros tempos, todas as oportunidades, todos os contatos com pessoas que facilitaram minha pesquisa, o empréstimo de seu escritório no IIJ/UNAM com toda a estrutura para que eu trabalhasse (disponível todos os dias, durante seis meses) e,

sobretudo, agradeço pela convivência, pelas nossas conversas e pela imensa amizade que hoje nutrimos.

Muitíssimo obrigada também aos meus avós, Olide Missaglia Ethur e Darcy Paiva Ethur, e aos meus pais, Lenice Abella Ethur e Sidney Missaglia Ethur, pelo apoio incondicional, pelo amor, pela compreensão, pela preocupação e pelo incentivo durante toda esta trajetória que agora chega ao fim. Ao meu irmão Ederson Abella Ethur, simplesmente por existir, porque isso me faz continuar e querer continuar. *Sin tí, no soy nada. Sin tí, no puedo más seguir.*

À minha grande amiga profa. dra. Paula María All, por sua presença em todos os momentos da elaboração deste trabalho, por sua colaboração na pesquisa, pelas memórias compartilhadas e pela infindável amizade.

Aos novos amigos que conheci no México, que diretamente colaboraram na coleta do material e sem os quais a boa realização desta pesquisa seria impossível: Gustavo Kado Segóvia, profa. dra. Mercedes Albornoz, Miguel Rivas Amezcúa, profa. dra. Margarita Victória García Garduño, prof. mtre. Jorge Enrique González Almanza, prof. dr. Miguel Rábago, Lorenzo Martínez, Laura, Marquiño Ramírez, Roberto Peba Bandala, Carol Arriaga, Rodrigo Totorríca, Letícia Armendáriz e Sandra Goñy.

Agradeço também a Helisane Mahlke, Graciela De Conti Pagliari, Carmen da Silva Nunes, José Alberto Antunes Miranda e Gustav Penna Gorski, por compartilharem comigo certezas e incertezas, pelas boas histórias e memórias e pela amizade que sempre guardarei.

Finalmente, o meu muito obrigada pela compreensão e um pedido de desculpas a todos os amigos e parentes de quem roubei momentos de convivência para dedicar a este trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
PARTE I - A CONSTRUÇÃO DO REGIME DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO TLCAN	13
A. As relações econômicas entre os países da América do Norte e a negociação do TLCAN	14
a. A situação atual de complementariedade	24
b. A gênese do marco jurídico dos IED no TLCAN: o Capítulo XI ...	26
c. As novidades trazidas pelo Capítulo XI ao regime internacional de investimentos	35
B. O estabelecimento das regras particulares sobre IED	44
a. As regras materiais: a Seção A do Capítulo XI	45
b. As regras procedimentais: a Seção B do Capítulo XI	59
PARTE II - A APLICAÇÃO EFETIVA DAS NORMAS SOBRE IED NO TLCAN	70
A. O Caso <i>METALCLAD Corporation v. os Estados Unidos Mexicanos</i>	71
a. Os fatos e os atores	72
b. O procedimento arbitral	89
B. As implicações políticas e jurídicas do mecanismo de solução de controvérsias do Capítulo XI	101
a. Os efeitos sobre a proteção ao meio ambiente	102
b. A diminuição das pressões político-diplomáticas e a aportação de segurança jurídica procedimental para as partes litigantes	111

c. O caráter secreto dos procedimentos arbitrais	113
d. A amplitude excessiva na interpretação das normas	118
e. As demandas por indenizações elevadas	126
f. A ausência de processo de apelação e de precedentes vinculantes	128
CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142
ANEXOS	167
A. Laudo arbitral do Caso <i>METALCLAD Corporation v. Estados Unidos Mexicanos</i>	168
B. Relação das demandas arbitrais sob o Capítulo XI tornadas públicas até janeiro de 2005	206
C. Estatísticas sobre fluxos de IED intrabloco no México	220

RESUMO

Dissertação de Mestrado
Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil

O REGIME DE PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO TRATADO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE

Autora: Priscila Abella Ethur
Orientadora: dra. Martha Olivar Jiménez
Data e Local da Defesa: Porto Alegre, 02 de maio de 2005

O presente trabalho visa a examinar o regime de investimentos estrangeiros no Tratado de Livre Comércio da América do Norte (TLCAN), disposto em seu Capítulo XI, estudando suas regras materiais e formais, para, daí, analisar um conflito entre um investidor estrangeiro intrabloco e o governo de um Estado membro. Para tanto, parte de um resgate histórico das relações econômico-comerciais entre Canadá, Estados Unidos e México, destacando o setor de investimentos. O caso apreciado foi o conflito e a demanda arbitral entre a empresa estadunidense *METALCLAD Corporation* e os Estados Unidos Mexicanos. A partir da análise desse caso e da aplicação concreta do regime de investimentos do TLCAN a ele, foi possível elencar e examinar algumas das implicações da aplicação prática das normas do Capítulo XI. Os pontos centrais da análise foram a essência desse regime de investimentos, que conjuga amplos direitos e garantias aos investidores com remédios jurisdicionais bastante específicos e de submissão obrigatória aos Estados, e o paradoxo da utilização da arbitragem internacional, justiça privada por natureza, como o meio previsto no Capítulo XI para dirimir conflitos entre particulares (investidores) e Estados, mesclando matérias de interesse público e interesses particulares dos investidores em procedimentos arbitrais concebidos para a atração dos investimentos, como parte de um regime de atração e fomento aos investimentos estrangeiros. O presente trabalho está estruturado em duas partes. A primeira, intitulada "A construção do regime de investimentos estrangeiros no TLCAN", divide-se em capítulos sobre "As relações econômicas entre os países da América do Norte e a negociação do TLCAN" e "O estabelecimento das regras particulares sobre IED". A segunda parte, denominada "A aplicação efetiva das normas sobre IED no TLCAN", também se divide em dois capítulos: "O Caso *METALCLAD Corporation v. os Estados Unidos Mexicanos*" e "As implicações políticas e jurídicas do mecanismo de solução de controvérsias do Capítulo XI". Os quatro capítulos contêm subdivisões.

PALAVRAS-CHAVES: Tratado de Livre Comércio da América do Norte, regime de investimentos internacionais do Capítulo XI, solução de controvérsias internacionais sobre investimentos, arbitragem comercial internacional, Caso *METALCLAD Corporation*.

ABSTRACT
Master Dissertation
International Relations Postgraduation Program
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil

**O REGIME DE PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO TRATADO
DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE**

**(THE FOREIGN INVESTMENTS PROTECTION REGIME ON THE NORTH AMERICA FREE TRADE
AGREEMENT)**

Author: Priscila Abella Ethur
Advisor: dra. Martha Olivar Jiménez
Date and Place: Porto Alegre, May 2 nd , 2005

This dissertation aims to examine the North American Free Trade Agreement (NAFTA) foreign investments regime, as established on its Chapter 11, studying its substantive and procedural rules, to, afterwards, analyze a conflict between a foreign investor from a NAFTA country and a member State. To do so, it starts from a historical summary of the economic and commercial relations among Canada, Mexico and the United States, highlighting the foreign direct investments sector. The case examined was the conflict and the arbitration between the United States enterprise METALCLAD Corporation and the United Mexican States. After analyzing this case and the application of the NAFTA foreign investments regime, it was possible to enumerate and examine some consequences of the practical use of Chapter 11 rules. The central points of the study were the essence of this investments regime, that combines wide investors rights with very specific and mandatory remedies to the States, and the paradox of using international arbitration, private justice by nature, as the means recommended by Chapter 11 to solve the complaints between private parties and governments, mixing private and public interests in arbitral proceedings created to attract investors, as part of a regime to foster foreign investments. This work is structured in two parts. The first, entitled "The construction of NAFTA foreign investments regime", is divided into two chapters about "The economic relations among the North American countries and the NAFTA negotiation" and "The establishment of Foreign Direct Investments specific rules". The second part, named "The application of FDI on NAFTA" is also divided in two chapters: "The METALCLAD Corporation v. The United Mexican States Case" and "The political and juridical implications of Chapter 11 disputes resolution mechanism". The four chapters have subdivisions.

KEY-WORDS: North American Free Trade Agreement (NAFTA), Chapter 11 foreign investments regime, international disputes resolution on investments, international commercial arbitration, METALCLAD Corporation Case.

RÉSUMÉ

Dissertação de Mestrado
Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil

O REGIME DE PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO TRATADO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE

(LE RÉGIME DE PROTECTION AUX INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS DANS L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN)

Autora: Priscila Abella Ethur
Orientadora: dra. Martha Olivar Jiménez
Data e Local da Defesa: Porto Alegre, 02 de maio de 2005

Cet travail examine le régime d'investissement étranger d'Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALÉNA), présent dans son Chapitre XI, lequel étudie ses règles matériel et formel, a fin d'analyser un conflit entre un investisseur étranger d'un pays de l'ALÉNA et le gouvernement d'un État membre. Pour atteindre ça, il part d'un raçon historique de les relations économiques et commerciales entre Canada, États Unis et Mexique; et détache le secteur d'investissement. Le cas apprécié est le conflit et demande arbitral entre la entreprise *METALCLAD Corporation*, des États Unis, et les États Unis Mexicain. Depuis de l'analyse de ce cas et de sa application concrete au régime d'investissement du ALÉNA, ai été possible nommer et examiner quelques implications d'application pratique de les normes du Chapitre XI. Les principales points d'analyse étaient l'essence de ce regime d'investissement, qui rassemble des droits amples et des garanties aux investisseurs avec des actions juridictionnel très spécifique et de submission obligatoire aux États, et le paradoxe de la utilisation de l'arbitrage international, justice naturellement privée, comme moyen prévu au Chapitre XI pour solutionner des conflits entre les particuliers (investisseurs) et les États, tout ça en train de mélanger des matières d'intérêt publics et d'intérêt privés de les investisseurs en procédures arbitraux criés a cause de la attraction aux investissements étrangères. Ce travail est structuré en deux parties. La première, "La construction du régime de les investissements étrangères dans le ALÉNA", se divise en chapitres qui parlent de "Les relations économiques entre les pays d'Amérique du Nord et la négociation de le ALÉNA" et "L'établissement de les normes particulières sur les investissements étrangers directs". La deuxième partie, dénommé "La application effective de les normes sur la IED dans le ALÉNA, aussi, se divise en deux chapitre: "Le cas *METALCLAD Corporation v. Les États Unis Mexicaines*" et "Les implications politiques e juridiques du mécanisme de solution de controverses du Chapitre XI". Le quatre chapitre contiennent des subdivisions.

MOTS-CLÉS: Accord de Libre-Échange Nord-Américain, regime d'investissements internationaux du Chapitre XI, solution de controverses internationales sur investissement, arbitrage commercial international, Cas *METALCLAD Corporation*.

RESUMEN

Disertación de Maestría
Programa de Post- Grado en Relaciones Internacionales
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil

O REGIME DE PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO TRATADO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE

(EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE)

Autora: Priscila Abella Ethur

Directora: Dra. Martha Olivar Jiménez

Fecha y lugar de defensa: Porto Alegre, 02 de mayo de 2005

El presente trabajo tiene por fin examinar el régimen de las inversiones extranjeras en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), dispuesto en su Capítulo XI, estudiando sus reglas materiales y formales para, desde allí, analizar un conflicto entre un inversor extranjero intrabloque y el gobierno de un Estado miembro. Para ello, se parte de una reseña histórica de las relaciones económica-comerciales entre Canadá, Estados Unidos y México, poniendo énfasis en el sector de las inversiones. El caso analizado fue el conflicto y la demanda arbitral entre una empresa estadounidense -*METALCLAD Corporation*- y los Estados Unidos Mexicanos. A partir del estudio de este caso y de la aplicación concreta del régimen de inversiones del TLCAN, resultó posible enumerar y examinar algunas de las implicancias prácticas que la aplicación de las normas del Capítulo XI llevan aparejadas. Los puntos centrales de análisis fueron la esencia de ese régimen de inversiones, que conjuga amplios derechos y garantías para los inversores con remedios jurisdiccionales bastante específicos y de sumisión obligatoria para los Estados y la paradoja de la utilización del arbitraje, justicia privada por naturaleza, como medio previsto en el Capítulo XI para dirimir conflictos entre particulares (inversores) y Estados, conjugando materias de interés público e intereses particulares de los inversionistas en procedimientos arbitrales concebidos para la atracción de las inversiones, como parte de un régimen de radicación y fomento de las inversiones extranjeras. El presente trabajo está estructurado en dos partes. La primera, titulada "La construcción del régimen de las inversiones extranjeras en el TLCAN", se divide en capítulos sobre "Las relaciones económicas entre los países de América del Norte y la negociación del TLCAN" y "El establecimiento de reglas particulares sobre IED". La segunda parte, denominada "La aplicación efectiva de las normas sobre Inversión Extranjera Directa en el TLCAN", también se divide en dos capítulos: "El caso *METALCLAD Corporation v. los Estados Unidos Mexicanos*" y "Las implicancias políticas y jurídicas del mecanismos de solución de controversias del capítulo XI". Los cuatro capítulos contienen asimismo subdivisiones.

PALABRAS CLAVES: Tratado de Libre Comercio de América del Norte, régimen de inversiones extranjeras del Capítulo XI, solución de controversias internacionales sobre inversiones, arbitraje comercial internacional, Caso *METALCLAD Corporation*.

INTRODUÇÃO

O Tratado de Livre Comércio da América do Norte (TLCAN), firmado entre Canadá (primeiro-ministro Martin Brian Mulroney), Estados Unidos (presidente George Herbert Bush) e México (presidente Carlos Salinas de Gortari) em 17 de dezembro de 1992, estabeleceu formalmente uma zona de livre comércio entre os Estados signatários, em conformidade com o GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Ao entrar em vigor, em 1º de janeiro de 1994, formou um bloco geográfico de mais de 21 milhões de quilômetros quadrados e cerca de 400 milhões de consumidores. Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de um tratado internacional por ser um acordo entre Estados e, por isso, regido pelo Direito Internacional Público. Assim, sua aplicação e interpretação obedecem às disposições de direito internacional aplicáveis aos demais tratados internacionais, nos termos, especialmente, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 14 de fevereiro de 1975.¹

O primeiro artigo do TLCAN, de número 101, claramente dispõe que as partes contratantes estabelecem, por meio do tratado, uma zona de livre comércio, afastando, assim, mesmo que de maneira implícita, qualquer comprometimento com uma eventual evolução para os demais níveis de integração econômica, conforme a tipologia de cinco estágios elaborada pelo economista húngaro Bela Balassa.²

¹ ORTIZ ALF, Loretta; VAZQUEZ PANDO, Fernando A.; e DIAZ, Luis Miguel. Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos. Colección Ensayos Jurídicos. 2. ed. México DF: Themis, 2000. p. 7.

² De acordo com a classificação desse autor, há cinco etapas no processo de integração econômica. A primeira delas se denomina Área ou Zona de Livre Comércio (ZLC) e corresponde à eliminação de todas as barreiras (alfandegárias ou quantitativas) ao comércio entre seus países-membros. Nela se situa o TLCAN porque, na realidade, o tratado incorpora alguns elementos ou características de estágios mais avançados de integração, como a eliminação de restrições à livre circulação de fatores produtivos diversos às mercadorias, como o comércio de serviços, capitais e tecnologia, a harmonização de certas políticas econômicas, a previsão de regras comuns sobre concorrência e investimentos e a solução de controvérsias com decisões obrigatórias para os membros. Mesmo com tantas previsões que excedem a tipologia correspondente à definição de uma ZLC, o TLCAN permanece sem adequar-se completamente a nenhuma outra etapa da classificação aqui abordada, de modo que seu enquadramento nesta primeira fase ainda é o que mais respeita a classificação original. Os estágios subsequentes são a União Aduaneira, o Mercado Comum, a União Econômica e a Integração Econômica. (BALASSA, Bela. Teoria da integração econômica. *Coleção Estudos de Economia Moderna*. v. 2. Lisboa: Lce, 1961. p. 13 e ss.)

O mesmo artigo 101 do TLCAN diz que a zona de livre comércio criada pelo tratado obedece ao GATT³, seguindo a tendência segundo a qual os acordos de integração econômica regional fazem referência ao GATT e, mais modernamente, à OMC, à medida que os tratados constitutivos dessas organizações internacionais prevêm exceções a seus princípios basilares (reciprocidade e não-discriminação), destacadamente nos casos de acordos de integração econômica (art. XXIV) e de preferências tarifárias concedidas por países desenvolvidos àqueles em vias de desenvolvimento (art. XXXVI da Parte IV).

É o caso previsto no referido art. 101 do TLCAN, que expressa a obediência da zona de livre comércio criada pelo tratado ao art. XXIV do GATT, pelo qual este pode autorizar algumas discriminações se as mesmas estiverem ligadas às zonas de livre comércio. Tal artigo do GATT reconhece que os blocos econômicos visam a uma integração mais estreita entre os territórios constitutivos e devem ter por objetivo facilitar o comércio entre eles e não opor mais obstáculos. Essas associações de países, que buscam crescimento econômico equilibrado e mais homogêneo puderam constituir-se sem ter que conceder os benefícios pactuados aos demais Estados-partes do GATT por força desse art. XXIV. O fundamento das exceções ao princípio da não-discriminação está na premissa segundo a qual o êxito da reciprocidade pressupõe parceiros em iguais condições. Dessa forma, os blocos

³ O Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (em inglês, GATT), que entrou em vigor em 1º de julho de 1948, firmou-se como um mecanismo para incentivar o intercâmbio internacional de mercadorias. Composto de trinta e oito artigos, continha princípios e normas a serem aplicados ao comércio mundial com o intuito principal de eliminar os obstáculos às trocas internacionais desde a recessão de 1929 até os anos posteriores à Segunda Grande Guerra. Desenvolvia-se em rodadas de negociação, das quais a última foi a iniciada em 1986 em Punta del Este/Uruguai e encerrada em abril de 1994 em Marrakech/Marrocos, onde foi assinada a Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais do que se conhece por Rodada Uruguai. O GATT de 1994, como é também conhecida a última rodada, inclui os dispositivos do GATT de 1947 com algumas alterações, os protocolos e certificações sobre concessões tarifárias, os protocolos de adesão (excluídas as disposições provisórias) e as decisões tomadas durante a vigência do GATT de 1947. A Rodada Uruguai logrou um maior incremento no comércio mundial por meio das mudanças e inovações instituídas, tais como a extensão do acordo original para englobar, além do comércio de mercadorias, também o de serviços e a proteção da propriedade intelectual relativa ao comércio; a ampliação e a maior precisão conferida às regras sobre *dumping*, subsídios e salvaguarda; a aprimoração das normas de solução de controvérsias, dentre outras. Contudo, a conquista mais importante da Rodada Uruguai foi a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), que é uma instituição de caráter administrativo com a atribuição de presidir os processos de negociação comercial e servir de foro para a solução das controvérsias surgidas entre os seus Estados-membros. O GATT e hoje a OMC são baseados em dois princípios fundamentais para cumprir seus objetivos de avançar a liberação do comércio pela garantia de acesso aos mercados com competição justa e de aumentar a previsibilidade das condições em que opera o comércio internacional. Tais princípios são o da reciprocidade e o da não-discriminação. (PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 37-43). Também RÊGO, Elba Cristina Lima. *Do GATT à OMC: o que mudou, como funciona e para onde caminha o sistema multilateral de comércio*. Disponível a partir de <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/gatt.pdf>> Acesso em 10 nov. 2004

de integração econômica, que constituem áreas de concessões tarifárias e não tarifárias recíprocas e não estendidas a terceiros países são possíveis, sem o dever de conceder reciprocidade aos países extrabloco, de modo que tal regra permitiu não só a formação da Área de Livre Comércio da América do Norte via TLCAN, como também o Mercosul, por exemplo.⁴

Também o art. XXXVI do mesmo acordo representa outra exceção ao princípio da não-discriminação, como já referido, à medida que autoriza países desenvolvidos a conceder tratamento tarifário ou não tarifário mais favorável a países em desenvolvimento sem contrapartida específica e sem ter que estender tais benefícios aos demais membros do acordo GATT/OMC. Trata-se da cláusula de habilitação, que permitiu a criação do Sistema Geral de Preferências (SGP), por meio do qual os países que assim desejaram puderam conceder vantagens comerciais àqueles em desenvolvimento sem reclamar o direito à reciprocidade.

Nesse contexto o México foi aceito pelos Estados Unidos como beneficiário do SGP. Como esse esquema é temporário e contém diversas restrições, como tetos aos volumes comercializados, ajustes qualitativos periódicos, adições e exceções de produtos, as quais limitam as expectativas de médio e longo prazos dos países beneficiados, o TLCAN permite ao México um esquema de vantagens comerciais de maior segurança devido à constante erosão anual do SGP que o beneficia. (ORTIZ ALF, VAZQUEZ PANDO e DIAZ, 2000. p. 6)

Visando a aumentar o comércio de bens e serviços, assim como intensificar os fluxos de investimentos na região, o TLCAN estabeleceu princípios e mecanismos para eliminar barreiras ao comércio, promover uma livre e justa concorrência, atrair investimentos, proteger a propriedade intelectual, fomentar a cooperação trilateral e regional, dentre outros objetivos específicos. O art. 102 do Capítulo I desse tratado elenca taxativamente seus objetivos.

⁴ É o caso previsto no referido art. 101 do TLCAN, que expressa a obediência da zona de livre comércio criada pelo tratado ao art. XXIV do GATT, pelo qual este pode autorizar algumas discriminações se as mesmas estiverem ligadas às zonas de livre comércio. Tal artigo do GATT reconhece que os blocos econômicos visam a uma integração mais estreita entre os territórios constitutivos e devem ter por objetivo facilitar o comércio entre eles e não opor mais obstáculos. Essas associações de países, que buscam crescimento econômico equilibrado e mais homogêneo puderam constituir-se sem ter que conceder os benefícios pactuados aos demais Estados-partes do GATT por força desse art. XXIV. O fundamento das exceções ao princípio da não-discriminação está na premissa segundo a qual o êxito da reciprocidade pressupõe parceiros em iguais condições. Dessa forma, os blocos de integração econômica, que constituem áreas de concessões tarifárias e não tarifárias recíprocas e não estendidas a terceiros países são possíveis, sem o dever de conceder reciprocidade aos países extrabloco, de modo que tal regra permitiu não só a formação da Área de Livre Comércio da América do Norte via TLCAN, como também o Mercosul, por exemplo. (PIRES, 2001. pp. 39-41).

Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes: (a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes; (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio; (c) **aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes**; (d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes; (e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y (f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.[grifei]⁵

Pode-se afirmar que esses objetivos são os meios pelos quais os três Estados-membros pretendem atingir os propósitos mais gerais enunciados no preâmbulo do Tratado, que, por força do disposto no art. 31 da já referida Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é parte do próprio tratado e deve ser considerado para a interpretação do mesmo.⁶ Refere o preâmbulo que os governos dos três países acordaram o TLCAN decididos a:

REAFIRMAR los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus naciones; CONTRIBUIR al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y a ampliar la cooperación internacional; CREAR un mercado más extenso y seguro para los bienes y los servicios producidos en sus territorios; REDUCIR las distorsiones en el comercio; ESTABLECER reglas claras y de beneficio mutuo para su intercambio comercial; **ASEGURAR un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión**; DESARROLLAR sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación ; FORTALECER la competitividad de sus empresas en los mercados mundiales; ALENTAR la innovación y la creatividad y fomentar el comercio de bienes y servicios que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual; CREAR nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios; EMPRENDER todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del ambiente; PRESERVAR su capacidad para salvaguardar el bienestar público; PROMOVER el desarrollo sostenible; REFORZAR la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental; y PROTEGER, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores; [grifei]⁷

⁵ CANADÁ, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA e ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tratado de Livre Comércio da América do Norte. Disponível em <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?ArticleID=309>. Acesso em 27 jan. 2003.

⁶ Mesmo que os Estados Unidos não sejam parte dessa convenção, seu caráter codificador do direito internacional que já existia anteriormente autoriza sua aplicação aos três Estados. O mesmo artigo da convenção estatui que a interpretação de um tratado levará em conta seu objetivo e seu fim, que, no caso do TLCAN, estão explicitados, fundamentalmente, no preâmbulo.

⁷ Ibid. Disponível em <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=630>. Acesso em 27 jan. 2003.

Sua entrada em vigor, no dia 1º de janeiro de 1994, abriu as portas de seus três países membros a grandes expectativas quanto à reorganização dos esquemas tradicionais do comércio internacional e de suas áreas conexas, já que o comércio de mercadorias não é o único objeto dos acordos internacionais de livre comércio. Estes incluem outros elementos que integram a infraestrutura necessária para alcançar um comércio eficiente e seguro, como um sistema financeiro ágil e capaz de aplicar-se a outros sistemas similares e uma rede de seguros que protejam tanto os bens como o transporte dos mesmos. Da mesma forma, é imprescindível a um acordo de livre comércio do porte do TLCAN a proteção aos investimentos intrabloco, para atrair e manter os investidores internacionais, bem como a previsão de um sistema eficiente de resolução de controvérsias nas diversas áreas contempladas pelo tratado, garantindo segurança jurídica e transparência nos procedimentos.

Considerando todas essas peculiaridades e vencidas, na medida do possível, todas as dificuldades que surgiram na negociação justamente em virtude da diversidade, da complexidade e do atrelamento dos temas, o tratado foi estruturado em um preâmbulo e oito partes, as quais encerram vinte e dois capítulos, cada um contendo uma série de artigos e muitos desses artigos compreendendo anexos e notas. Ao final de todos os capítulos, o tratado inclui uma lista de sete anexos independentes. Os artigos estão numerados em função do capítulo do qual formam parte e os anexos de artigos levam o mesmo número deste, como, por exemplo, os anexos 403.1, 403.2 e 403.3 do art. 403.⁸

⁸ A Primeira Parte contém os Aspectos Gerais e engloba os capítulos I e II, os quais se ocupam dos Objetivos do tratado (arts. 101 a 105) e das Definições Gerais (art. 201). A Segunda Parte, intitulada Comércio de Bens, está integrada pelos capítulos de III a VIII. O Capítulo III disciplina o Tratamento Nacional e o Acesso dos Bens ao Mercado (arts. 300 a 315), o Capítulo IV traz as Regras de Origem (arts. 401 a 415), o Capítulo V contém os Procedimentos Aduaneiros (arts. 501 a 514); o Capítulo VI regulamenta Energia e Petroquímica Básica (arts. 601 a 609), o Capítulo VII normatiza o Setor Agropecuário e as Medidas Sanitárias e Fitosanitárias (art. 701 a 724) e, por fim, o Capítulo VIII trata das Medidas de Emergência (arts. 801 a 805). A Terceira Parte cuida das Barreiras Técnicas ao Comércio e contém o Capítulo IX, destinado às Medidas Relativas à Normalização (arts. 901 a 915). A Quarta Parte, intitulada Compras do Setor Público abriga o Capítulo X, de mesmo nome (arts. 1001 a 1025). A Sexta Parte do tratado se dedica à Propriedade Intelectual, de modo que assim se denomina, bem como seu Capítulo XVII (arts. 1701 a 1721). A Sétima Parte do tratado é referente às Disposições Administrativas e Institucionais e inclui os Capítulos XVIII, sobre Publicação, Notificação e Administração de Leis (arts. 1801 a 1806); XIX, sobre Revisão e Solução de Controvérsias em Matéria de Quotas *Antidumping* e Compensatórias (arts. 1901 a 1911) e XX, sobre Disposições Institucionais e Procedimentos para a Solução de Controvérsias (arts. 2001 a 2022). A Parte Oitava, por sua vez, contém os Capítulos XXI, que compreende as Exceções ao tratado (arts. 2101 a 2107), e XXII, o qual encerra as Disposições Finais (arts 2201 a 2206). No final, depois da oitava parte, o tratado traz a lista dos sete anexos O Anexo I elenca as Reservas dos países em

A Quinta Parte, chamada Investimento, Serviços e Assuntos Relacionados contém seis capítulos, a saber: o Capítulo XI, objeto do presente estudo, destinado aos Investimentos (arts. 1101 a 1139), o Capítulo XII, para o Comércio Transfronteiriço de Serviços (arts. 1201 a 1213), o Capítulo XIII, sobre Telecomunicações (arts. 1301 a 1310), o Capítulo XIV, regulamentando os Serviços Financeiros (arts. 1401 a 1416), o Capítulo XV, dispondo sobre Política em Matéria de Concorrência, Monopólios e Empresas do Estado (arts. 1501 a 1505) e o Capítulo XVI, prescrevendo sobre a Entrada Temporária de Pessoas de Negócios (arts. 1601 a 1608).

É necessário, outrossim, destacar a estrutura institucional do tratado, disposta no já citado Capítulo XX. Pode-se dizer que o sistema institucional do TLCAN é bastante simples e denota a falta de intenção (ou vontade política) em alcançar um maior grau de integração. É formado por: uma Comissão de Livre Comércio, composta de representantes dos três Estados, e uma Secretaria.⁹

De acordo com o art. 2001, a Comissão deve supervisionar sua colocação em prática, vigiar seu desenvolvimento, resolver as controvérsias que surjam com respeito a sua interpretação ou aplicação, supervisionar o trabalho dos comitês e grupos de trabalho estabelecidos conforme o TLCAN e conhecer de qualquer outro assunto que possa afetar o funcionamento do mesmo. Pode estabelecer e delegar responsabilidades em comitês *ad hoc* ou permanentes, grupos de trabalho e de especialistas; solicitar a assessoria de pessoas ou grupos sem vinculação governamental; e adotar qualquer outra ação para o exercício de suas funções, se assim acordarem as partes. A Comissão de Livre Comércio estabelece as próprias regras e procedimentos, suas decisões se tomam por consenso (a menos que ela mesma disponha de outra maneira) e suas reuniões são ao menos anuais, com presidência sucessiva de cada um dos Estados-membros.

Relação a Medidas Existentes e Compromissos de Liberalização; o Anexo II traz as Reservas com Relação a Medidas Futuras; Anexo III lista as Atividades Reservadas ao Estado; o Anexo IV arrola as Exceções à Cláusula da Nação Mais Favorecida; o Anexo V contém as Restrições Quantitativas; o Anexo VI se reserva a Compromissos Diversos e o Anexo VII encerra Reservas, Compromissos Específicos e Outros. A partir de todos os títulos citados acima, pode-se perceber a diversidade de matérias englobadas pelo tratado. O inteiro teor do Tratado de Livre Comércio da América do Norte por ser consultado no sítio da rede Mundial de Computadores da Secretaria do TLCAN, nos três idiomas oficiais: francês, inglês e espanhol. <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=628> Acesso em 22 fev. 2004

⁹ Para mais detalhes sobre a Comissão de Livre Comércio e o Secretariado do TLCAN, vide PEREZNIETO CASTRO, Leonel; e SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. México: Oxford University Press, 2003. pp. 461 e ss.

A Secretaria, por sua vez, é um órgão administrativo estabelecido de acordo com o art. 2002 do TLCAN, para, sobretudo, prestar assistência à Comissão nos casos de solução de controvérsias, primando pela imparcialidade. Concebido e supervisionado pela Comissão e integrado por seções nacionais, cada um dos Estados-partes ficou responsável de estabelecer o escritório permanente da sua seção; de encarregar-se da operação e dos custos da mesma, assim como da remuneração e dos gastos de seus painelistas, membros dos comitês e dos comitês de revisão científica formados conforme o Anexo 2002.2; de designar seu secretário, responsável por sua administração e gestão; e de notificar à Comissão o domicílio do escritório da sua seção. A Secretaria deve proporcionar assistência à Comissão; dar apoio administrativo aos painéis e comitês jurídicos do Capítulo XIX e aos painéis criados conforme o Capítulo XX; auxiliar o trabalho dos demais comitês e grupos formados conforme o tratado e, em geral, facilitar o funcionamento do TLCAN.

Um órgão administrativo semelhante à Secretaria, a Secretaria Binacional do Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos, era encarregada de administrar as disposições sobre resolução de controvérsias de tal tratado e continha dois escritórios, conhecidos como Seções Nacionais, localizados em Ottawa e Washington D.C. Com o advento do TLCAN, Canadá e Estados Unidos reaproveitaram os escritórios, rebatizando-os como Seção Canadense e Seção Estadounidense do Secretariado do TLCAN, ao passo que o México precisou constituir sua Seção Nacional, o que foi feito em sua capital.

Tecidas essas considerações sobre o sistema institucional, fica evidente que o TLCAN não representa uma evolução verdadeira no sistema de integração entre os três países, eis que a Comissão de Livre Comércio, da maneira como foi estruturada, denota a adversidade dos Estados-membros a uma estrutura burocrática internacional permanente, em especial ao que se refere à sazonalidade de suas reuniões, sua composição por funcionários públicos dos países partes do tratado e da utilização do consenso na tomada de decisões.

Além do Tratado constitutivo, foram firmados no âmbito do TLCAN dois acordos de cooperação conhecidos como paralelos ou *side agreements* em matéria ambiental e trabalhista, o que reflete preocupações de ordem social e não apenas objetivos econômicos. Trata-se do Acordo de Cooperação Ambiental da América do

Norte, composto de sete partes, 51 artigos e 5 anexos, e do Acordo de Cooperação Trabalhista da América do Norte, que encerra sete partes, 55 artigos e 7 anexos.

O primeiro visa a garantir que a liberalização comercial e os esforços para proteger o meio ambiente sejam mutuamente sustentáveis. As metas centrais desse acordo são o encorajamento da proteção e da melhoria do meio ambiente e dos esforços de preservação, a promoção do desenvolvimento sustentável, o aumento da cooperação na área e a aplicação das leis ambientais. Esse acordo criou três órgãos para promover tais objetivos: 1) a Comissão para a Cooperação Ambiental, da qual participam os três Estados-membros; 2) a Comissão de Cooperação Ambiental de Fronteira; e 3) o Banco de Desenvolvimento Norte Americano. Estes dois últimos operam entre Estados Unidos e México de acordo com um tratado firmado em 1993, o qual criou um programa de infraestrutura ambiental para as comunidades da fronteira entre os dois países, com fundos públicos e privados, o qual privilegia projetos de água potável, tratamento de esgoto e descarte de lixo municipal sólido.

O Acordo de Cooperação Trabalhista, por sua vez, promove a aplicação das leis trabalhistas nacionais de modo transparente e criou a Comissão para a Cooperação trabalhista, uma instituição trilateral composta por um Conselho Ministerial, com o objetivo de implementar o acordo, promover atividades de cooperação e dirigir o trabalho do outro órgão criado, a Secretaria. Também estabeleceu instituições domésticas: os Escritórios Administrativos Nacionais em cada um dos três países e comitês consultivos governamentais.¹⁰

Lembrando-se que toda a ampla gama de temas abarcados pelos capítulos do tratado, bem como de seus anexos e dos referidos acordos paralelos que foram todos negociados ao mesmo tempo, durante o breve período compreendido entre junho de 1991 e agosto de 1992, como se verá adiante, já se pode inferir que muitas controvérsias surgiram e vários foram os impasses superados e os compromissos assumidos por meio de concessões. Uma dessas áreas em que mais discussões e negociações houve foi o campo dos investimentos estrangeiros, área de destaque no mundo desde a década de 1990, principalmente devido à necessidade dos países em desenvolvimento de atrair fluxo de capitais não-voláteis para se inserirem no modelo econômico pós-Guerra Fria e ao fato de a tradicional balança de poder

¹⁰ Os acordos referidos podem ser obtidos a partir do sítio da Rede Mundial de Computadores da Organização dos Estados Americanos. <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_p.asp> Acesso em 14 set. 2004.

entre as partes envolvidas - Estados e investidores particulares - estar mudando com o objetivo de proteger cada vez mais o investidor da influência e da autoridade do Estado receptor do investimento¹¹.

Enquanto outros setores da globalização avançaram de maneira progressiva e gradual, a dinâmica dos investimentos estrangeiros diretos constituiu uma verdadeira explosão em termos de valores e de expansão pelos países. O tratamento dos investimentos estrangeiros por parte dos Estados receptores de capitais experimentou mudanças estruturais que já são sentidas no mundo inteiro, também na América Latina e, especialmente, na Argentina. Por outro lado, foi também devido a tais mudanças estruturais em suas políticas nacionais que os mesmos países atraíram boa parte desse capital, como por exemplo conduzindo processos de democratização, de estabilização macroeconômica, de abertura comercial e financeira, de processos de privatização, da desregulamentação dos investimentos privados e da consolidação dos processos de integração regional, fator este que garantiu maiores economias de escala às empresas transnacionais.

Esse novo fenômeno é visto como um reflexo de uma cultura de liberalização na qual os investimentos precisam ser estimulados e os Estados competem pelo capital estrangeiro, de modo que a construção das normas sobre investimentos jurídicos diretos no TLCAN responde a essa tendência, normatizando-a. Ao mesmo tempo, os tratados internacionais outorgam à propriedade estrangeira um maior grau de proteção que a reconhecida pelo direito internacional em geral, podendo favorecer os investidores internacionais em detrimento do Estado receptor do capital.

Decisões políticas quanto à incorporação de países em vias de desenvolvimento aos sistemas de economia de mercado replantearam a necessidade de modificar substancialmente os regimes jurídicos vinculados aos investimentos em geral e aos investimentos estrangeiros em particular. No caso do TLCAN, criou-se um bloco com três sócios, que precisaram se adaptar a tais modificações, sobretudo o México, que possuía a economia mais fechada. As tradicionais posições da maioria dos Estados em vias de desenvolvimento sobre o que se deveria entender por garantias aos investimentos estrangeiros em relação

¹¹ MYRVANG, Anna K. An illustration of how traditional arbitration is being changed by modern international investment law: investor-State arbitration under Chapter XI and the Energy Charter treaty. *University of Dundee Journal*. v. 13. July/2003. Disponível a partir de <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol13/vol13-11.html>>. Acesso em 08 fev. 2004.

aos estándares mínimos, como o tratamento nacional, foram cedendo lugar ao reconhecimento das exigências dos Estados desenvolvidos, como o tratamento justo e eqüitativo, o tratamento não discriminatório, as garantias contra expropriaes e aplicao da cláusula da nao mais favorecida, por exemplo.

Nas últimas duas décadas, a grande maioria dos países celebrou acordos em matérias de investimentos, como se verá adiante, para promover suas políticas de desenvolvimento econmico e como forma de atrair capitais externos, o que, de diversas maneiras, liberam, fomentam, protegem ou regulam as correntes internacionais de investimentos. Assim, em face das normas clássicas de direito internacional, surge um direito convencional internacional que constitui uma extensa rede mundial e é conhecido como "regime jurídico internacional dos investimentos estrangeiros". Dessa maneira, o direito frente  globalizao deixa de ser um conceito jurídico exclusivo de cada Estado e se converte em direito comum regulador de atividades que, tradicionalmente, estavam sob a potestade soberana do Estado. A soberania estatal de maneira clássica e tradicional estava associada  idéia de um poder político supremo e da capacidade excludente do Estado para reger as atividades econmicas desenvolvidas em seu território. A globalizao econmica restringiu essa potestade ao condicionar, por meio de regimes internacionais, sua funo de legislador e regulador. Assim, o direito adquiriu um caráter instrumental ao se converter, internacionalmente, muitas vezes, em um meio de soluço de controvérsias entre Estados e entre estes e nacionais de outros Estados, retirando importância dos meios diplomáticos ou políticos de soluço de controvérsias.¹²

A mesma tendência liberal referida também se refletiu no campo das solues de litígios internacionais, eis que com ela traz o nascimento de um novo ramo do direito arbitral, que é a maneira já considerada como de praxe nestes casos: uma lei arbitral especial para os investimentos internacionais, popularizando um sistema a que um particular pode aceder em nome próprio contra um Estado-nacional. Na verdade, o TLCAN foi o primeiro tratado trilateral a criar e adotar um sistema arbitral próprio de soluço de controvérsias sobre investimentos. Considerando as novas regras sobre investimentos estrangeiros e a tendência cada vez mais presente 

¹² TEMPONE, Eduardo Rubén. *Protección de inversiones extranjeras*. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina: 2003. p. 15. No mesmo sentido e mais elaborado, FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. *Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho*. Madrid: Trotta, 2001. pp. 95-114.

livre circulação de capitais entre países, é necessário atentar para o papel do Estado nesse novo regime internacional e também para a importância dos novos atores desse processo: os investidores, que se traduzem em empresas transnacionais, e as populações afetadas de uma maneira ou outra pelas movimentações de capital.

Introduzidas as principais informações iniciais sobre o TLCAN e apresentado o contexto básico em que se desenvolveu este trabalho, convém esclarecer que os conceitos teóricos empregados são da Teoria da Interdependência Complexa, desenvolvida por Robert O. Keohane e Joseph S. Nye a partir dos anos 1970. A escolha dessa teoria se deve ao fato de suas características principais, bem como seus conceitos, adequarem-se para abordar o tema apresentado à medida que são características dessa teoria: 1) o reconhecimento da existência de outros atores internacionais, além dos Estados nacionais, os quais participam diretamente das relações internacionais e que, no presente estudo, são os investidores intrabloco e as organizações internacionais; 2) a ausência de uma hierarquia entre os diversos temas e tópicos da agenda internacional, o que se adequa ao tema apresentado à medida que o mesmo grau de importância é atribuído às questões econômicas, políticas, jurídicas, financeiras, ambientais, sociais, etc., referentes ao TLCAN; e 3) a ineficácia da força militar como instrumento de política, o que também é perceptível, à medida que os esforços integracionistas e de cooperação estão presentes no TLCAN e que os conflitos são resolvidos a partir de um sistema legal previamente estabelecido.

Considerando-se essas particularidades, tal aporte teórico é o que melhor explica a interação entre Estados e investidores, que são pessoas jurídicas de direito privado (empresas transnacionais). A adequação dessa teoria também é evidenciada pelo fato de que o TLCAN constituiu uma zona de livre comércio, ou seja, uma etapa do processo de integração, e que outros atores, além dos Estados, estão envolvidos na elaboração das políticas internas e internacionais dos países desse bloco, direta ou indiretamente, de modo que as instituições acabam influenciando as relações entre Estados e entre estes e particulares. Assim, não se estabelece uma hierarquia entre as variadas questões da agenda internacional dos países do bloco. Cada área dessa agenda possui múltiplas dimensões e cada uma delas lida com padrões específicos de poder e influência.

A teoria de Keohane também constata que há cooperação entre os Estados, mesmo em um ambiente internacional anárquico, e que os problemas que

enfraquecem a cooperação, tais como os conflitos que serão abordados nesta dissertação, podem ser contornados através da criação e da manutenção de instituições internacionais de governança, como, por exemplo, o estabelecimento de mecanismos de resolução de controvérsias. Assim, o conceito e a existência de cooperação, sob a ótica de Keohane e Nye, não excluem a ocorrência de conflitos entre os atores que se integram. Ao contrário, as instituições – definidas como organizações formais ou informais às quais pertencem as nações voluntária e soberanamente – servem para encorajar a cooperação sob a anarquia internacional.¹³

O presente estudo se estrutura, para melhor apresentação e compreensão, em duas partes. A primeira, abordando a construção das normas sobre investimentos estrangeiros no âmbito do TLCAN e a segunda, estudando sua aplicação efetiva por meio do estudo de um caso empírico e dos atores nele envolvidos.

¹³ Vários conceitos-chave da teoria de Keohane e Nye serão utilizados para a interpretação dos dados colhidos, tais como “instituições”, “atores internacionais”, “cooperação sob a anarquia”, “conflitos”, “relações transnacionais”, “canais múltiplos de conexão entre sociedades”, “interações”, “soberania”, “autonomia”, entre outros. (KEOHANE, Robert O. e NYE, Joseph S. Realism and Complex Interdependence. *International Relations – critical concepts in Political Science*. 2. ed. 2. vol. London and New York: Routledge – Andrew Linklater, 2001. pp. 718 a 731. Dos mesmos autores, *Power and interdependence*. 2. ed. HarperCollins Publishers, 1989. Também KEOHANE, Robert O. *After hegemony*. Baltimore: Princeton University Press, 1984.)

PARTE I - A CONSTRUÇÃO DAS NORMAS SOBRE OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO TLCAN

A construção das normas sobre os investimentos estrangeiros no marco do TLCAN remonta à evolução das relações econômico-comerciais entre os três países do bloco e de suas tentativas de integração, muitas vezes nem reconhecidas como tal, as quais, como se verá no decorrer deste trabalho, iniciaram-se muito antes da negociação do tratado, oscilando em períodos de maior cooperação ou conflito até a fase atual de complementariedade em alguns campos. Não basta, assim, estudar as regras adotadas pelos Estados membros no Capítulo XI. É preciso entender de onde surgiram as condições e as necessidades dos três países que os levaram a criá-las e a adotá-las, bem como as circunstâncias imediatamente anteriores à negociação do Capítulo XI e as novidades trazidas por tal capítulo não só à Área de Livre Comércio da América do Norte, mas ao regime contemporâneo de investimentos estrangeiros mundial.

Entretanto, é com o advento do TLCAN que o marco jurídico sobre investimentos estrangeiros comum à região é concebido, já dentro do atual regime internacional de investimentos estrangeiros, visando à atração de investidores por meio da aportação da segurança jurídica que um regime definido e comum aos três países do bloco proporciona. Para compreender a construção desse regime, suas razões de ser, seu funcionamento e sua aplicação prática, faz-se necessário um exame minucioso, dividido em estágios.

Para tanto, é preciso, primeiramente, percorrer o caminho trilhado pelos três principais países da América do Norte (já que Bermudas e Groenlândia não fazem parte do bloco) até chegar ao seu atual estágio de integração e, logo, examinar suas principais regras sobre investimentos estrangeiros diretos, tanto materiais quanto procedimentais, objetivo do presente estudo. Assim, essas são as proposições da Parte I do presente trabalho, que se apresenta dividida em dois subcapítulos principais e estes, por sua vez, em alguns títulos menores.

A. As relações econômicas entre os principais países da América do Norte e a negociação do TLCAN

Canadá, México e Estados Unidos possuem um histórico conturbado no que se refere à integração econômica. Canadá e Estados Unidos, por exemplo, negociaram o tema com mais ou menos intensidade por quase dois séculos.

No período posterior à Revolução Americana, existia no Canadá o temor de uma anexação de seu território pelos Estados Unidos, de modo que um tratado de livre comércio representava uma opção preferível. Quando as forças favoráveis a uma integração comercial atingiam seu auge, na metade do século XIX, Lorde Elgin, governador do Canadá, então sob domínio britânico, negociou e firmou o Tratado Elgin-Marcy de 1854, estabelecendo livre comércio de quase todos os bens, assim como o acesso mútuo aos territórios de pesca de ambas as partes. Os Estados Unidos acabaram causando a abrogação do tratado em 1866, logo após a Guerra da Secessão (1861-1865), na qual os estados do norte, conhecidos como *The Union*, venceram os onze *Confederate States* do sul. Dada a simpatia declarada do Reino Unido pelos estados do sul, era permitido aos estados dessa região a exploração, a construção e o conserto de barcos pesqueiros na parte britânica do Canadá, o que originou um conflito de proporções internacionais conhecido como o Caso Alabama, famoso por ter sido um dos primeiros a ser submetido à arbitragem. Trata-se de uma disputa diplomática entre Estados Unidos e Reino Unido que se originou da Guerra Civil Estadounidense ou Guerra da Secessão (1861-1865) e foi pacificada por meio de arbitragem internacional, à qual as partes decidiram se submeter pelo Tratado de Washington (1871), pelo qual convencionaram que o conflito seria resolvido por um tribunal arbitral especialmente criado para dirimir a controvérsia em Genebra. A solução pacífica das demandas fixou um precedente importante para a resolução de disputas internacionais por meio da arbitragem.¹⁴

¹⁴ A controvérsia começou quando agentes da Confederação encomendaram aos britânicos a fabricação de navios de guerra. Disfarçados de navios mercantes com o objetivo de burlar as leis de neutralidade a que estava sujeito o Reino Unido, navios-pirata capturavam não só a carga, mas também navios da União. O mais exitoso desses navios foi o Alabama, lançado em 1862, que capturou 58 navios mercantes da União antes de ser afundado em 1864 perto da costa da França. Vários outros navios da Marinha da Confederação haviam sido construídos pelo Reino Unido e, juntos, afundaram mais de 150 navios da União. Os Estados Unidos exigiram do Reino Unido uma compensação pelos danos que lhe haviam causado tais navios, alegando que o governo britânico, ao ajudar na criação de uma marinha confederada, havia violado as leis da neutralidade internacional. O tribunal arbitral ditou seu laudo em 1872, ordenando o pagamento de indenização no valor de US\$ 15,5 milhões por danos diretos. (United States Department of State. *The Alabama Claims*. Disponível a partir de

O mesmo caso é também conhecido por ter originado legislação internacional sobre o princípio da neutralidade¹⁵, sobre o qual há vasta bibliografia disponível em todo o mundo, mas particularmente nos países envolvidos no conflito.¹⁶ O Canadá se independizou do Reino Unido em 1867 por Ato do Parlamento e as tratativas visando ao livre comércio foram mantidas até o final do século XIX, quando ambos os países instituíram altas tarifas para fomentar seus setores manufatureiros nacionais. Em 1911 os Estados Unidos conseguiram negociar um tratado que foi inclusive ratificado pelo seu Congresso, mas que careceu de ratificação no Congresso canadense por forças oposicionistas ligadas às manufaturas.

Nas décadas de 1920 e 1930, o protecionismo foi mantido, uma vez que ambos os países almejavam remediar a depressão econômica em que se encontravam por meio de restrições ao comércio internacional. Somente em 1935 buscou-se novamente um regime de trocas mais livre, eis que o presidente Franklin

<<http://www.state.gov/r/pa/ho/time/cw/17610.htm>> Acesso em 24 nov. 2004). A título de curiosidade, o brasileiro Visconde de Itajubá integrou o painel arbitral que apreciou e julgou o Caso Alabama. (MARTINS, Pedro A. Batista. *A arbitragem no Brasil*. Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Disponível a partir de <http://www.camaradearbitragem.org.br/documentos/arbitragem_brasil.pdf>. Acesso em 24 nov. 2004)

¹⁵ A neutralidade é a abstenção de um Estado de uma guerra que se realiza entre outros Estados. É um ato discricionário do Estado e cria direitos e deveres na ordem internacional. O Estado neutro deve se abster de auxiliar qualquer uma das partes em luta, de forma direta ou indireta. Este dever se originou no século XVIII e foi definitivamente consagrado no século XIX. O Estado neutro deve ser imparcial, dando aos beligerantes um tratamento igual. A simples simpatia por um deles não é violação da neutralidade, mas neutralidade benevolente. Pode-se concluir que a neutralidade tem o seu fundamento na soberania do Estado. Entretanto, com as restrições que são impostas cada vez em maior número à soberania estatal, a neutralidade deverá desaparecer no futuro em nome da solidariedade internacional, como já existem indícios, inclusive neste último grande conflito entre EUA e Iraque. Na verdade, é difícil que os neutros consigam fugir completamente dos efeitos da guerra. Além dos danos que podem lhe ser provocados diretamente, há o risco das repercussões econômicas diretas e indiretas, eis que, geralmente, os beligerantes restringem as exportações para os neutros para que os inimigos não tenham acessos às mesmas.) (COSTA Jr., Emanuel O. A guerra no direito internacional. *Jus Navigandi*. Disponível a partir de <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4415>>. Acesso em 24 nov. 2004).

¹⁶ A respeito do Caso Alabama, recomenda-se também a seguinte bibliografia: BALCH, Thomas W., *The Alabama Arbitration*. (reimpressão de 1900) Freeport: Books for Libraries Press, 1969. 150p. BEAMAN, Charles C. *The National and Private "Alabama Claims" and Their "Final and Amicable Settlement"*. Washington: W.H. Moore, 1871. 358 p. COOK, Adrian. *The Alabama Claims: American Politics and Anglo-American Relations: 1865-1872*. Ithaca: Cornell University Press, 1975. 261p. CROOK, D.P. *Diplomacy during the American Civil War*. New York: John Wiley and Sons, 1975. DAVIS, J.C. *Bancroft. Mr. Fish and the Alabama Claims: A Chapter in the Diplomatic History*. (reimpressão de 1893) Freeport: Books for Libraries Press, 1969. 158p. DWINELLE, John W. *American Opinions on the "Alabama," and Other Political Questions*. London: B. Quaritch, 1870. 74p. KIRKLAND, Charles C. *Liability of the Government of Great Britain for the Depredations of Rebel Privateers on the Commerce of the United States Considered*. New York: A.D.F. Randolph, 1863. UNITED STATES OF AMERICA. *Papers Relating to the Treaty of Washington*. 6 volumes. Washington: GPO, 1872-4. UNITED STATES OF AMERICA. *The Case of the United States, to be Laid Before the Tribunal of Arbitration, to be Convened at Geneva Under the Provisions of the Treaty Between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain*. Washington: GPO, 1872. 204p. Sobre o modelo de tribunal arbitral criado de acordo com o Tratado de Washington de 1871, consultar FAÚNDEZ LEDESMA, Hector. *Los antecedentes de la corte penal internacional. Coalition for the International Criminal Court*. Disponível a partir de <http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Hector_Faundez.pdf> Acesso em 22 nov. 2004

Delano Roosevelt (1933-1945) e o primeiro ministro William Lyon Mackenzie King (1921-1926, 1926-1930, 1935-1948) assinaram o Ato dos Acordos Comerciais Recíprocos, o qual garantia uma redução substancial das tarifas aplicáveis por ambos os países em seu comércio. Este pacto fazia parte da Política da Boa Vizinhança do presidente Roosevelt.

Nos decênios seguintes, Canadá e Estados Unidos tomaram parte no GATT (1947), o que inibiu iniciativas bilaterais, à exceção do Pacto Automotivo Estados Unidos-Canadá de 1965, que garantia livre comércio de automóveis e peças automotivas e originou uma integração expressiva entre as indústrias automotivas das partes. O GATT continuou a satisfazer as expectativas de ambos os países durante a Rodada Tóquio (1973-1979), mas, depois do início da Rodada Uruguai em 1986, Canadá e Estados Unidos começaram a se preocupar em intensificar suas relações comerciais por acreditarem que a Rodada Uruguai fracassaria, eis que já se estendia muito no tempo e estava permeada de controvérsias. Nessa conjuntura, ambos os países começaram a negociar um acordo bilateral de livre comércio, dado que tinham interesses comuns na Rodada Uruguai e percebiam a que campanha da Comunidade Européia para suprimir comercialmente suas fronteiras internas, lançada em 1987, criaria o maior mercado integrado do mundo. Assim, o Tratado de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos (em inglês, CFTA) entrou em vigor em 1º de janeiro de 1989, sem nenhuma cláusula prevendo ou possibilitando o acesso de novos membros, motivo pelo qual a expectativa de inclusão do México, se havia, era quase nula. Mesmo assim, hoje se sabe que as normas do CFTA são a base do TLCAN.¹⁷

As relações comerciais entre Estados Unidos e México antes do TLCAN, por sua vez, foram muito diferentes do relacionamento Estados Unidos-Canadá. O intuito de liberalizar o comércio não estava presente e não houve ao longo da história negociações ou acordos comerciais desse tipo, podendo-se ilustrar a afirmação com o fato de o México só ter participado do GATT em 1986.¹⁸

¹⁷ Para maiores informações sobre o Acordo de Livre Comércio entre Canadá e Estados Unidos, assim como sobre o histórico dos tratados entre os três países, vide ABEYRATNE, Ruwntissa I. R. Legal and economic effects of NAFTA on Canada, Mexico and The United States. *World Competition*. v. 18. n 2. December, 1994. Também DE MESTRAL, Armand L. C. Constitutional Law and Foreign Trade Law in Canada: the impact of the Canada-US Free Trade Agreement. em HILF, M. e PETERSMANN, E.-U. (ed.) National constitutions and international economic law. *Studies in transnational economic law*. v. 8. Deventer: Kluwer, 1993.

¹⁸ Detalhes sobre a aproximação comercial entre México e Estados Unidos podem ser encontrados em OGARRIO, Alejandro; e PEREZNIETO, Leonel. Mexico-United States relations: Economic integration and

A história das relações comerciais entre México e Estados Unidos foi muito confrontacionista e protecionista. A independência do México da Espanha aconteceu em 1821 e se seguiu de períodos de conflitos territoriais com os Estados Unidos. Na década de 1830, a área que hoje corresponde mais ou menos ao estado estadunidense do Texas se tornou o centro da controvérsia e acabou resultando no que se conhece no México como Guerra da Invasão Norte-americana. Em tal guerra, forças de ocupação estadunidenses tomaram a Cidade do México até que, em 1848, México e Estados Unidos firmaram o Tratado de Guadalupe Hidalgo, nome da cidade ao norte da capital em que foi negociado e assinado. Por meio desse tratado, o México transferia um terço de seu território aos Estados Unidos, incluindo partes dos estados que hoje são conhecidos como Califórnia, Arizona, Novo México, Utah, Colorado e Nevada. Tal tratado foi e segue sendo motivo de ressentimento para os mexicanos, o que, por muito tempo, ajudou a impedir qualquer tentativa de cooperação entre os países.

Nos anos que se seguiram à Guerra Mexico-americana, o México entrou em um período de muita instabilidade. Em 1876, Porfírio Díaz assume o poder e domina o país até 1911. Sob seu governo, concessões nas áreas de ferrovias, minas e petróleo foram dadas a estrangeiros e o comércio entre México e Estados Unidos se concentra nos produtos primários. Tratava-se de uma época de muitos contrastes, eis que as elites mexicanas, os investidores estrangeiros e a Igreja Católica eram extremamente beneficiados em detrimento da população mexicana, que vivia em condições de fome e miséria. Essa situação gerou um clima de descontentamento popular que eclodiu em 1910 por meio da Revolução Mexicana, a qual perdurou sete violentos anos até a adoção da nova Constituição da República Federal do México em 1917, descrita como "uma declaração multilateral de guerra direcionada contra os grandes proprietários de terras, aos patrões, ao clero e às companhias mineradoras"¹⁹. Ademais da reforma agrária, também os estrangeiros eram um dos principais focos das mudanças revolucionárias no México. Em 1938, o presidente Lázaro Cárdenas del Río (1934-1940) estatizou todas as companhias petroleiras estrangeiras que tinham atividades no México, assim como seus bens, o que foi

foreign investment. *Houston Journal of International Law*.v. 12. n. 2 1990. p. 223-234. e VALDEZ, A. L. Strengthening the United States-Mexico Relation: a proposal for establishing a free-trade zone and co-production zone. *California Western International Law Journal*. v. 18. n. I. 198701988. pp. 65-74.

¹⁹ MARGADANT SPAMJAERDT-SPECKMAN., Guillermo Floris. *Introducción a la historia del derecho mexicano*. 18. ed. Naucalpan/ Estado de México: Esfinge, 2001. p. 84. (total 296p)

considerado uma declaração de independência econômica. Uma remanente atual dessa medida é a PEMEX, a empresa estatal de monopólio de gás natural e petróleo.

Depois da Segunda Grande Guerra, o México adotou políticas de substituição de importações e de controle dos investimentos estrangeiros, visando a aumentar as tarifas e outras barreiras às importações para beneficiar os produtores mexicanos, protegendo-os da concorrência internacional. O envolvimento do governo na economia cresceu expressivamente e, não sendo o México membro da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), o aumento no preço do produto nos anos 1970 financiou o desenvolvimento, pagou os custos do isolamento econômico e ensejou uma corrupção endêmica para os padrões latinoamericanos. Em 1981, quando os preços do petróleo caíram drasticamente, a situação mexicana sofreu uma reviravolta, na qual se destacam a grande desvalorização da moeda mexicana - o Peso -, a suspensão do comércio em dólares, a nacionalização dos bancos e o aumento da sua dívida interna. Sob a influência do Fundo Monetário Internacional, o México então abandonou sua política de substituição de importações e afrouxou o controle dos investimentos estrangeiros, adotando a promoção das exportações e apostando, pela primeira vez, no comércio internacional ao aderir ao GATT em 1986. Essa mudança de políticas foi um divisor de águas na história do México e ensejou sua participação, mais tarde, no TLCAN.²⁰

Nessa conjuntura, quando Canadá e Estados Unidos firmaram o CFTA em 1989, o então presidente mexicano Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) procurou negociar um tratado de livre comércio com a Europa, que, no entanto, não mostrou interesse na avença. Assim, procurou os Estados Unidos para a negociação. FOLSOM (1999) assevera que os Estados Unidos prontamente aceitaram um tratado bilateral, mas que o Canadá, que inicialmente não tinha interesse no livre comércio com o México, aceitou participar da negociação trilateral por temor de perder os benefícios conquistados no CFTA.

President Salinas then expressed a desire to negotiate a free trade agreement with the United States. He was influenced in part by the popularity of the idea among the Mexican people, a popularity that remains strong to this

²⁰ Sobre os aspectos históricos, teóricos, políticos, econômicos, comerciais e alguns temas setoriais, assim como alguns temas relativos ao TLCAN, sempre sob a ótica mexicana, consultar MORALES ARAGÓN, Eliezer e DÁVILA PÉREZ, Consuelo. (coord.) *La nueva relación de México con América del Norte*. México: UNAM/Facultad de Ciencias Políticas e Sociales, 1994. 507p.

day. President Bush, without extensive consultations with Canada, agreed. From the United States perspective, separate free trade agreements with Canada and Mexico were an option. From the Canadian perspective, however, participation in trilateral North American free trade was essential. The Canadians were afraid that some of their hard won CFTA benefits might be diluted if they failed to join in the negotiations. Their participation was thus initially defensive, but over time they realized that NAFTA offered the chance to revisit and take up issues of importance to Canada.²¹

Sobre o tema das negociações do TLCAN, GORDON (1993) observou que a agenda dos Estados Unidos ia além do que foi negociado no acordo, sugerindo que este país tinha e ainda tem objetivos não escritos quanto ao México por meio do TLCAN. Em suas palavras, o primeiro objetivo seria a contenção do "problema mexicano", ou seja, a esperança de que uma economia mexicana aberta e crescente ajudaria a frear o fluxo de migrantes ilegais aos Estados Unidos.²² Outro objetivo velado importante seria o interesse de longo prazo nas reservas de energia mexicanas, o que foi coberto pelo TLCAN mas não nos termos desejados pelos Estados Unidos. Uma terceira meta almejada por este país seria a redução do risco de instabilidade no México por meio do NAFTA, eis que o autor afirma que os Estados Unidos temiam a concentração de poder neste país, o que, historicamente, sempre levou a revoltas e violência: politicamente, devido às décadas de exercício do poder por um único partido, e economicamente, em virtude das grandes disparidades na distribuição de riqueza.²³

As negociações foram dificultadas, como era de se esperar, por inúmeros aspectos, sobretudo os de ordem material, ou seja, os temas a serem incluídos e as listas de exceções. Contudo, outras peculiaridades também representaram entraves significativos. A que mais se destaca é a que se refere às diferentes tradições jurídicas dos três países, eis que a criação e a implementação de qualquer tratado de integração econômica depende do direito. (FOLSOM, 1999. p. 12)

Uma questão jurídica envolvendo os três países diz respeito ao fato de os três serem federalistas, mas de maneiras díspares, o que é determinante na distribuição de competências entre as três esferas de governo (federal, regional e local). O México é o país que tem o federalismo mais centralizador, uma vez que os estados

²¹ FOLSOM, Ralph H. *NAFTA in a nutshell*. St. Paul: West Group, 1999. p. 7-8.

²² De acordo com FOLSOM, o presidente Salinas teria dito que os estados Unidos teriam uma escolha: "either to take Mexican goods under NAFTA or Mexican people without it". Op. cit., p. 8.

²³ GORDON, Michael Wallace. Economic integration in North America - an agreement of limited dimension but unlimited expectations. *Modern Law Review*. v. 56. Malden/MA: Blackwell, 1993. p. 157.

federados possuem pouca autonomia, de modo que, para a implementação do TLCAN, a competência federal foi suficiente, precisando apenas negociar com mais cautela as áreas de competência estadual. É que no México a regulamentação da grande maioria das matérias de relevância econômica são de competência do *Congreso de la Unión*, fazendo com que o regime nestas áreas seja único em todo o país, como é o caso das importações, exportações, mineração, bancos, seguros, finanças, serviços financeiros, propriedade industrial e comércio. No Canadá e nos Estados Unidos, por outro lado, as províncias ou estados têm competência legislativa em muitas das matérias mencionadas, de modo que o regime jurídico não seja uniforme em todo o país. Isso levou o governo mexicano a tentar obter o melhor tratamento possível para seus produtos e serviços em todas as esferas das federações. Mas isso agregou grande complexidade à negociação porque Canadá e Estados Unidos são contrários a obrigarem-se internacionalmente em matérias que internamente são de competência regional ou local. Sobretudo no caso dos Estados Unidos, onde o TLCAN é um *executive agreement*²⁴ e os acordos desse tipo não prevalecem sobre a legislação local. O consenso chegou por meio do art. 105, que estabelece o princípio fundamental de que os Estados-partes deverão tomar as medidas necessárias para que o TLCAN seja observado pelos governos estaduais e provinciais, salvo se o próprio tratado dispuser de forma distinta. (ORTIZ ALF, VAZQUEZ PANDO e DIAZ, 2000. p. 16)

Outra dificuldade sentida já na negociação e muitas vezes depois diz respeito aos dois sistemas legais existentes hoje no mundo ocidental e presentes nos países do TLCAN: o Sistema Continental, Romano-germânico ou do *Civil Law*, conhecido pelo uso de regras codificadas e fraca tradição jurisprudencial ou de precedentes, adotado no México, no Canadá francófono (e no Brasil e América do Sul, a título de curiosidade); e o Sistema Insular ou do *Common Law*, usado pelos Estados Unidos e pelo Canadá anglófono, de tradição consuetudinária e no qual prevalece o sistema do precedente. Para qualquer tipo de regra que tivesse ou que pudesse vir a ser

²⁴ Um *executive agreement* é um tipo especial de acordo internacional entre os Estados Unidos e um ou mais países, firmado pelo Presidente, mas não submetido ao Senado para ratificação como normalmente o são os tratados internacionais nos Estados Unidos, ou seja, é um acordo internacional de rito mais célere. A autoridade para que o Presidente negocie e firme tais acordos é geralmente negociada internamente com antecedência, mas mesmo que o Presidente, em algum caso extremo, negocie um acordo internacional conforme tal rito sem autorização prévia, os Estados Unidos deverão se considerar obrigados internacionalmente, desde que o Congresso não atue especificamente para invalidá-lo ou revogá-lo. (CLAPP, James E. *Random House Webster's Dictionary of the Law*. Random House: New York, 2000. p. 171.)

submetida aos tribunais locais de cada país, a controvérsia se instaurava, dado que o sistema legal determina desde a lei aplicável até o cabimento e o tipo de recursos, por exemplo.²⁵

Uma terceira dificuldade jurídica sentida nas negociações possui também notada natureza política. Ao passo que Canadá e Estados Unidos detêm democracias multipartidárias historicamente maduras e forte comprometimento com o Estado de direito, a situação mexicana é muito diferente. Governado pelo *Partido Revolucionário Institucional* (PRI) por cerca de 70 anos, precisamente desde 1929 até a eleição de Vicente Fox Quesada do *Partido Acción Nacional* (PAN) em 2000, o México é conhecido pela dificuldade em distinguir-se governo e Estado em seu território. Apesar da convicção de que o TLCAN contribuiu para conferir ao país maior desenvolvimento não só na área econômica, como também nas áreas política e jurídica, especialmente agregando transparência aos procedimentos, o México todavia é permeado de corrupção e ainda caminha na direção do *rule of law*.²⁶

Reflexo desses problemas são os sofisticados sistemas de solução de controvérsias por meio de arbitragem criados pelos TLCAN. Além do sistema de solução de disputas sobre investimentos, previsto no Capítulo XI e objeto do presente estudo, o tratado também prevê outros capítulos direcionados a um setor ou atividade específico, devido a sua sensibilidade, grau de importância ou complexidade, como é o caso do Capítulo VII, destinado ao setor agropecuário, do Capítulo XIV, referente aos serviços financeiros e aos investimentos em serviços financeiros, e do Capítulo XVII, que contempla a propriedade intelectual, dentre outros. Além dos mecanismos de resolução de controvérsias especiais, o TLCAN também contempla mecanismos gerais, que pretendem não só prevenir as

²⁵ Sobre os problemas constitucionais trazidos ao México pelos tratados internacionais de investimentos de que é parte, consultar GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Reflexión acerca de algunos problemas constitucionales suscitados por los tratados de inversión de los que México es parte. *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. n. 28. 1998. p. 305-369.

²⁶ Os problemas jurídicos enfrentados nas negociações do TLCAN referidos no presente trabalho e a opinião sobre o Estado de Direito no México são originariamente de FOLSON, 1999. pp. 11-14. Sobre a harmonização dos sistemas jurídicos de cada país como consequência do tratado, consultar ZAMORA, Stephen. NAFTA and the harmonization of domestic legal systems: the side effects of free trade. *Arizona Journal of International and Comparative Law*. v. 12. n. 2. 1995. pp. 401-428. Também do mesmo autor, The americanization of Mexican law: non-trade issues in the North American Free Trade Agreement. *Law and policy in International Business*. n. 24. 1993. pp. 391-459. Sobre a expressão *rule of law*, esta significa Estado de Direito, a qual, por sua vez, designa, genericamente, em oposição ao estado de fato, toda situação criada por ato jurídico e na qual prevalece a supremacia da lei. (GOYOS JR., Durval de Noronha. *Noronha's Legal Dictionary: English-Portuguese, Português- Inglês*. 3. ed. São Paulo: Observador Legal, 1998. p. 243. e SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4. v. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 207.)

controvérsias no marco do Tratado, como enquadrá-las em um contexto jurídico geral que assegure os direitos fundamentais dos afetados. É o caso dos capítulos XVIII, que contém as disposições administrativas, e XX, o qual traz as normas relativas à solução de conflitos entre as partes.²⁷

Ao todo, o TLCAN prevê um número considerável de mecanismos de solução de conflitos (são dez em seus enunciados, mas, na prática, totalizam 14, mais os dois capítulos de disposições gerais), os quais formam uma rede de resolução de controvérsias que requer uma análise profunda e detalhada por serem bem desenvolvidos e multifacetados. Como se verá adiante, essas regras foram consideradas muito inovadoras não só por preverem a solução de disputas entre Estados e particulares de modo direto, mas também por ser a primeira vez que um sistema desse tipo é incluído em um tratado multilateral. A pertinência de mencionar-se tal exemplo reside na razão principal de o TLCAN ter criado tais sistemas arbitrais: a falta de confiança nas instituições mexicanas.²⁸ No debate sobre o TLCAN no Senado estadunidense, a título de ilustração, o senador democrata Daniel Patrick Moynihan (eleito em 1976 pelo estado de Nova Iorque e re-eleito em 1982, 1988 e 1994; abdicou de sua candidatura a reeleição em 2000, quando foi sucedido por Hillary Clinton) chegou a declarar que os Estados Unidos não poderiam fingir que o México era uma democracia com um Poder Judiciário independente e que a proteção ao devido processo legal deveria estar expressa em qualquer acordo firmado pelos Estados Unidos, em face da falta de confiança no governo e nos tribunais mexicanos.²⁹ Outro aspecto que se pode apontar sobre os sistemas de solução de controvérsias é o seu caráter aparentemente débil, eis que não se criou um sistema permanente, mas tribunais arbitrais que se formam quando provocados.

Mesmo que negociado em desigualdade de condições econômicas entre os três países, é imperioso reconhecer que o TLCAN representa uma resposta jurídica às incertezas passadas, desenvolvendo um marco claro em diversas áreas e

²⁷ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. *El TLC: controvérsias, soluciones y otros temas conexos*. 2. ed. México: Porrúa, 2002. pp. XVII-XVIII e 33.

²⁸ STERN, Brigitte. O contencioso dos investimentos internacionais. *Série entender o mundo*. Barueri: Manole, 2003. p. 125.

²⁹ DALY, Justine. Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after the NAFTA. v. 25. n. 03. *St. Mary's Law Journal*. 1993-1994. p. 1184-86.

servindo de instrumento para enfrentar o protecionismo moderno. O peso político do tratado também há de ser relevado, dado o histórico de controvérsias visto.³⁰

Após o período de negociação, iniciado em junho de 1991 e concluído em agosto de 1992, o texto do tratado foi apresentado em setembro de 1992. No México, a assinatura pelo Poder Executivo aconteceu em 17 de dezembro de 1992, a aprovação pela Câmara de Senadores foi em 22 de novembro de 1993 e a publicação no *Diário Oficial de la Federación* em 20 de dezembro desse mesmo ano.³¹ O controle da legislatura pelo PRI não trouxe problemas para a aprovação do tratado.

Nos Estados Unidos, o texto final do tratado coincidiu com o período eleitoral, em que o então presidente George H. Bush tentaria a reeleição em novembro de 1992. Ao notificar sua intenção de assinar o tratado, um grande debate nacional sobre o livre comércio foi aberto, tendo o candidato opositorista Bill Clinton se posicionado a favor do tratado, mas afirmado que negociaria mais proteção aos trabalhadores e ao meio ambiente. Derrotado nas urnas, Bush assinou o tratado, que foi ratificado já no governo Clinton e prejudicou um pouco suas promessas de campanha. Devido a tal posicionamento de Clinton, novas negociações surgiram, das quais resultaram os acordos paralelos em matéria ambiental e trabalhista, que serão abordados a seguir. Esses acordos, assim como o TLCAN, foram enviados em outubro de 1993 para o Congresso estadunidense sob o procedimento conhecido como *fast track negotiations*, uma espécie de procedimento legislativo sumário em que o Congresso deve aprovar ou não o tratado internacional negociado pelo Poder Executivo sem a possibilidade de propor emendas ao texto original. Após sofrer intensa oposição no Congresso, a votação final do TLCAN foi exitosa, obtendo na câmara baixa (*House of Representatives*) 234 votos a 200, seguidos de 61 a 38 na confirmação na câmara alta (*Senate*) da Ata de Implementação do TLCAN de 1993 (Lei Pública nº 103-182).

No Canadá, entretanto, o Primeiro Ministro Brian Mulroney garantiu a aprovação do TLCAN antes das eleições do final de 1993 e o sentimento anti-

³⁰ Sobre os efeitos do TLCAN em sua entrada em vigor, ARRIOLA, Carlos. *Testimonios sobre el TLC*. México: Miguel Ángel Porrúa, 1994. Especialmente sobre os efeitos do livre comércio entre México e Estados Unidos, GARCÍA MORENO, Víctor Carlos e HERNÁNDEZ OCHOA, César. El Acuerdo de Libre Comercio México-Estados Unidos como instrumento para enfrentar el proteccionismo moderno, na mesma obra, pp. 39-63.

³¹ CRUZ BARNEY, Óscar. Protección al medio ambiente y solución de controversias en materia de inversiones en el TLCAN. Documento de trabajo. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, 2003. p. 3.

TLCAN, provocado sobretudo pela migração das empresas estadunidenses, as quais geravam empregos no Canadá, para a fronteira mexicana, sobretudo, acarretou a derrota nas urnas para o Partido Conservador, do qual fazia parte. (FOLSON, 1999. pp. 68-69)

a. A situação atual de complementariedade

Esclarecida a estrutura do tratado e tendo sido feitas as considerações anteriores sobre as relações históricas dos três países-membros, também se faz necessário destacar a atual situação das três economias e sua clara interdependência, uma vez que a integração nesse campo é o objetivo e a razão de ser do próprio TLCAN. Pode-se afirmar que as três economias possuem características bem diferentes, mas que, analisando-se suas peculiaridades, as mesmas são complementares.

Os Estados Unidos são, obviamente, o maior país, percebido pelos outros dois como um gigante de mais de 290 milhões de habitantes que detém uma economia de consumo altamente tecnológica e uma sociedade pós-industrial com ênfase nos serviços.³² Para manter sua economia e especialmente sua produção industrial, é um grande importador de produtos primários, principalmente energia, sendo uma nação dependente desse produto. Dado que Canadá e México possuem excedentes de energia e sobretudo o México é exportador de *commodities*, esta é uma das razões para a complementariedade e interdependência de suas economias.

O Canadá, por sua vez, tem pouco mais de 30 milhões de habitantes que se concentram ao longo de sua fronteira sul, com os Estados Unidos.³³ Possuidor e exportador de muitos recursos naturais, o Canadá também é uma nação industrializada que produz inúmeros e variados produtos.

Já o México é uma nação em desenvolvimento, o que contrasta com as economias de seus vizinhos do norte. As crises experimentadas nos anos 1990 e as

³² Dados constantes do sítio da *Agência Central de Inteligência dos Estados Unidos* na Rede Mundial de Computadores mostram que a estimativa da população estadunidense em 1 de julho de 2004 era de 293.027.571 pessoas. *The world factbook*. Disponível a partir de: <<http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/us.html>>. Acesso em 29 set. 2004

³³ O sítio da Rede Mundial de Computadores *Statistics Canada* do *Statistical Reference Centre of Canada* informa que a estimativa populacional em 1 de julho de 2004 era de 31.946.300 pessoas. Disponível a partir de: <<http://www.statcan.ca/english/Pgdb/demo10a.htm>>. Acesso em 29 set. 2004

condições sócio-econômicas da população, prévias à entrada em vigor do tratado, mantêm dois terços de sua população de quase 105 milhões de pessoas na pobreza, o que ocasiona, juntamente com a instabilidade política e econômica do país, a emigrarem para os Estados Unidos provocando problemas variados.³⁴ Outras características atuais do México é o baixo custo da mão-de-obra, desqualificada em relação à dos outros dois países e muito usada pelas empresas *maquiladoras* estadunidenses, e a forte dependência do capital externo, do qual mais da metade vem dos Estados Unidos.

Nessa conjuntura, Canadá e México também dependem economicamente do mercado dos Estados Unidos, para onde enviam a maior parte de suas exportações. A título de ilustração, em 2003, o total de exportações do Canadá atingiu US\$ 400 bilhões, dos quais US\$330.38 bilhões foram para os Estados Unidos e US\$ 9.786 bilhões para o Japão, o segundo país do *ranking*. No mesmo ano, o total de importações canadenses foi de US\$341.833 bilhões, dos quais US\$239.870 bilhões vieram dos Estados Unidos e apenas US\$10.645 bilhões do segundo importador, o Japão.³⁵ Já o México exportou em 2003 aos Estados Unidos US\$ 146.803 bilhões e importou US\$ 105.687 bilhões. As relações comerciais entre Canadá e México são menos expressivas em números, eis que, no mesmo ano, o México exportou ao Canadá US\$ 2.83 bilhões e importou US\$ 4.12 bilhões.³⁶ E, considerando a prolongação da existência do TLCAN no tempo, eis que não há vontade manifestada por nenhuma das partes em denunciar o acordo, deve-se ressaltar o interesse de Canadá e México na manutenção do TLCAN, que também é visto como um meio de afastar o risco de os Estados Unidos prejudicarem suas economias pela imposição de tarifas e barreiras comerciais.

Outro indicador da interdependência entre os três países está na área financeira, eis que os investimentos desempenham papel importante neste bloco econômico. No Canadá e no México é possível destacar a presença massiva de

³⁴ Dados constantes do sítio da *Agência Central de Inteligência dos Estados Unidos* na Rede Mundial de Computadores mostram que a estimativa da população mexicana em 1 de julho de 2004 era de 104.959.594 pessoas. *The world factbook*. Disponível a partir de: <<http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/mx.html#People>>. Acesso em 29 set. 2004

³⁵ Dados obtidos no sítio da rede Mundial de Computadores. *Statistiques Canada*. Disponíveis a partir de: <<http://www.statcan.ca/english/Pgdb/gblec02a.htm>>. Acesso em 30 set. 2004.

³⁶ Estatísticas obtidas na Secretaria de Economia do México. Disponíveis a partir de: <<http://www.economia-snci.gob.mx>>. Acesso 17 abr. 2004. Mais informações sobre o atual estágio de complementariedade entre os países do bloco em REY ROMAY, Benito (coord.). *La integración comercial de México a Estados Unidos y Canadá. ¿Alternativa o destino?* 5. ed. México DF: Siglo XXI e Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 1998.

investimentos estadunidenses. No Canadá, por meio de empresas subsidiárias de origem estadunidense, sobretudo nas regiões próximas à fronteira entre os dois países, desempenhando um papel crucial na economia canadense. Mencionando alguns dados, o total dos Investimentos Estrangeiros Diretos (IED)³⁷ recebidos pelo Canadá em 2003 foi de US\$ 354.548 milhões, dos quais US\$ 228.383 eram estadunidenses e US\$ 93 eram mexicanos.³⁸ No México, todavia, a presença dos investidores dos Estados Unidos é muito forte mas menos percebida devido ao histórico mexicano de controle dos investimentos estrangeiros, o que superficialmente não chama a atenção para a sua presença no território. Contudo, no ano de 2003, os investimentos estrangeiros oriundos dos Estados Unidos representavam 64,5% do total dos IED, aproximando-se de US\$ 83.21 bilhões, ao passo que os IED canadenses eram de US\$ 2.787 milhões.³⁹

Observados os dados até aqui expostos, pode-se, então, evoluir para a próxima parte do presente estudo, a qual se dedicará a caracterizar o regime jurídico atual dos investimentos estrangeiros no TLCAN, contido no Capítulo XI desse tratado, precedido de um breve histórico do mesmo.

b. A gênese do marco jurídico dos IED no TLCAN: o Capítulo XI

No caso dos países do TLCAN, é possível destacar duas ondas principais de liberalização de mercado com reflexos nos investimentos estrangeiros. A primeira foi trazida pelo Tratado de Livre Comércio entre Canadá e Estados Unidos (CFTA), que intensificou os investimentos entre esses dois países. A segunda e muito mais expressiva, tida como a maior liberalização de mercado das Américas até hoje, veio com o TLCAN e ensejou um fluxo maior e mais intenso de IED, o que ocorreu

³⁷ O Manual da Balança de Pagamentos do FMI de 1977, atualmente em sua 5a. edição, define Investimento Estrangeiro Direto como "todo o investimento que tem por objeto adquirir uma participação permanente e efetiva na direção de uma empresa explorada em uma economia que não é a economia do investidor". p. 142. (INTERNATIONAL MONETARY FUND. Balance of Payments Manual. 5. ed. Washington: IMF, 1993. 188p.) Restam excluídos os investimentos indiretos ou de carteira (ações ou títulos), que já circulavam mais livremente dentro dos países do bloco antes do TLCAN.

³⁸ Dados do *Ministère des Affaires Étrangères* e do *Commerce International du Canada*. Disponíveis a partir de: <<http://www.dfait-maeci.gc.ca>>. Acesso em 30 set. 2004

³⁹ Dados da *Secretaría de Economía* do México. Disponíveis a partir de: <<http://www.economia-snci.gob.mx>>. Acesso 17 abr. 2004.

justamente pelo relaxamento dos controles mexicanos dos investimentos que eram aplicados antes do tratado.

As origens de tais controles remontam ao advento da Constituição Mexicana revolucionária de 1917, a qual somente permitia acesso a vastas parcelas da economia - terras, recursos minerais e setores estratégicos como as telecomunicações e a eletricidade - a cidadãos mexicanos (arts. 27 e 28) e nacionalizou empresas estrangeiras exploradoras de ferrovias, petróleo e gás natural em 1937.⁴⁰ De acordo com a regulamentação mexicana dos investimentos estrangeiros desde os anos 1940, algumas indústrias eram reservadas ao domínio do Estado e outras só podiam ter mexicanos como proprietários. Aos estrangeiros, via de regra, era permitido investir em setores menos sensíveis, mas geralmente sujeitos a *joint venture*⁴¹ obrigatória, em empresas com maioria de capital mexicano.

Mesmo que se possa dizer que alguns elementos da citada liberalização começaram, ainda que discretamente, em 1965 - como, por exemplo, com a criação do programa das indústrias *maquiladoras*⁴² -, as políticas mexicanas em conjunto continuaram sendo muito limitadoras até recentemente. Em 1973 o México

⁴⁰ CARILLO, Arturo. La nueva revolución mexicana: la reforma económica y el Reglamento 1989 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. *George Washington Journal of International Law and Economics*. v. 24. n. 3. 1991. pp. 649-650.

⁴¹ De acordo com a definição do Dicionário Aurélio, *joint venture* é uma "associação de empresas, não definitiva, para explorar determinado(s) negócio(s), sem que nenhuma delas perca sua personalidade jurídica". Pode ser uma forma de associação sob a forma de recursos naturais, capital ou trabalho. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1158. Trata-se de sociedades mistas constituídas mediante um compromisso entre dois ou mais empresas economicamente independentes que se unem para levar a cabo no mínimo uma operação econômica empresarial. São usadas em uma ampla variedade de negócios. Os contratos de *joint venture* são minuciosos e detalhados, vez que devem estar incluídos um acordo de intenções, o objeto do contrato, a transmissão das participações, a participação de cada *partner*, a remuneração, a gestão e a administração da *joint venture*, dentre outras cláusulas. No caso referido no presente trabalho, a lei mexicana autorizava que empresas estrangeiras empregassem seu capital em empresas mexicanas, o que limitava em muito sua autonomia quanto à administração desse capital, por exemplo.

⁴² O que se conhece por *empresas maquiladoras* no México e em vários países do mundo são empresas regidas por um marco jurídico específico, que varia de acordo com o regime a que está submetido. No caso das maquiladoras mexicanas, este regime, atualmente, é o do TLCAN. Trata-se, em poucas palavras, de um esquema de subcontratação internacional que permite que uma empresa domiciliada no exterior se instale em outro país ou subcontrate uma empresa deste país com o objetivo de realizar processos industriais ou serviços, de forma total ou parcial, sobre bens tangíveis ou intangíveis, admitidas normalmente de modo temporário e com à exportação. O papel da *maquiladora* é cumprir o subcontrato firmado com a empresamatrix e cobrar pelo valor agregado no território nacional. O normal é que não paguem tributos ou taxas alfandegários, aeroportuários ou qualquer outro aspecto fiscal. Se desejam vender seus produtos no mercado interno, devem solicitar a substituição do regime por outro de importação. A área de grande concentração desse tipo de indústria na ALCAN é na fronteira do México com os Estados Unidos, com inúmeras cidades nas quais a quase totalidade da população está empregada nas empresas, dados os baixos custos com mão-de-obra, o que traz conseqüências sociais diversas para o México, dentre os mais graves os problemas da contaminação ambiental e os casos das *Mujeres de Juárez*. Para informações técnicas sobre as *maquiladoras* hoje, consultar EATON, David. *Transformación de la industria maquiladora ante el TLCAN*. Tucson: National Law Center for Inter-American Free Trade Publications, 1997. 92p.

promulgou a mais restritiva lei sobre investimentos de toda a sua história, a qual, dentre outros recursos, aumentava o uso de *joint ventures* e sujeitava o investimento à prévia aprovação da Comissão Nacional de Investimentos Estrangeiros. Nos anos 1980, após anos de administração extremamente restritiva das políticas de IED, além da corrupção estatal e da crise do petróleo, o México experimentou um déficit massivo não só no setor de investimentos.

A abertura atual começou realmente com as medidas tomadas pelo México na preparação de sua incorporação ao GATT em 1986. E 1984 foram publicadas novas regulamentações sobre investimentos que tiveram o efeito de relaxar as restrições de 1973 relativas a investimentos estrangeiros de alta prioridade, tais como maquinaria pesada, equipamentos eletrônicos, produtos de alta tecnologia e turismo. Essas mesmas medidas tiveram como prioridade frear a fuga de capitais e o fluxo decrescente de investimentos diretos. Para 1988, essa maior abertura mostrava sinais de êxito: em particular, os IED, que recém começavam, alcançaram os US\$ 3,1 milhões, atingindo o mesmo nível de 1981, ano anterior à moratória da dívida. (CARILLO, 1991. pp. 658-659.)

Em 1989, por decreto presidencial, as normas sobre investimentos estrangeiros mudaram significativamente, permitindo a operação de empresas filiais de estrangeiras com capital totalmente externo, não-mexicano, o que conflitava com a Lei de Investimentos de 1973. Tratava-se do Reglamento de la Ley para Promover la Inversión mexicana y regular la Inversión Extranjera, que incrementou o fluxo de IED e almejava simplificar as regras e procedimentos administrativos, trazendo certeza legal. O ponto principal aqui é que o TLCAN, posteriormente, codificou essa primeira liberalização e ajudou a dar impulso a esse respeito.

Essas incertezas se resolveram em 1993 como consequência direta da expectativa da entrada em vigor do TLCAN, momento em que o México adotou outra lei sobre investimentos estrangeiros⁴³, mais permissiva e sem a exigência da prévia

⁴³ LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA. Publicada no Diário Oficial de la Federación no dia 27 de dezembro de 1993 e em vigor a partir do dia 28. Sobre o regime que essa lei criou, consultar ALVAREZ SOBERANIS, Jaime. El nuevo régimen jurídico de la inversión foránea en México. Pérez Miranda, Rafael (org.) *Integración y Derecho Económico - Memórias del Coloquio "Derecho Económico y político de la Integración."* México: UNAM, 1996. pp. 25-52. Também CASTILLO VILLANUEVA, Heriberto. *Ley de Inversión Extranjera y su reglamento; consideraciones y comentarios.* México, Porrúa, 2001. ROBLES FARÍAS, Diego. *El régimen jurídico de los extranjeros que participan en sociedades mexicanas.* México, Themis, 1999. SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. *Las inversiones extranjeras en México.* México, Porrúa, 2003. VARGAS, Jorge A. *Mexico's Foreign Investment Act of 1993. Mexican Law: A treatise for legal practitioners and international investors.* v. 1. St. Paul, Minnesota, West Group, 1998. CONTRERAS VACA, Francisco José. Las reformas y adiciones

aprovação pela Comissão. Mesmo que tenha surgido em decorrência do TLCAN, seus benefícios não se limitam apenas aos Estados-partes, mas a todo e qualquer investidor estrangeiro de países com os quais o México mantenha relações diplomáticas. Dentre as particularidades dessa lei estão a suspensão de muitos requisitos de desempenho, a remoção gradual dos limites de juros das parcelas de mercado de serviços financeiros e a redução dos montantes percentuais que desencadeiam as revisões pela Comissão de Investimentos. As aquisições ou vendas das empresas mexicanas estão geralmente sujeitas à revisão da Comissão Nacional de Investimentos Estrangeiros se o valor exceder 25 milhões de dólares estadunidenses. Em se tratando de investidores intrabloco, esse valor aumentava para 50 milhões em 1999, logo para 75 milhões em 2000 e depois para 150 milhões em 2003. Para investidores intrabloco, não há necessidade de autorização da Comissão Nacional para investir na qualidade de sócio majoritário ou único proprietário, ou adquirir ou vender empresas mexicanas cujos valores estejam aquém desses patamares. (FOLSON, 1999. pp. 152-153.)

Durante e depois das negociações do TLCAN, o México continuou este processo de abertura unilateral, inclusive quanto à propriedade intelectual (Lei de 1991) e, em junho de 1993, anunciou que incluiria em sua legislação interna todas as reformas efetuadas em virtude do tratado e que as estenderia a investidores de todas as nações (cláusula da nação mais favorecida), mesmo que o TLCAN não entrasse em vigor. A nova legislação que formalizava isso é a atual lei sobre a matéria, a Lei de Investimentos Estrangeiros de 1993. Por conseguinte, os benefícios dessa abertura aos IED foram bem reconhecidos pelo governo mexicano.⁴⁴

Conforme a breve descrição das duas principais ondas de liberalização de investimentos prévias ao TLCAN nos países do bloco, feitas acima, e considerando a conseqüente conclusão pela necessidade da mudança do regime de investimentos

realizadas a la Ley de Inversión Extranjera el 24 de diciembre de 1996. v. V. n. 5. año II. *Lecturas Jurídicas*. México: 1997. FREEMAN, Brandon. An overview of foreign direct investment in Mexico. *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*. v. III. n. 4. Dallas, otoño de 1997. GARCÍA FERNÁNDEZ, Carlos. La inversión foránea directa en México. *Jurídica*. n. 27. México: UNAM, 1997. GRAHAM, Edward M. Domestic reform, trade and investment liberalization, financial crisis, and foreign direct investment into Mexico. v. 23. n. 6. *World Economy*. junio de 2000. NOVOA MANDUJANO, Carlos. Reformas a la Ley de Inversión Extranjera. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. n. 2. México, abril de 1997. SALOMÓN, Alfredo. Inversión extranjera directa en México en los noventa. *Comercio Exterior*. v. 48. n. 10. México, octubre de 1998.

⁴⁴ GRAHAM, Edward M. e WILKIE, Christopher. Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA). *ARS IURIS*. n. 21. México: Universidad Panamericana, 1999. p. 41.

mexicanos até 1993, convém destacar as seguintes colocações, que acabam por resumir a situação nos três países nos anos que antecederam o TLCAN no que se refere aos investimentos. LEVIN e ERICKSON-MARIN atentam para o fato de que o Capítulo XI do NAFTA foi arquitetado para liberalizar as restrições aos investimentos estrangeiros impostas pelo governo mexicano (entretanto, é possível falar-se, como se viu, em vários governos ao longo da história do país). Os autores destacam o fato de que, antes de o TLCAN entrar em vigor, Canadá e Estados Unidos mantiveram relativamente poucas restrições sobre investimentos estrangeiros, de modo que, na verdade, o Capítulo XI modificou apenas superficialmente o regime de investimentos que ambas as nações tinham estabelecido no Acordo de Livre Comércio Canadá- Estados Unidos (CFTA).⁴⁵ Em comparação, conforme já abordado, o regime de investimentos estrangeiros no México anterior ao TLCAN era altamente regulado. Até 1993, os investidores estrangeiros eram impedidos de deter maior participação em empresas mexicanas sem aprovação governamental e inúmeros setores eram fechados aos investimentos externos totais, como era o caso dos setores de transporte de cargas, telecomunicações e atividades relacionadas com o petróleo.⁴⁶

É inegável que os elementos substanciais da antiga agenda oficial dos Estados Unidos estão incluídos nas disposições sobre investimentos do tratado. Em particular, o governo dos Estados Unidos buscou, por muito tempo, um acordo sobre certos princípios relacionados com investimentos em foros como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴⁷ e o GATT/OMC⁴⁸, com o objetivo de alcançar maior liberalização das atividades comerciais transfronteiriças.

⁴⁵ LEVIN, Richard C. e ERICKSON-MARIN, Susan. NAFTA Chapter 11: investment and investment disputes. *NAFTA: Law & Business Review of the Americas*. Kluwer, 1996. p.82.

⁴⁶ EASTMAN, Zachary M. NAFTA's Chapter 11. For whose benefit? *Journal of International Arbitration*. v. 16. n. 3. Kluwer, 1999. p. 106.

⁴⁷ No âmbito da OCDE, negociou-se, a partir de 1995, por iniciativa dos Estados Unidos e da União Européia, um acordo que incluiria praticamente as mesmas cláusulas do Capítulo XI do TLCAN, chamado Acordo Multilateral de Investimentos. Conhecido como AMI, sua sigla em francês é usada em trocadilhos para designar que o acordo era amigável apenas aos investidores e não aos Estados. Teve suas negociações definitivamente suspensas em dezembro de 1998, quando a França anunciou que já não enviaria seus delegados. Atribui-se o fracasso do acordo, que jamais entrou em vigor, à grande pressão da opinião pública mundial, sobretudo a européia, quando o tema se tornou público, contra suas disposições e contra o sigilo mantido durante as negociações, inclusive nos parlamentos dos países envolvidos, o que se imputava à gravidade e à potencialidade de dano de suas normas. Renato Ruggiero, então diretor-geral da OCDE, chegou a declarar que o AMI seria a Constituição de uma economia global unificada. A forte oposição enfrentada pela OCDE afirmava que o acordo era uma espécie de carta magna das corporações internacionais, concebida com o objetivo de vigência mundial, para respaldar suas atividades, por cima das constituições e instituições dos países onde atuam. Dizia também que o acordo criava uma nação corporativa e virtual, acima das nações convencionais, tendo como único objetivo o lucro do capital internacional. Nove países participaram das negociações como observadores, entre eles Brasil, Argentina e Chile.

As metas da política que fomentam tal liberalização buscada pelos Estados Unidos incluem o direito de estabelecimento, a livre transferência de fundos, normas pactuadas quanto à expropriação, tratamento nacional para empresas comerciais sob o controle de entidades estrangeiras, restrições a requisitos governamentais obrigatórios de atuação e proteção à propriedade intelectual. Muitas dessas metas se tornaram realidade no capítulo XI do TLCAN e em outros capítulos que têm relação com o comportamento dos investimentos internacionais.

O que também é certo é que, com o início da década de 1990, tanto o Canadá como o México, que vinham prosperando em grande parte devido aos investimentos de origem estadunidense, mas que tradicionalmente não confiavam em algumas das implicações dos altos níveis de investimentos estrangeiros em suas economia doméstica, já queriam aceitar muitos desses mesmos princípios. O Canadá, por exemplo, mudou seu enfoque quanto aos IED durante a década de 1980. Em 1985, a *Foreign Investment Review Agency* (FIRA) ou Agência Revisora dos Investimentos Estrangeiros do Canadá, a qual se encarregava de revisar a maior parte dos investimentos estrangeiros recebidos pelo país para confirmar a existência de algum "benefício substancial" para o mesmo, foi substituída pela Investment Canada, cujos principais objetivos eram promover os investimentos e criar um procedimento de revisão mais moderno e regional. Por conseguinte, as metas de investimento canadenses também se incluíram amplamente no TLCAN, inclusive algumas particularidades devido a políticas nacionais (em parte para cultivar em termos internacionais uma presença cultural canadense), o que foi

⁴⁸ Sobre o AMI e sobre a posterior tentativa, iniciada pelos EUA, de negociar um acordo semelhante no âmbito da OMC, recomenda-se, principalmente: CANNER, Stephen. The MAI. *Cornell International Law Journal*. n. 31. v. 3. 1998. pp. 657-681. Na mesma revista, GRAHAM, Edward Montgomery. Regulatory takings, supranational treatment and the Multilateral Agreement on Investment: issues raised by nongovernmental organizations. pp. 599-614. (volume totalmente dedicado ao AMI, cobrindo vários temas e áreas). HENDERSON, David. *The MAI Affair: A Story and Its Lessons*. London-Paris-New Zealand: Royal Institute of International Affairs/Fondation Nationale des Sciences Politiques/Melbourne Business School/New Zealand Business Roundtable, July 1999. KOBRIN, Stephen J. The MAI and the clash of globalizations. *Foreign Policy*. n. 112. Fall, 1998. pp. 97-109. LALUMIÈRE, Catherine, LANDAU, Jean-Pierre and GLIMET, Emanuel. Rapport sur l'Accord Multilateral sur l'investissement. *Rapport Intérimaire*. Septembre, 1998. Disponível a partir de: <http://www.finances.gouv.fr/pole_ecofin/international/ami0998/ami0998.htm#p1>. Acesso em 17 mai. 2004. MATHEWS, Jessica Power shift. *Foreign Affairs*. n. 76. v. 1. 1997. pp. 50-66. MUCHLINSKI, Peter. *What went wrong with the MAI? Lessons for the future*. Paper presented at the MAI Coalition Conference on "An international Architecture for Investment Rules". 17 March 1999, mimeo. PICCIOTTO, Sol. Linkages in international investment regulations: the antinomies of the draft MAI. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*. n.19. v. 3. 1998. pp. 731-768. SAUVÉ, Pierre. *Multilateral attempts at investment rule making: why so difficult?*. Harvard University, mimeo. Do mesmo autor, *Needed: A Post-MAI Road Map on Investment at the WTO*. Presentation to the House of Commons Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade, Ottawa. 12 May. mimeo. UNCTAD. *Lessons from the MAI. UNCTAD SERIES on issues in international investment agreements*. New York: United Nations, 1999. 43p.

protegido no tratado por meio dos Anexos, como já havia sido feito no CFTA. Mas com respeito às cláusulas gerais do regime de investimentos criado, as políticas do Canadá coincidem em grande medida com as dos Estados Unidos.

Além disso, desde a perspectiva canadense, o TLCAN representava uma oportunidade para negociar um acordo regional de comércio e investimento que normalmente não conseguiria: a influência de negociação canadense com respeito ao México não era grande e acentuava este fato a pequena quantidade de capital comercial investido diretamente pelo Canadá no México.⁴⁹ Entretanto, todavia mas importante é o fato de que continuou sendo de vital importância para o Canadá consolidar os benefícios tanto na área comercial como na de investimentos obtidos com o CFTA. Para o Canadá, era importante trilateralizar um acordo estadunidense-mexicano mesmo que somente para reduzir a tendência a uma série de acordos bilaterais entre os Estados Unidos e seus parceiros comerciais e de investimentos, os quais poderiam comprometer tais vantagens conquistadas com o CFTA.⁵⁰ Esta segue sendo a principal razão da multilateralização das disposições sobre investimentos em outros foros, situação que foi destacada no início do processo de criação do TLCAN e, de fato, alguns críticos canadenses acreditaram que os acordos bilaterais estadunidenses poderiam debilitar todo o processo multilateral, temendo a aplicação da cláusula da nação mais favorecida.

O papel dos investimentos desde a perspectiva mexicana era consideravelmente diferente ao do Canadá e dos Estados Unidos. O TLCAN pode ser visto como o elemento principal na recente abertura unilateral da economia interna mexicana ao mercado internacional, como abordado anteriormente. Como será visto mais detalhadamente, uma das metas dessa abertura foi a atração do capital estrangeiro necessário para modernizar a economia. O grau de abertura em face do TLCAN deve ser classificado levando-se em conta que o México estava

⁴⁹ Em 1992, o valor total da IED canadense no México foi da ordem de US\$ 520 milhões, ao passo que a estadunidense ultrapassou os US\$ 23,1 bilhões. A mesma assimetria se repete na informação prestada pelo Banco de México no mesmo ano, dizendo que os Estados Unidos eram o destino de 81% das exportações e de 71% de suas importações, ao passo que as cifras comparáveis para o Canadá foram de 2,2% e 1,7%, respectivamente. (BANCO DE MÉXICO. *La economía mexicana*. México: Secretaría de Economía, 1992. pp. 312-317.) Sobre o tema também HUFBAUER, Gary Clyde e SCHOTT, Jeffrey J. *North american free trade - issues and recommendations*. Washington: Institute for International Economics, 1992. e HUSBAND, Davis et al. *The opportunities and challenges of North American Free Trade: a Canadian perspective*. Ottawa: Investment Canada Working Paper n° 7, 1991.

⁵⁰ No setor privado também se reconheceram perdas nos ganhos obtidos com o CFTA. Sobre o tema, HILL, Roderick e WONNACOTT, Ronald J. *Free trade with Mexico: what form should it take?* CD Howe Institute Commentary. Toronto, n° 28. 1991.

liberalizando um dos regimes de investimentos mais restritivos do mundo e pode-se afirmar que está entre os aspectos mais importantes do tratado desde a perspectiva mexicana.⁵¹

E é assim que, apesar das assimetrias nas relações de investimentos e desenvolvimento econômico entre os países signatários do TLCAN, uma revisão mais minuciosa das tendências que prevalecem nos três países indica que os mesmos puderam favorecer prioridades de políticas de investimentos e que uma crescente congruência de opiniões sobre o tema se deve, em certo grau, a aspectos relativamente novos de IED nos Estados Unidos: durante a década de 1980, este país havia se convertido tanto em exportador quanto em receptor de investimentos⁵², o que chamou sua atenção para as mesmas inquietudes que muitos de seus parceiros comerciais haviam testemunhado nas décadas de 1960 e 1970.⁵³

Observados os números expostos neste e no sub-capítulo anterior, convém lembrar que a demanda de investimentos em todo o mundo cresceu mais a partir de 1985, com a queda da União Soviética e com o surgimento de países independentes. Nestes, com mão de obra qualificada e níveis sociais, culturais e econômicos até certo ponto homogêneos, abriu-se aos investidores do mundo inteiro a possibilidade de fortalecer e ampliar suas indústrias e seu comércio. A essa situação adicionou-se o interesse dos governos nacionais não só de atrair, mas também de manter os investimentos estrangeiros captados, para evitar especulações financeiras que desestabilizam suas economias, e gerar empregos e ocupações para as suas atuais populações, geralmente jovens e cada vez mais crescentes. Os investidores, por sua vez, evidentemente, buscam as melhores condições de mercado, que lhes garantam segurança, certeza e os mais altos rendimentos.

Dentre os benefícios para o país receptor dos IED está o incremento do capital disponível para os mesmos sem deslocar os investimentos domésticos; a geração de ingressos para o governo local; a extensão do uso de tecnologias avançadas e de *know-how* e uma provável maior demanda de moeda local, já que

⁵¹ Perspectivas canadense e estadunidense dos últimos parágrafos a partir de GRAHAM e WILKIE, 1999. pp. 38-41.

⁵² GRAHAM, Edward M. e KRUGMAN, Paul R. *Foreign direct investment in the United States*. 2. ed. Washington: Institute for International Economics, 1991.

⁵³ AHMAT, Ash et. al. *Formal and informal investment barriers in the G-7 countries: the country chapters*. Industry Canada Occasional Papers. n. 1. v. 1. maio, 1994.

as companhias subsidiárias freqüentemente exportam grande parte de sua produção. Do mesmo modo, o país que investe diretamente no exterior também se beneficia em longo prazo, principalmente devido à repatriação de benefícios em forma de ingressos, *royalties* ou outros pagamentos; ao aumento do comércio internacional de outros produtos complementares, sobretudo maquinário e serviços especializados e ao aproveitamento das vantagens competitivas das empresas.

Dadas as necessidades de um tratado comercial de estabelecer regras e regimes que não sejam unicamente comerciais, o TLCAN também se preocupou em promover um regime de investimentos para assegurar o êxito de suas demais áreas, eis que, geralmente, comércio e investimentos estão atrelados. Ademais, um regime claro e específico sobre investimentos pode ser muito vantajoso para todo o bloco, à medida que contribui para atrair e manter investimentos de médio e longo prazo.

Com o objetivo de assegurar regras claras sobre investimentos que pudessem atrair e manter os investidores, o Capítulo XI cria um sistema de regras materiais disciplinando o tema dos investimentos estrangeiros, prevê dispositivos de proteção ao investidor e também contempla um sistema de resolução de controvérsias específico para dirimir conflitos entre um investidor de um Estado-parte e outro Estado-membro. Os negociadores deste capítulo do TLCAN buscaram "crear un clima atractivo para el inversionista, conservar la exclusividad [de los Estados] en áreas estratégicas y otorgar a los nacionales el mismo trato que a los extranjeros."⁵⁴

O mecanismo de resolução de controvérsias contido neste Capítulo é especial por ser aplicável somente a um tipo de atividade: os investimentos. A necessidade de estabelecer um sistema próprio de prevenção e solução de litígios sobre o tema, mais especificamente para quando um investidor considere que o Estado receptor de seu investimento está violando algum direito seu resultou em um sistema complexo, como será visto adiante, e resultou, em grande parte, da abertura experimentada por esse setor nos três países, podendo-se citar o México como o país em que a abertura foi mais expressiva comparando-se o mercado antes e depois.

⁵⁴ HEFTYE ETIENNE, Fernando. El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica. *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*. México: Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1993. p. 31.

c. As novidades trazidas pelo TLCAN ao regime internacional de investimentos

Sobre o tema dos investimentos intrabloco e sua proteção, é possível afirmar que o TLCAN é bastante inovador, sobretudo em dois aspectos. O primeiro deles é o fato de ser a primeira vez que o México aceita se submeter à arbitragem internacional em contenciosos sobre investimentos, abandonando em parte sua estrita obediência à Doutrina Calvo durante décadas. O segundo diz respeito a ser o TLCAN o primeiro tratado comercial multilateral a criar um mecanismo próprio de solução de controvérsias entre particulares e Estados, no qual as pessoas não precisam ser representadas por seus governos, como será tratado mais adiante. Antes, será abordado o primeiro aspecto citado.

A Doutrina Calvo tem origem nas teorias sobre a responsabilidade internacional do Estado, na proteção diplomática e na controvérsia sobre o tratamento dispensado pelos países aos estrangeiros que neles se encontrem provisória ou permanentemente, ou, mais especificamente, à concessão ou não de tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros. Indo um pouco além no tempo, Fausto de Quadros remete a questão à teoria da garantia do grau mínimo de proteção no Direito Internacional, do jurista e filósofo do Séc. XVIII Emerich de Vattel, à qual se opôs, no final do Séc. XIX, a idéia de que todos os países deveriam observar os princípios da igualdade entre seus cidadãos e os estrangeiros, submetendo todos ao direito nacional e rechaçando a submissão dos estrangeiros ao Direito Internacional. Trata-se da teoria do tratamento nacional.⁵⁵

Partindo-se da premissa de que todo Estado tem um mecanismo de Justiça adequado a suas necessidades econômicas e sociais e ao seu desenvolvimento cultural, haverá denegação de justiça ao estrangeiro se o Estado falhar em lhe assegurar os benefícios que sua organização judicial concede aos seus próprios cidadãos. Não se pode falar em denegação de justiça se todos os meios internos forem colocados à disposição e esgotados pelo estrangeiro. A prática internacional convencionou que, havendo lesão à pessoa ou a um bem de um nacional de um país no exterior, tratava-se de uma ofensa que injuriava o prestígio do país de origem do cidadão ofendido, o que originava um ilícito internacional a ser reparado

⁵⁵ DE QUADROS, Fausto. A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 126-127.

com muita desproporção em relação ao dano sofrido. O cidadão estrangeiro ofendido, recorrendo a seu país, provocaria uma interposição diplomática, o que serviria para fundamentar o direito de intervenção do país ofendido no território do país ofensor.⁵⁶

Para evitar que os países protegessem a seus nacionais intervindo no território de outros países, o ex-ministro de relações exteriores da Argentina Carlos Calvo (1822-1906), percebendo o pensamento diplomático dominante sobretudo em seu país e no México, idealizou, em 1863, uma cláusula contratual que leva seu nome até hoje, a qual se insere nos contratos celebrados entre o Estado e estrangeiros, pela qual estes se comprometem a não recorrerem à proteção diplomática de seus países ou a fazê-lo em casos específicos e pré-determinados. Geralmente, o que se consigna é o seguinte: "as dúvidas ou controvérsias que possam surgir devido a este contrato serão resolvidas pelos tribunais competentes do Estado, em conformidade com seu Direito, e não darão lugar a nenhuma intervenção diplomática ou reclamação nacional". Outra forma que pode adotar a cláusula é remeter qualquer controvérsia à arbitragem privada entre o estrangeiro e o Estado.

Para Calvo, um grau mínimo de proteção aos estrangeiros pelo Direito Internacional violaria o princípio da igualdade soberana dos Estados porque constituiria um privilégio, o qual favoreceria os Estados mais poderosos, estabelecendo uma verdadeira desigualdade injustificada entre nacionais e estrangeiros. Também infringiria sua soberania territorial.⁵⁷

Nesses termos, a finalidade da Cláusula Calvo era a de evitar o amparo diplomático indevido ou abusivo dos países diplomáticos desenvolvidos em favor de seus cidadãos, supostamente lesados em contratos com países em desenvolvimento. Consagra o princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros ao submeter o estrangeiro proprietário de bens ao regime jurídico

⁵⁶ JIMÉNEZ ESCOTO, José Alfredo. El derecho general internacional. La organización de la comunidad internacional. *Universidad Abierta*. Disponível a partir de <<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/J/Jimenez%20Jose-Derecho%20gral%20inter.htm>> Acesso em 14 out. 2004.

⁵⁷ GARCÍA-AMADOR, Francisco. V. Calvo Doctrine, Calvo Clause. *Encyclopedia of International Law*. t. 8. Rudolph Bernhardt: Amsterdam/New York: 1985. p. 62 e ss.

nacional e seu fundamento último é o princípio de igualdade soberana entre os Estados.⁵⁸

García-Amador esclarece que a Cláusula Calvo difere do que se conhece por Doutrina Calvo. Conceitua a primeira como a cláusula contratual inserida nos contratos entre Estados e investidores estrangeiros, especialmente nos contratos de concessão, a qual pretende não só prevenir o direito abusivo da proteção diplomática, mas se possível eliminar por completo tal instituto e também a responsabilidade internacional do Estado por danos causados a estrangeiro em seu território (GARCÍA-AMADOR, 1985. p. 64). A Cláusula Calvo complementaria a Doutrina, sendo um movimento emanado daquela e que seria utilizada para levar a igualdade entre nacionais e estrangeiros ao seu extremo, privando totalmente o Estado da proteção diplomática, restando ao estrangeiro, para a defesa de seus direitos, as mesmas condições dadas aos nacionais.⁵⁹

Sobre os três corolários da Doutrina calvo, a síntese de Friedrich Oschmann em Fausto de Quadros:

1) era o Direito nacional do Estado de acolhimento que reggia os direitos e os deveres dos estrangeiros; 2) só os tribunais daquele Estado tinham competência para conhecer os litígios em que intervissem estrangeiros; e 3) era ilegítima a resolução desses litígios por via do Direito Internacional. [enumerei]⁶⁰

A Doutrina Calvo foi recebida com maior ou menor abertura em toda a América Latina desde os seus primórdios, embora seu impacto no Velho Mundo e no Direito Internacional como um todo não tenha sido expressivo. A Doutrina só foi seguida como prática constante na América Latina, tendo poucos autores de fora do continente se dedicado a ela. Também destaca que a jurisprudência mais atual que se aproxima a ela data de 1928, afirmando que nunca conseguiu atingir o *status* de costume internacional.⁶¹

Foi recebida com simpatia na Primeira Conferência dos Estados Americanos, em Washington (1889-1890) e foi adotada na Nona Conferência, em Montevideu

⁵⁸ GRAHAM, D. E. The Calvo Clause. Its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection. *Texas International Law Forum* 6. 1971. pp. 289 - 290.

⁵⁹ BROWLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. pp. 545-546.

⁶⁰ OSCHMANN, Friedrich. Calvo-Doktrin und Calvo-Klauseln. Wechselnde Realitäten im Internationalen Wirtschaftsrecht Lateinamerikas. Recht und Wirtschaft: Heidelberg, 1993. Apud QUADROS, Fausto de. Op. cit., pp. 128-129.

⁶¹ IPSEN, Knut. Völkerrecht. Apud QUADROS, Fausto de. Op. cit., p. 131.

(1933), tendo sido aprovada no art. 9º da Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados. Apesar de aceita na América Latina com algumas variações, a principal era que alguns países entendiam que estavam obrigados a conceder trato mais favorável aos estrangeiros se fontes superiores do Direito Internacional assim os obrigassem (QUADROS, 1998. p. 129.).

Essas variações de entendimento produziram ao longo do tempo entendimentos diferenciados. A maioria dos países Latinoamericanos aplicaram tal cláusula por décadas em seus contratos, mas existe jurisprudência reconhecendo sua nulidade sob o argumento de que o direito à proteção diplomática não seria um direito dos cidadãos, mas do Estado do qual eles são nacionais e, portanto, eles não poderiam renunciar a um direito que não têm.

Em face da discussão doutrinária sobre a validade da Cláusula Calvo, existem duas correntes doutrinárias a respeito. A que é majoritária nos Estados Unidos acredita que a Cláusula Calvo está em conformidade com o direito internacional sempre e quando for interpretada apenas como uma exigência do esgotamento dos recursos internos. Não sendo assim, a Cláusula é nula porque as pessoas privadas não poderiam contrair obrigações que deixem sem efeito o direito de seu Estado de protegê-las fora de seu território, dado que a proteção diplomática seria um direito do Estado reclamante mais que um direito do nacional, e porque o Estado não poderia estar vinculado por um contrato firmado entre um nacional seu e outro Estado. A posição latinoamericana majoritária defende a validade da Cláusula Calvo sob dois argumentos. O primeiro é o da igualdade de tratamento, segundo o qual a renúncia à proteção diplomática apenas formaliza a igualdade entre estrangeiro e nacional, não representando desvantagem. O segundo é que não existe no direito internacional regra que proíba ao indivíduo renunciar à proteção diplomática, inclusive porque ele seria um verdadeiro sujeito de direito.⁶²

No México, principalmente pela proximidade física com os Estados Unidos, foi onde mais desenvolvimento legislativo alcançou a Doutrina Calvo. O art. 27, inciso I, da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, publicada no Diário Oficial da Federação em 05 de fevereiro do mesmo ano, estabelece que:

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación se regirá por las siguientes prescripciones: I) Sólo los mexicanos por

⁶² VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. *La protección diplomática y la cláusula calvo*. Universidad de Piura. Disponível a partir de <<http://www.monografias.com/trabajos11/clausu/clausu2.shtml>>. Acesso em 14 out. 2004.

nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, y para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder así mismo derecho a los extranjeros siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales con respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos, por lo que se refiere aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieran adquirido en virtud de lo mismo.

Quando o nacional de outro país, que tenha renunciado a invocar a proteção diplomática de seu governo sob pena de perder os bens ou direitos que lhe correspondam devido ao contrato em que está inserida a cláusula Calvo, apesar disso, incorre nessa falta contratual, perde esses bens em benefício do Estado. A reclamação do governo de seu país de origem, como proteção diplomática a seu nacional, dirigida a obter uma compensação, careceria de fundamento em face do direito internacional (se a cláusula fosse considerada válida), pois, em se alegando responsabilidade internacional do Estado por denegação de Justiça no caso da resolução do contrato e da perda dos bens, esta não estaria configurada. O ato do Estado que privaria o estrangeiro de seus bens (a resolução do contrato por desobediência à Cláusula Calvo) estaria sujeita à Justiça nacional e aos recursos internos, não configurando denegação de justiça ou ilícito internacional. O México sempre viu a Cláusula Calvo como um bom instrumento para frear a interposição diplomática em seus planos de nacionalizações de empresas e investimentos estrangeiros acreditando que, além de válida, tratava-se de uma maneira de amedrontar o investidor estrangeiro que, temendo a rescisão do contrato e suas conseqüências, evitava ao máximo recorrer ao auxílio de seus agentes diplomáticos.⁶³

Como lembram NOLAN e LIPPOLDT, as preocupações básicas ao se negociar o Capítulo XI eram evitar, justamente, o comportamento histórico mexicano de desrespeito ao investimento estrangeiro em seu território.

The investment chapter of the NAFTA, Chapter Eleven, was primarily designed to prevent illegal takings of US and Canadian businesses by the Mexican government. Seizures by Mexico of foreign-owned properties have not been uncommon in that nation's investment history. In the drafting of Chapter Eleven, US negotiators sought, therefore, to avoid expropriations

⁶³ JIMÉNEZ ESCOTO, J.A. Loc. cit.

such as those that occurred when Mexico nationalized its oil industry in 1938.⁶⁴

A mudança de paradigma no regime do México quanto ao investimento estrangeiro, então, está dentre as principais conquistas do TLCAN, de modo que o compromisso do governo mexicano em se submeter e obedecer às provisões do capítulo XI simbolizam um afastamento significativo de suas políticas antigas, podendo-se ilustrar a afirmação com a observação de ROMERO JIMÉNEZ.

Before NAFTA, all foreign investor disputes were resolved in domestic administrative tribunals and judicial courts because Mexico did not recognize international claims by foreign investors. Since NAFTA, however, Mexico has changed its policy and now allows investors of the other NAFTA Party to submit a claim against it before an international tribunal for breach of its obligations under NAFTA Chapter 11.⁶⁵

Tal afirmação já induz à outra inovação expressiva aportada pelo TLCAN, que é o fato de ele ser o primeiro tratado comercial multilateral a criar um mecanismo próprio de solução de disputas sobre investimentos ao qual pessoas privadas podem aceder diretamente e em seu próprio nome, contra o Estado no qual investiram, sem a representação dos governos de seus países ou suas seções nacionais.

Antes do TLCAN, sistemas semelhantes de solução de controvérsias eram incluídos nos Tratados Bilaterais de Investimentos⁶⁶, mas não em tratados multilaterais. Tais tratados são, na verdade, instrumentos firmados entre dois países para promover e proteger os investimentos entre eles e, geralmente, trazem em seu corpo regras materiais, contendo os conceitos substantivos relativos ao tema, e regras procedimentais, que prevêm um sistema de resolução das controvérsias que eventualmente possam emanar desse acordo.⁶⁷

⁶⁴ NOLAN, Matthew; e LIPPOLDT, Darin. Obscure NAFTA clause empowers private parties: investor's protection clause lets companies haul signatories into arbitration for violation of pact. *National Law Journal*. v. 20. n. 32. Americanlawyermedia: New York, april/ 1998. Disponível a partir de <<http://www.law.com/jsp/nlj/index.jsp>> Acesso em 14 mai. 2004. Fausto de Quadros destaca que a Doutrina Calvo voltou a ser invocada para atacar a teoria clássica do grau mínimo de trato internacional por parte de novos Estados saídos da colonização nos anos 1960, nos casos das expropriações dos bens dos respectivos Estados colonizadores ou de seus cidadãos, e também no âmbito das expropriações e nacionalizações de concessões petrolíferas, como em Cuba, Líbia e Kuwait, o que atormentava a memória dos investidores estrangeiros. (QUADROS, 1998. pp. 131-132.)

⁶⁵ ROMERO JIMÉNEZ, Máximo. Considerations of NAFTA Chapter 11. *Chicago Journal of International Law*. v. 2. n. 1. 2001. pp. 101-109.

⁶⁶ Conforme a língua e o país, o termo e a sigla que designarão este tipo de tratado será alterado. Pode-se citar como exemplo a Alemanha ("Verträge über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen" ou simplesmente "Investitionsschutzverträge"), o Reino Unido e os Estados Unidos ("Treaties for the Promotion and Protection of Investments" ou simplesmente "Bilateral Investment Treaties"), a França e a Suíça ("Accords

Como se trata de acordos entre Estados soberanos, estes, via de regra podem convencionar praticamente qualquer coisa que esteja dentro dos parâmetros da licitude e da legitimidade. Assim, poderiam convencionar livremente a lei aplicável ao contrato e o foro competente para dirimir os litígios, por exemplo, se os seus ordenamentos jurídicos assim o permitissem. Mas os TBIs são, desde sua criação em 06 de fevereiro de 1776, quando Estados Unidos concluíram os dois primeiros deles com a França, contratos diferentes.⁶⁸ São especiais e já se pode dizer que apresentam em um padrão quase fixo, eis que têm sempre, por conveniência e escolha dos Estados, quase as mesmas características, podendo, evidentemente, sofrer adaptações às condições concretas de cada tratado.

Os TBIs mais recentes começaram a ser firmados no final da década de 1950, sendo o TBI entre Alemanha e Paquistão de 1959 apontado como o primeiro dessa fase mais moderna. A importância dos TBIs cresceu muito, juntamente com o número de tratados firmados, à medida que são também utilizados pelos países desenvolvidos para aumentarem seus investimentos em países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. De acordo com os números oficiais do Banco Mundial, que cobrem as estatísticas até 1996, haviam sido firmados mais de mil e cem TBIs obedecendo ao sistema do Banco, que já será exposto. Tais números por si já indicam a importância do tema dos investimentos, de sua proteção e da proliferação dos TBIs, que, provavelmente, em breve, terão papel importante quanto às fontes do direito internacional, na formação do costume internacional.

O TBI é um modelo evoluído de um tratado-contrato. Seu texto é complexo e vasto, como dito, mas vai além das definições das obrigações recíprocas em caso de privação da propriedade privada e atos análogos, incluindo garantias aos

pour la Protection et la Promotion des Investissements"), o México, a Argentina e os países hispanófonos em geral ("Acuerdo Bilateral de Inversión") e Brasil e Portugal ("Acordos de promoção e proteção recíproca de Investimentos").

⁶⁷ Para proteger a propriedade privada de estrangeiros sujeitos à sua jurisdição, os Estados se serviram de basicamente três instrumentos em suas relações com outros Estados. Os Tratados Bilaterais de Investimentos e as Cláusulas de Estabilização têm o objetivo de prevenir atos ilícitos de privação, evitando que o Estado nacionalize ou exproprie propriedade privada de estrangeiros. Já os Acordos Lump Sum visam a reparar a ilicitude de uma privatização já consumada. No presente estudo, apenas referiremos, e de modo breve, os TBIs. Para informações sobre os outros dois tipos de avença: SHIHATA, Ibrahim. Recent trends relating to entry of foreign direct investment. *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. 1994. p. 47 e ss. RIESENFELD, S. A. Foreign Investments. *Encyclopedia of International Law*. t. 8. Rudolph Bernhardt: Amsterdã/Nova Iorque: 1985. p. 246 e ss. DOLZER, Rudolf e STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Haia: Kluwer, 1995. Sobre a história dos TBIs, HEFTI, Thomas. *La protection de la propriété étrangère en droit international public*. Zurich: Schulthess Polygraphischer, 1989.

⁶⁸ BLUMENWITZ, D. Treaties of friendship, commerce and navigation. Apud QUADROS, 1998. p. 48.

investidores estrangeiros e também os meios de solução das controvérsias. Seu âmbito de aplicação, ou seja, as hipóteses em que será aplicado e as definições dos termos essenciais, geralmente é estipulado no início. Uma particularidade dos TBIs é que nessas definições, o conceito de propriedade privada ampliado em comparação com seu conceito tradicional, o que acarretava várias alterações substanciais que serão vistas no próximo sub-capítulo. Outra particularidade desses tratados é que eles sempre contêm uma "cláusula de expropriação", prevendo as condições em que estas e as nacionalizações serão lícitas e estipulando o modo como será determinado o montante devido de indenização. Seu período de vigência também poderá ser pactuado livremente, mas a prática verifica que uma variação a entre um e cinco anos, já se tendo notícia de um prazo de quinze anos, quase sempre com a previsão da possibilidade de se prorrogar a vigência. Alguns deles prevêm efeito retroativo, mas trata-se de hipótese muito rara, sobretudo nos países colonizados.⁶⁹

Como referido anteriormente, os TBIs também prevêm os meios de resolver as controvérsias emanadas de sua violação e a tradição convencionou que tal maneira é a arbitragem. Poderiam os Estados submeter os conflitos ao Poder Judiciário de um ou de outro, mas resta comprovado que a parte a qual caberia submeter-se à Justiça estrangeira não aceitaria os termos do acordo por julgar que o Estado que teria o litígio julgado por seus próprios tribunais seria beneficiado. As partes dos TBIs, geralmente, indicam uma instituição arbitral internacional para encarregar-se da disputa. Quase sempre tal organismo é o CIADI (*Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones*, conforme sua sigla em espanhol, ou ICSID - *International Center for Settlement of Investment Disputes*), hoje uma organização internacional autônoma que em sua origem foi criada, em 1966, pelo Banco Mundial, especialmente designada para facilitar a solução de controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros, visando a aumentar o fluxo de investimentos internacionais. Mas as partes também podem convencionar uma arbitragem *ad hoc*, ou seja, não-institucional: um tribunal arbitral se constituirá especialmente para o caso, utilizando as regras elaboradas pela Comissão das Nações Unidas sobre Comércio internacional, conhecida por sua sigla em inglês UNCITAL (United Nations Commission on International Trade Law). Esses sistemas

⁶⁹ QUADROS, 1998. pp.48-54. Os dados citados pelo autor podem ser obtidos no sítio da rede Mundial de Computadores do CIADI, disponível a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/treaties/intro.htm>> Acesso em 12 nov. 2004

de solução de controvérsias que são, na verdade, procedimentos arbitrais, institucionais ou não, criados por instituições ou organismos internacionais, poderão ser indicados pelas partes dos tratados bilaterais, que escolhem um ou mais para servirem de base em caso de surgir alguma controvérsia, como será visto mais adiante, na Seção B do Tratado.

Os Estados e os investidores vêm neste sistema, principalmente, três vantagens: 1) a certeza de saber o direito aplicável ao investimento estrangeiro e ao investidor, o que lhes garante segurança e o tratamento da propriedade privada do estrangeiro em conformidade com o grau mínimo de trato internacional, evitando o tratamento nacional; 2) o subterfúgio para o investidor estrangeiro da instabilidade do próprio direito interno do estado receptor do investimento, ou seja, a "imunidade" à lei nacional; e 3) com a cláusula de submissão dos litígios à arbitragem, a garantia de escapar da longa e muitas vezes obscura trilha processual dos meios internos do Estado, dada a desconfiança dos investidores sobre a eficiência e a isenção dos meios judiciais dos países receptores. (QUADROS, 1998. pp. 53-54)

E nesse sistema dos TBIs está baseado o capítulo sobre investimentos do TLCAN. Assim, conforme já referido anteriormente e apresentando formalmente o Capítulo XI do TLCAN, este se intitula "Investimento" e está inserido na Quinta Parte do Tratado, denominada "Investimento, Serviços e Assuntos Relacionados". Divide-se em três seções. A "Seção A", denominada "Investimento", contém 14 artigos com normas substantivas que regulam os investimentos no território das partes. A "Seção B", intitulada "Solução de Controvérsias entre uma Parte e um Investidor de outra Parte", contém 25 artigos, principalmente com normas procedimentais, estabelecendo o sistema de resolução de conflitos sobre o tema. A "Seção C", por sua vez, define alguns conceitos-chave para a aplicação das disposições anteriores e se denomina "Definições".

B. O estabelecimento de regras particulares sobre IED

As disposições formais sobre investimentos do TLCAN, tal como se articulam no Capítulo XI do acordo e em outras partes, instituíram-se como as regras mais amplas em matérias de investimentos criadas e em vigor até a presente data, para empresas transnacionais e Estados. Mesmo que tal regime sobre investimentos seja parte de um acordo regional, suas disposições tiveram e têm repercussões internacionais consideráveis, não só porque muitas de suas regras acabam se estendendo a empresas nacionais de Estados que não são partes do tratado, mas também porque estabeleceram precedentes para outros acordos regionais, inclusive multilaterais.

Apesar de, em princípio, as metas das partes do tratado, quanto aos investimentos estrangeiros, parecerem distintas, dado que o TLCAN foi o primeiro acordo sobre investimentos e comércio entre países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, as atitudes por parte dos três signatários se revelaram convergentes em muitos dos assuntos referentes à IED, permitindo um resultado satisfatório.

Conforme já dito, a mudança de paradigma quanto ao comportamento em relação ao direito interno e, por conseqüência, do direito internacional, sobre as regras sobre investimentos, justifica seu estudo pormenorizado e, em especial, o exame das normas do TLCAN. Enquanto os países se preocupavam em legislar internamente sobre a matéria, para nacionalmente, proteger seus bens da maneira que julgava adequada, após a intensificação do processo de globalização das últimas duas décadas, com a tendência liberalizante de disputa pelos fluxos de capital, os países passaram a firmar diversos acordos internacionais com o intuito de atrair investimentos. Essa rede normativa trouxe um novo tipo de regras, que ao invés de se concentrarem na proteção do Estado receptor de capital, incentiva o investidor estrangeiro, muitas vezes beneficiando-o mais que ao investidor doméstico. É nessa nova conjuntura, como já abordado, que foi construído o marco normativo sobre investimentos estrangeiros do TLCAN e, em face dessa mudança, é necessário destacar os pilares desse novo modelo e suas regras.⁷⁰

⁷⁰ Discussões mais profundas e específicas sobre o regime do Capítulo XI que as que serão apresentadas no presente trabalho podem ser encontradas em DAWSON, Laura Ritchie (ed.). *Whose rights?: The NAFTA Chapter 11 Debate*. Ottawa: Centre for Trade Policy and Law, 2002. MANN, Howard. *Private rights, public*

Apesar de a estrutura principal do Capítulo XI apresentar três divisões principais, o presente estudo introduzirá as regras técnicas sobre investimentos estrangeiros em apenas dois subcapítulos, tratando das definições (que o tratado o faz em uma seção especial intitulada "C") juntamente das normas materiais, para melhor compreensão da matéria.

a. Regras materiais: a Seção A do Capítulo XI

Esta seção do Capítulo XI, conforme referido, dedica-se a estabelecer as normas materiais a respeito de investimentos no TLCAN, determinando os princípios básicos que protegem substantivamente os investimentos estrangeiros intrabloco no marco do tratado, tais como o dever de dispensar trato nacional aos investidores de outros Estados-partes, o respeito à cláusula da nação mais favorecida, a obrigação de dispensar trato justo, eqüitativo, não-discriminatório e em conformidade com o direito internacional (nível mínimo de trato), a não-imposição de requisitos de desempenho, a transferência de recursos, a obediência a requisitos mínimos de informação e o dever de indenizar em caso de expropriação.⁷¹ Trata-se, basicamente, do sistema adotado nos TBIs mais modernos.

Antes de passar ao exame das regras específicas da Seção A, convém esclarecer que o Capítulo XI ainda conta com uma terceira Seção, a qual dispõe de apenas um artigo. Este artigo 1139 traz todas as definições, conforme o tratado, dos termos pertinentes à matéria tratada pelo capítulo, tais como ações de capital,

problems; a guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights, Winnipeg, IISD, 2001. MANN, Howard. *Protecting investor rights and public good: Assessing NAFTA's chapter 11*. Winnipeg: IISD, 2002. GRAHAM, Edward M. e WILKIE, Christopher. Regional economic agreements and multinationals firms: The investment provisions of the NAFTA. em MIRZA, Hafiz (ed.). *Global competitive strategies in the new world economy: Multilateralism, regionalization and the transnational firm*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, 1998. MARTÍNEZ, Gabriel. Inversión en el Tratado de Libre Comercio. em KESSEL, Georgina (comp.). *Lo negociado del TLC; un análisis económico sobre el impacto sectorial del tratado trilateral de libre comercio*, México, McGraw-Hill, 1994. ABBOTT, Frederick. The political economy of NAFTA chapter eleven: Equality before the law and the boundaries of North American integration. *Hastings International and Comparative Law Review*. v. 23. n. 3/4. San Francisco, spring-summer, 2000. SOLOWAY, Julie A. NAFTA's chapter 11: Investor protection, integration and the public interest. *Choices; Canada's Options in North America*. v. 9. n. 2. marzo de 2003.

⁷¹ A Seção A está composta dos seguintes catorze artigos: 1101, âmbito de aplicação; 1102, tratamento nacional; 1103, tratamento da nação mais favorecida; 1104, nível de tratamento; 1105, nível mínimo de tratamento; 1106, requisitos de desempenho; 1107, altos executivos e conselhos de administração; 1108, reservas e exceções; 1109, transferências; 1110, expropriação e indenização; 1111, formalidades especiais e requisitos de informação; 1112, relação com outros capítulos; 1113, denegação de benefícios e 1114, medidas relativas ao meio ambiente.

CIADI, empresa, transferências, tribunal, dentre outras. Convém destacar, primeiramente, que o TLCAN define o termo investimento de maneira muito ampla em comparação com os tradicionais conceitos de propriedade, incluindo interesses minoritários, investimentos de carteira e propriedade real, assim como investimentos cuja propriedade majoritária ou controle estejam em um país do bloco. Ademais, a cobertura do TLCAN se estende aos investimentos feitos por uma empresa constituída em um país do bloco qualquer que seja o seu país de origem. Em pormenores, são considerados investimento: 1) uma empresa; 2) ações de uma empresa; 3) instrumentos de dívida de uma empresa; 4) um empréstimo a uma empresa; 5) uma participação em uma empresa, que permita ao proprietário participar dos ingressos ou dos benefícios da empresa; 5) uma participação em uma empresa que outorgue o direito ao proprietário de participar do rateio dos bens desta empresa em caso de liquidação, sempre que tal direito não derive de uma obrigação ou empréstimo; 6) bens imóveis ou outra propriedade, tangível ou intangível, adquiridos ou utilizados com o propósito de obter benefício econômico ou para outros fins empresariais; e 7) participação que resulte do capital ou outros recursos destinados ao desenvolvimento de uma atividade econômica em território de outra parte.

Outra definição-chave é a de "investimento de um investidor de uma parte" que designa o investimento que seja propriedade ou esteja sob o controle direto ou indireto de um investidor de um outro Estado parte do TLCAN, do mesmo modo que "investidor de uma parte" é um particular ou uma empresa constituída sob as leis desse Estado que pretenda realizar ou tenha realizado um investimento no Estado receptor. As regras ficam mais claras lembrando que um nacional de qualquer dos três países jamais será considerado investidor estrangeiro no seu país e nunca poderá, para esses fins, beneficiar-se do sistema do TLCAN. Outro destaque importante é que "investidor de outra parte" só poderá ser pessoa física ou jurídica privada, já que o Capítulo XX é o que cuida das controvérsias entre Estados-partes. É o que consta do inciso 3 do mesmo artigo, que esclarece, ademais, que o Capítulo XI não se aplica às medidas adotadas ou mantidas por um Estado e que estejam compreendidas no âmbito de aplicação do Capítulo XIV, sobre serviços financeiros. Da mesma forma, as disposições do Capítulo XI são alheias às disputas de caráter público que ocorram sob o Capítulo XX do TLCAN, o qual dispõe sobre as normas aplicáveis aos conflitos entre os Estados-partes. Será aplicado somente às

controvérsias entre um investidor intrabloco e o Estado-membro receptor do investimento, nos termos do art. 1115.

Percebe-se que o TLCAN optou por adotar, como os TBIs, o novo e amplo conceito de investimento, correlato ao novo conceito de propriedade privada, com os quais já está obrigado a lidar hoje o Direito Internacional. De acordo com a concepção clássica, apenas o direito de propriedade, os direitos reais menores sobre bens móveis e imóveis, os direitos sociais e os direitos emergentes de contratos de concessão eram considerados como tradicionais. Pela moderna concepção, todos os direitos de propriedade e de participação nas empresas estão incluídos, como os instrumentos de dívida e os empréstimos a uma empresa (sempre e quando seu prazo de vencimento seja de mais de três anos ou se outorguem a uma empresa filial do investidor), também são aceitos. (DOLZER e STEVENS, 1995. pp. 26 e ss.) Essa ampliação considerável do conceito de investimento ampliou também o âmbito de aplicação das disposições sobre investimentos do Tratado, as quais, combinadas com outros artigos, permite que uma vasta gama de particulares possam se beneficiar do sistema de solução de controvérsias, como a seguir se exporá. No mesmo art. 1139, ficou definido o que não é investimento, para excluir de seu conceito o capital oriundo de atividades comerciais e seu financiamento.

Por força da definição de investimento, impende destacar os conceitos de "empresa", "empresa de uma parte" e de "empresa do Estado", definidos pelo artigo 201 do Capítulo II, intitulado Definições Gerais. Segundo este artigo, "empresa" é qualquer entidade constituída ou organizada conforme o direito aplicável, com ou sem fins lucrativos, e que seja de propriedade privada ou governamental, incluídas quaisquer sociedades, fideicomissos, associações, empresas de proprietário único investimentos conjuntos ou outras associações. "Empresa de uma parte", por sua vez, nada mais é que uma empresa constituída ou organizada conforme a legislação deste país parte. Já "empresa do Estado" é uma empresa de propriedade de um Estado parte ou sob seu controle, mediante direitos de domínio deste.

A amplitude do conceito de empresa possibilita que uma quantidade imensa de pessoas possa se beneficiar do regime do TLCAN sobre investimentos. Essa cobertura especificamente favorece qualquer tipo de negócio operando legalmente conforme a lei de um dos três Estados membros, como empresas, parcerias, *joint ventures*, associações comerciais, etc. Alterando o antigo sistema do CFTA, que

exigia que o negócio fosse controlado ou de propriedade de nacionais de um dos dois países, a definição de empresa do TLCAN não mais menciona tal exigência. De acordo com o sistema do tratado, qualquer empresa ou negócio "constituído ou organizado" sob as leis de um dos três países se beneficiará do TLCAN desde que mantenha atividades substanciais no território do bloco. Dessa maneira, asiáticos, europeus, latinoamericanos e quem mais quiser investir na América no Norte poderá fazê-lo e servir-se das disposições do TLCAN, desde que se constitua e organize de acordo com as regras locais. Exceção ao caso dos países com os quais alguma das partes não mantenha relações diplomáticas ou matenha algum embargo econômico, em uma disposição clara, ao tempo da criação do bloco, para excluir os cidadãos cubanos. (FOLSON, 1999. p. 154.)

Vistas as definições centrais, pode-se abordar o primeiro artigo da Seção A, de nº 1101, que contém o âmbito de aplicação deste Capítulo XI. Tal artigo elenca os tipos de sujeitos e atos que estão protegidos pelo capítulo, dizendo que o mesmo será aplicado às medidas que um país adote ou mantenha quanto: 1) aos investidores de outro país; 2) aos investimentos de investidores de outro país em seu território; e 3) a todos os investimentos em seu território no que se refere aos arts. 1106 e 1114 (os quais dizem respeito aos requisitos de desempenho e às medidas relativas ao meio ambiente, respectivamente). Assim, este capítulo será aplicado somente aos investimentos oriundos dos dois outros países signatários do TLCAN. No caso do México, por exemplo, será aplicado aos investimentos e investidores estadunidenses e canadenses. Já no caso do Canadá, aos investimentos e investidores estadunidenses e mexicanos. Por fim, nos Estados Unidos, aos investimentos e investidores canadenses e mexicanos. Entretanto, quanto aos requisitos de desempenho e as medidas sobre o meio ambiente, todo e qualquer investimento no território de cada Estado-parte estará submetido ao tratado, incluindo os investimentos internos e de países alheios ao TLCAN.

O inciso 2 deste artigo 1101 reserva às partes o direito de desempenhar exclusivamente as atividades econômicas do Anexo III do Tratado, onde estão as atividades reservadas ao Estado pela Constituição Mexicana, ou de reservá-las a seus investidores domésticos, e de se negar a autorizar o estabelecimento de investimentos estrangeiros nessas atividades. Em as autorizando, incidirão as disposições deste capítulo XI. Também funções como a execução e aplicação de

leis, serviços de bem-estar social e saúde, por exemplo, atividades que ficam excluídas do âmbito de aplicação deste capítulo.

Estabelecidos o âmbito de aplicação e vistos os conceitos básicos pertinentes, o segundo artigo deste Capítulo, de número 1102, assegura o princípio do tratamento nacional, segundo o qual o Estado-parte receptor do investimento outorgará ao investidor e ao investimento estrangeiros um tratamento não menos favorável que o dispensado a seus próprios investidores em circunstâncias similares quanto ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos. Também determina que suas unidades federadas não poderão dar ao investidor ou ao investimento estrangeiro intrabloco tratamento menos favorável que o tratamento mais favorável que essa unidade federativa dispense, em circunstâncias similares, aos investidores e aos investimentos nacionais. Reza o mesmo artigo que, para maior certeza e para assegurar a observância das normas anteriores do artigo 1102, nenhuma parte do tratado poderá: 1) impor a um investidor estrangeiro o requisito de que um nível mínimo de participação acionária de uma empresa estabelecida em seu território esteja nas mãos de seus nacionais, salvo que se trate de ações nominais para cargos directivos ou membros fundadores das sociedades; e 2) requerer que um investidor de outro país membro, por razão de sua nacionalidade, venda ou disponha de qualquer outra maneira de um investimento em seu território.

Entretanto, por força do art. 1111, este art. 1102 não será interpretado no sentido de impedir que uma parte adote ou mantenha uma medida que exija formalidades especiais conexas ao estabelecimento de investimentos por investidores de outra parte, tais como o requisito de que os investidores sejam residentes do Estado-parte receptor do investimento ou que estas se constituam conforme as leis desse país, sempre que tais formalidades não prejudiquem significativamente o investidor ou o investimento.

A disposição central dos acordos internacionais de investimentos contemporâneos é o princípio do tratamento nacional, sendo que, em uma situação ideal, a regra vale tanto para as empresas que buscam investir pela primeira vez (preestabelecimento), como para as que buscam mudar as operações já existentes (pós-estabelecimento). A obrigação de tratamento nacional do TLCAN é global nesse aspecto: inclui o direito de estabelecimento e de receber o mesmo tratamento dos investidores nacionais em caso de já se encontrar no território da parte. Sobre a

mesma obrigação, pode-se dizer que ela é vinculante, ao contrário de outros tratados, como o da OCDE, já que sua observância e aplicação não são meras faculdades dos signatários. (GRAHAM e WILKIE, 1999. p. 42)

O princípio do trato nacional não está contemplado só pelo Capítulo XI, mas por todo o Tratado, sendo um princípio básico do sistema TLCAN. Sua essência consiste em assegurar um tratamento igual para os investidores e investimentos nacionais e estrangeiros oriundos dos demais Estados-membros, exigindo que o governo do país receptor do capital, em qualquer de suas três esferas, não o discrimine em razão de sua origem. O artigo explica que o tratamento nacional proíbe a imposição de requisitos de que um nível mínimo de participação acionária em uma empresa esteja nas mãos de seus nacionais e também requerer que um investidor venda ou disponha de qualquer outra maneira de seu investimento em razão de sua nacionalidade.

Da mesma forma que em outras matérias e setores, as partes se reservaram o direito de não aplicar este princípio a algumas áreas enumeradas nos Anexos I (Reservas em Relação a Medidas existentes e Compromissos de Liberalização), II (Reservas em Relação a Medidas Futuras) e IV (Exceções ao Trato da Nação Mais Favorecida), sendo que cada país apresentou seu próprio rol de matérias.

O tratamento nacional é reforçado pelos três artigos seguintes. O primeiro deles traz outro princípio basilar do TLCAN e do Capítulo XI, que é o da nação mais favorecida, previsto no artigo 1103, o qual dispõe que cada um dos Estados-partes outorgará aos investidores e aos investimentos de outro Estado-membro um tratamento não menos favorável que o que dispense, em circunstâncias similares, aos investidores e aos investimentos de outro Estado-parte ou de outro país não signatário do Tratado, no que se refere ao estabelecimento, aquisição, expansão, administração, condução, operação, venda ou outra disposição dos investimentos. O art. 1108, entretanto, determina que há matérias contidas nos anexos que estão excetuadas da aplicação desse princípio, como será visto.

Por força desse art. 1103, os Estados-partes estão obrigados a estender aos investidores e aos investimentos oriundos dos outros Estados-partes do TLCAN quaisquer benefícios que concedam aos capitais vindos de outras regiões fora da zona de livre comércio que forma o TLCAN. Os estados Unidos, por exemplo, devem dar aos investidores e aos investimentos do México e do Canadá um tratamento tão favorável como o pactuado com os investidores e investimentos europeus, asiáticos

ou sul-americanos. Assegura-se aos investimentos intrabloco, assim, se não um tratamento preferencial, um trato eqüitativo, de modo que tais investimentos aproveitem qualquer vantagem concedida a outros países de fora da zona, tais como medidas de liberalização ou proteção.

Por lo que se refiere al trato nacional otorgado por las entidades federativas y provincias, será no menos favorable del más favorable otorgado en igualdad de circunstancias, por dicha provincia o entidad federativa a sus inversionistas del Estado del cual forma parte. Además, se incorporan en el TLCAN las normas de derecho internacional público referentes a la protección y respeto de los derechos adquiridos por los extranjeros y a la prohibición de un trato discriminatorio. (ORTIZ ALF, VAZQUEZ PANDO e DIAZ, 2000. p. 100.)

O art. 1104 do mesmo Capítulo, intitulado "Nível de Tratamento", estabelece que os investidores e os investimentos intrabloco receberão do Estado receptor do capital o melhor tratamento possível, obedecendo aos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida.

O art. 1105, por sua vez, garante um nível mínimo de tratamento, de acordo com os padrões internacionais, ampliando o tratamento que deve ser dispensado ao investidor e ao investimento estrangeiro intrabloco e refletindo claramente o intuito das partes de proteger o capital estrangeiro. Para tanto, estipula que cada uma das partes tratará os investimentos em conformidade com o direito internacional, incluindo tratamento justo e eqüitativo e proteção e segurança plenas. O tratamento nacional oferece um nível relativo de tratamento, ao passo que este artigo estabelece um nível mínimo absoluto, baseado em princípios de longa data do direito internacional consuetudinário. No caso de perdas sofridas por causa de conflitos armados ou contendas civis, cada Estado-parte outorgará aos investidores de outro Estado-parte uma compensação baseada no tratamento não-discriminatório.⁷²

O próximo tema regulado pelo Capítulo XI diz respeito aos requisitos de desempenho. A disciplina desse tema é lugar comum nos atuais tratados de livre comércio, eis que a maioria dos países, sobretudo os em vias de desenvolvimento, costumavam condicionar o estabelecimento e a expansão dos projetos estrangeiros

⁷² Sobre um estudo minucioso do art. 1105, que gerou muita polêmica após a Comissão de Livre Comércio ditar uma Nota de Interpretação do mesmo em 31 de julho de 2001, consultar THOMAS, J. C. Reflections on article 1105 of NAFTA: history, State practice and the influence of commentators. *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. v. 17. n. 1. Spring 2002. pp. 21-101.

ao cumprimento de certos requisitos mínimos de desempenho econômico ou de comportamento, com o objetivo de maximizar os benefícios para o país receptor do capital. O TLCAN contém uma disposição muito firme para restringir estes limites ao comportamento dos investidores e dos investimentos, sendo mais forte que suas correspondentes no TRIM da Rodada Uruguai (Acordo de Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio) e no CFTA. O art. 1106 se revela uma medida bastante forte para proibir a maioria dos novos requisitos de atuação e para retirar paulatinamente a maioria dos antigos. Desde uma perspectiva econômica, as restrições a requisitos de atuação são lógicas porque freqüentemente dão lugar a muitas das mesmas distorções que os dispositivos restritivos do comércio tradicional.⁷³

Para evitar a imposição dessas exigências, o art. 1106 estabeleceu que nenhum dos Estados-partes poderá impor ou obrigar a cumprir os seguintes requisitos taxativos de desempenho, condicionando a nenhum deles o estabelecimento, a aquisição, a expansão, a administração, a condução ou operação de um investimento: a) exportar um determinado nível ou porcentagem de bens ou serviços; b) alcançar um determinado grau ou porcentagem de conteúdo nacional; c) adquirir ou utilizar ou outorgar preferência a bens produzidos ou a serviços prestados em seu território, ou adquirir bens de produtores ou serviços de prestadores de serviços em seu território; d) relacionar de qualquer forma o volume ou valor das importações com o volume ou valor das exportações, ou com o montante das entradas de divisas associadas com tal investimento; e) restringir as vendas em seu território dos bens ou serviços que tal investimento produz ou presta, relacionando de qualquer maneira essas vendas ao volume ou valor de suas exportações ou a ganhos que gerem divisas; f) transferir a uma pessoa em seu território, tecnologia, um processo produtivo ou outro conhecimento reservado, salvo quando o requisito se imponha o ou se faça cumprir por un tribunal judicial ou administrativo ou autoridade competente para reparar uma suposta violação às leis em matéria de concorrência ou para atuar de uma maneira que não seja incompatível com outras disposiciones do Tratado; ou g) atuar como provedor

⁷³ Para um exame dos efeitos econômicos dos requisitos de atuação e também uma bibliografia sobre o tema, ver GRAHAM, Edward M. e KRUGMAN, Paul. Medidas de inversión relacionadas con el comercio. en SCHOTT, Jeffrey J. (org.). *Completing the Uruguay Round: a results-oriented approach to the GATT Trade Negotiations*. Washington: Institute for International Economics, 1991.

exclusivo dos bens que produz ou serviços que presta para um mercado específico, regional ou mundial.

O mesmo artigo também traz outro rol taxativo, contendo a lista das medidas que não poderão ser impostas pelo Estado receptor do capital ao investidor para condicionar a recepção ou a manutenção de uma vantagem: a) alcançar um determinado grau ou porcentagem de conteúdo nacional; b) adquirir ou utilizar ou outorgar preferência a bens produzidos em seu território ou a comprar bens em seu território; c) relacionar de qualquer forma o volume ou valor das importações com o volume ou valor das exportações, ou com o montante das entradas de divisas associadas com tal investimento; e d) restringir as vendas em seu território dos bens ou serviços que tal investimento produz ou presta, relacionando de qualquer maneira essas vendas ao volume ou valor de suas exportações ou a ganhos que gerem divisas.

Contudo, as medidas elencadas no parágrafo acima não impedem que uma parte condicione a recepção ou manutenção de uma vantagem por um investidor a certas atividades a serem desenvolvidas em seu território, tais como a prestação de serviços, capacitação de trabalhadores, geração de empregos, construção ou ampliação de instalações particulares, pesquisa e desenvolvimento.

As partes poderiam exigir que se alcance um determinado grau ou porcentagem de conteúdo nacional e que se adquira, utilize ou outorgue preferência a bens produzidos em seu território ou que se comprem bens em seu território (como, por exemplo, para incentivar uma pequena indústria local) sempre que tais medidas não forem aplicadas de maneira arbitrária ou injustificada e que não constituam uma restrição incoberta ao comércio ou aos investimentos internacionais, para: 1) assegurar o cumprimento de leis compatíveis com o TLCAN; 2) proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal; e 3) preservar recursos naturais ou renováveis, vivos ou não.⁷⁴

Os requisitos de desempenho mencionados não se aplicam às medidas federais, estaduais ou locais listadas pelas partes nos Anexos I, II e III, conforme o art. 1108, como se verá ao se tratar desse art. e dos anexos.

⁷⁴ PRICE, Daniel. An overview of the NAFTA investment chapter. Substantive rules on investor-State dispute settlement. *The international lawyer*. ABA v. 27. n. 3. Fall. 1993. Especificamente sobre os requisitos de desempenho e também sobre alguns pontos gerais do capítulo XI, consultar VELARDE ESTRADA, Rogelio López. Breves apuntamientos en torno al capítulo de inversión del TLCAN. *PEMEX Lex*. n. 75-76. México: Petróleos Mexicanos, 1994. No mesmo sentido HEFTYE ETIENNE, 1993.

A seguir, o tratado se preocupou, em seu art. 1107, em disciplinar o tema dos altos executivos e dos conselhos de administração das empresas, dispondo que nenhum dos Estados partes poderá exigir que uma empresa de sua nacionalidade, que seja um investimento de país signatário, designe indivíduos de alguma nacionalidade em particular para ocupar cargos de alta direção. Tal disposição visa a permitir que os investidores do âmbito do TLCAN possam empregar pessoal de sua escolha, sujeitos às leis de imigração do país hóspede. Entretanto, o tratado autoriza que um Estado parte exija que a maioria dos membros de um conselho de administração ou de qualquer comitê desse conselho, de uma empresa desse Estado e que seja investimento de uma pessoa nacional de outro Estado parte seja de uma nacionalidade em particular ou seja residente no seu território, sempre que tal requisito não reduza significativamente a capacidade do investidor de exercer o controle do seu investimento. as reservas feitas no Anexo I protegem esses requisitos.

Como já citamos algumas vezes, o Capítulo XI do TLCAN também estabelece reservas e exceções, nos termos do art. 1108, que remete aos Anexos I, II, III, e IV. Além das reservas e exceções gerais, que se aplicam a todos os contratantes, há também as reservas e exceções específicas, feitas por cada uma das partes e que se aplicam a um número limitado de disposições. Por meio das reservas e exceções, os Estados podem aplicar medidas que, mesmo sendo incompatíveis com os fins do tratado, sejam necessárias, por exemplo, para proteger a vida e a saúde das pessoas e dos animais, para preservar o meio ambiente, para manter a paz e a segurança nacional ou internacional, para equilibrar a balança de pagamentos, entre muitas outras.

Por força do art. 1108, as obrigações de tratamento nacional (art. 1102), de nação mais favorecida (art. 1103) e as disposições sobre altos executivos e conselhos de administração (art. 1107) não se aplicam às aquisições do setor público e aos subsídios, ao menos por um período, com o intuito de proteger os bens dos países signatários de uma abertura total e imediata quando da firma do tratado. O mesmo art. 1108 especifica as exceções permitidas às obrigações impostas por tais artigos e também pelo artigo 1106 (requisitos de desempenho).

As obrigações de tratamento nacional do TLCAN se aplicam a governos das três esferas federativas. Como os três signatários são Estados federais *de jure*, as considerações constitucionais foram um fator importante na solução dessa questão,

mas em cada caso se exigiu inicialmente às entidades subnacionais, assim como a suas respectivas entidades federais, que enumerassem medidas internas que não cumpriam com a especificação dentro de um marco de dois anos, para que fossem abrangidas pelos anexos e fora do TLCAN, ao menos por um período de adaptação. Na prática, às medidas subnacionais existentes que não cumpriam com a especificação dentro de dois anos, simplesmente foi concedida a isenção, limitando o efeito do incumprimento da especificação somente às medidas já existentes que cumpriam com o prazo, com respeito ao Anexo I, o qual descreve as medidas existentes que não cumprem com as obrigações dos artigos 1102, 1103, 1106 e/ou 1107. As medidas desconformes existentes não poderão ser modificadas no futuro de maneira que venham a ser mais restritivas e, uma vez mais liberalizadas, tampouco poderão voltar a ser limitativas.

No plano federal, as medidas desconformes que tiveram de ser mantidas estão descritas da lista de cada país que figura no mesmo anexo. As medidas estaduais e provinciais existentes ao tempo da entrada em vigor do tratado ficaram excetuadas das disposições pertinentes por um espaço de dois anos, até 1º de janeiro de 1996, e, para que se mantivessem vigentes após essa data, tiveram de ser incluídas no Anexo I. As medidas dos governos locais puderam ser mantidas sem o requisito de que se incluíssem no Anexo I.

O art. 1108 também estipula uma série de exceções limitadas ao art. 1106, permitindo a aplicação de alguns requisitos de desempenho relacionados com ajuda externa, promoção de exportações, compras do setor público e tarifas preferenciais. No caso do Canadá, todas as medidas federais desconformes foram mantidas e constam do Anexo I. No marco do TLCAN o Canadá concordou em estender aos investidores mexicanos os limiares mais altos de revisão da Lei Canadense de Investimentos, estabelecidos quando do CFTA, e modificar a fórmula de indexação existente no CFTA para os limiares de revisão, com o objetivo de incluir o crescimento econômico real e a inflação, compromissos estipulados no Anexo I. Quanto aos Estados Unidos, todas as medidas federais desconformes foram igualmente mantidas e figuram no Anexo I. Já o México, por sua vez, comprometeu-se a ampliar significativamente a liberalização do seu regime de investimentos e tais compromissos estão especificados no cronograma do país constante do Anexo I. Tal liberalização inclui um aumento significativo nos limiares mexicanos para a revisão de aquisições por estrangeiros, redução ou eliminação de muitas restrições aos

investimentos estrangeiros em setores específicos e a eliminação gradual dos requisitos de desempenho relacionados com a distorção do comércio.

O Anexo II trata das reservas em relação a a medidas futuras e enumera os setores ou atividades a que não se aplicam os artigos 1102, 1103, 1106 ou 1107 em relação às medidas desconformes e existentes com possíveis medidas novas ou mais restritivas. Entretanto, um país signatário não poderá exigir a alienação de investimentos já existentes por razão de sua nacionalidade quando se ditem novas medidas cobertas pelo Anexo II. As listas feitas pelos países, nesse anexo, cobrem basicamente comunicações, transporte, serviços transfronteiriços, publicações (Estados Unidos), energia (México) e preocupações similares.

No Anexo III, intitulado "atividades reservadas ao Estado" somente o Estado Mexicano apresentou sua lista, conforme a Constituição Mexicana, que na verdade foram três. Tal anexo traz as disposições aplicáveis no caso de privatização de empresas estatais e dispõe sobre as reservas feitas pelo México à propriedade estrangeira no momento em que passasse a permitir o investimento privado nacional nesses setores. A seção A contém um rol das atividades reservadas somente ao Estado mexicano no momento da entrada em vigor do TLCAN, como as relacionadas com o petróleo e seus derivados, com a eletricidade e com a energia nuclear, com minerais radioativos, com comunicações via satélite, com serviço postal, de ferrovias e de radiotelegrafia, com emissão de moeda e controle de portos e aeroportos, por exemplo. A seção B trata das normas referentes à desregulamentação das atividades até então reservadas ao Estado e a seção C, das atividades reservadas ao Estado até a vigência do tratado e que deixaram de ser reservadas com a entrada em vigor do tratado. Para as atividades que estavam reservadas ao Estado em 1º de janeiro de 1992 mas não na entrada em vigor do tratado, o México conservou o direito de impor restrições à propriedade estrangeira na venda inicial por um período máximo de três anos. À medida que liberalize essas restrições, serão aplicadas as disposições do art. 1108, ou seja, uma vez que um setor se abra aos investimentos privados nacionais e/ou estrangeiros, no futuro não se poderão restabelecer as restrições e as exceções deverão constar do Anexo I.

O anexo IV, o último a que se refere este art. 1108, estabelece as exceções ao art. 1103 (nação mais favorecida), incluindo todos os acordos bilaterais e multilaterais existentes e também os acordos futuros que guardem relação com aviação, pesca, assuntos marítimos e telecomunicações.

Assim, o art. 1108 também estabelece a relação dos Anexos I, II, III e IV com esta Seção A.

Outra questão vital para os investidores estrangeiros se refere à circulação de capital. O art. 1109 determina que as transferências relacionadas com os investimentos de um investidor de outra parte podem ser feitas livremente e sem demoras, incluindo ganhos, pagamentos, produtos derivados da liquidação total ou parcial do investimento, dentre outros. O artigo também proíbe a repatriação forçosa de fundos pelo governo de origem. Evidentemente, há casos de exceção, nos quais as transferências podem ser impedidas, como no caso de quebra, infrações penais ou quando o investimento tenha sido dado em garantia em algum procedimento contencioso.

Como não poderia ser diferente, o Capítulo também contempla disposições em matéria de expropriação e indenização em seu art. 1110, como qualquer tratado do gênero, mas principalmente dado o passado histórico de México e Estados Unidos. Trata-se de um tema muito controverso, especialmente no que concerne aos critérios para o pagamento de indenização. No caso do TLCAN, a norma respectiva ordena que o pagamento aos investidores estrangeiros intrabloco seja pronto, adequado e efetivo.

A expropriação direta ou indireta da propriedade de investimento estrangeiro, bem como a nacionalização ou qualquer medida equivalente, está proibida, exceto por causa de utilidade pública e sobre bases não discriminatórias, respeitando-se o princípio da legalidade, conforme o direito internacional e mediante o pagamento de compensação equivalente ao preço justo de mercado, baseado no valor do dia anterior ao da expropriação. Ademais, a compensação deverá ser paga sem atraso e deve se realizar por completo e com juros desde o dia da expropriação até o dia do pagamento. O pagamento, diz o artigo, deve ser efetuado em alguma moeda do Grupo dos Sete ou, se em moeda distinta, completamente convertível (evitando o risco cambial para o investidor) e pela cotação do dia. Também determina que não se aplica à expropriação de direitos de propriedade intelectual (Capítulo XVII). Todavia, este artigo 1110 é causa de muitas controvérsias, eis que não estabelece

prazos e usa conceitos vagos, como, por exemplo, "medidas equiparáves a expropriação".⁷⁵

O art. 1110 tem sua origem nos tratados bilaterais de investimentos, os quais, normalmente, buscam criar condições para garantir que, em não se podendo assegurar a estabilidade para os investidores, então, como segunda melhor alternativa, poderia haver alguma forma de compensação. Mesmo assim, a expropriação, via de regra, é proibida pelo TLCAN, exceto em caso de utilidade pública, como visto, mas sem discriminação e seguindo o devido processo.

Sobre os requisitos de informação, o art. 1111 reza que um Estado-parte poderá exigir que o investidor estrangeiro intrabloco preste informações rotineiras sobre seu investimento, exclusivamente com fins de informação ou estatística, devendo observar o dever de manter sigilo sobre as informações confidenciais. Também permite outra formalidade especial, como requisitos de constituição, sempre que não prejudique significativamente a proteção outorgada por um Estado-membro a investidores de outro.

O art. 1112, tratando da relação deste capítulo com os demais, afirma que não prevalecem as disposições do Capítulo XI em caso de incompatibilidade do mesmo com qualquer outra disposição do tratado. Trata-se de dispositivo muito incomum, pois submete qualquer inconsistência que possa existir entre este capítulo e algum outro, justamente ao outro capítulo. Ou seja, declara a supremacia de outras partes do tratado sobre o capítulo de proteção aos investimentos, em caso de dúvida. (FOLSON, 1999. p. 154.) Também especifica que, se um país do bloco exige que um prestador de serviço deposite uma garantia para o fiel cumprimento da obrigação como condição para prestar o serviço no território, o Capítulo XI se aplicará à garantia, mas não à prestação transfronteiriça do serviço.

Sobre a possibilidade de denegação dos benefícios deste capítulo a um investidor de outra parte, o art. 1113 prevê que um Estado-parte poderá fazê-lo se

⁷⁵ A bibliografia é vasta sobre a ampliação do conceito de expropriação, propriedade e os temas relacionados com o art. 1110. Alguns bons exemplos são BEEN, Vicki e BEAUVAIS, Joel C. The global fifth amendment? NAFTA'S investments protections and the misguided quest for an international "regulatory takings" doctrine. *New York University Law Review*. v. 78. n. 30. April 2003. pp. 30-143. BANKS, Kevin. NAFTA's article 1110: Can regulation be expropriation? *NAFTA Law and Business Review of the Americas*. v. 5. n. 4. Dallas: fall, 1999. KASS, Stephen L. NAFTA's chapter 11: Regulatory takings revisited. *NAMI News*. n. 27. Santa Fe/New Mexico: 2000-2001. LEVY, Tali. NAFTA's provision for compensation in the event of expropriation: A reassessment of the 'prompt, adequate and effective' standard'. *Stanford Journal of International Law*. v. 31. Stanford: summer 1995. TSCHEN, Ana. Chapter 11: The efforts to define expropriation. *Currents: International Trade Law Journal*. v. 8. n. 2. Houston: winter 1999.

as empresas deste investidor forem propriedade ou estiverem controladas por investidores de um país que não seja membro do TLCAN e com o qual a parte que denegue o benefício não mantenha relações diplomáticas. Também no caso de que o país que denegue o benefício mantenha, com o país de origem do investimento não aceito, medidas que proíbam transações com a empresa em específico ou proíbam a aplicação do Capítulo XI ao negócio. O Estado também poderá denegar a concessão dos benefícios no caso de investimentos de fachada, em que, na realidade, não há atividades comerciais reais no país.

Também se prevê dentro do marco do capítulo que as partes poderão adotar ou manter medidas que considerem necessárias para assegurar que os investimentos realizados em seu território obedeçam às leis ambientais, sem que isso contrarie às demais disposições do Capítulo XI. Por este artigo, de número 1114, as partes reconhecem que é inadequado estimular os investimentos estrangeiros promovendo o relaxamento das leis internas de proteção à saúde, à segurança ou ao meio ambiente. Por isso, convencionam, como uma nota de intenções, que nenhuma delas deveria agir assim. Se um Estado acredita que outro atuou de uma dessas maneiras, poderá pedir consultas a tal país.

No art. 1114 o Tratado finda suas disposições materiais sobre investimentos, estabelecendo o marco jurídico que rege o tema e todas as relações sobre a matéria entre investidores privados e os Estados.⁷⁶

b. Regras procedimentais: a Seção B do Capítulo XI

Vistas as normas substantivas do Capítulo XI do TLCAN, passe-se, então, à descrição e à análise das normas de sua Seção B, que se refere às pessoas privadas que tenham uma controvérsia com um Estado-membro que não seja o seu de origem, estabelecendo três conjuntos de regras de arbitragem que poderão ser aplicados para dirimir o conflito e cujo objeto é reger os procedimentos de arbitragem

⁷⁶ Informações mais detalhadas sobre as normas substantivas contidas na Seção A do Capítulo XI podem obtidas a partir de PRICE, Daniel M. *Mayor substantive rules and investor-state dispute settlement*. BOZA, Beatriz (ed.). *The North American Free Trade Agreement: Provisions and implications; An introduction*. México: Association Internationale des Jeunes Avocats, 1993. Também em RUGMAN, Alan M. e GESTRIN, Michael. *Las cláusulas de inversión del TLC*. In: GLOBERMAN, Steven y WALKER, Michael (comps.). *El TLC; un enfoque trinacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

em questão⁷⁷. Seu art. 1115 adverte que o mecanismo para a resolução de controvérsias em matéria de investimentos criado não prejudica os direitos e obrigações constantes do Capítulo XX do mesmo Tratado, sobre disposições institucionais e procedimentos para solução de controvérsias em matérias gerais. Conforme reza tal dispositivo, o mecanismo de solução de diferenças previsto nesta Seção B está baseado no tratamento igualitário entre os investidores dos Estados-membros, de acordo com o princípio da reciprocidade internacional, e o respeito ao devido processo legal em face de um tribunal imparcial.

A intensificação das relações comerciais e dos fluxos financeiros transnacionais, propiciados pelas medidas de liberalização comercial adotadas pela maioria dos países e pela aceleração do processo de mundialização ainda em curso nas mais diversas áreas da convivência humana, ensejaram também a intensificação dos conflitos internacionais, principalmente comerciais, entre Estados, empresas, investidores.

Para evitar ou dirimir tais controvérsias, os tratados internacionais criam sistemas de resolução de conflitos ou remetem as partes ao uso de sistemas criados por convenções internacionais. Foi necessário buscar um equilíbrio entre os meios diplomáticos, políticos e legais para estabelecer os mecanismos de resolução de controvérsias internacionais.⁷⁸

O sistema previsto por este Capítulo XI para resolver as diferenças que surjam é o da arbitragem, que consiste, basicamente, em dirimir os conflitos oriundos da atividade comercial mediante um procedimento simples, prático, com menos custos e muitas vezes mais preciso que a Justiça Ordinária dos Estados e a que as partes se submetem voluntariamente. A aplicação do direito internacional sobre resolução de controvérsias aos investimentos internacionais começou a se

⁷⁷ A Seção B do TLCAN compreende os seguintes artigos: 1115, com seu objetivo; 1116, sobre a reclamação do investidor de um país por conta própria; 1117, sobre a reclamação de um investidor de um país em representação de uma empresa; 1118, sobre solução de uma reclamação mediante consulta e negociação; 1119, sobre notificação da intenção de submeter a reclamação à arbitragem; 1120, sobre o submetimento da reclamação à arbitragem; 1121, sobre as condições prévias ao submetimento de uma reclamação ao procedimento arbitral; 1122, sobre o consentimento à arbitragem; 1123, sobre o número de árbitros e o método de nomeação; 1124, sobre a formação do tribunal arbitral caso uma parte não designe árbitro ou as partes não cheguem a um acordo sobre a designação do presidente do tribunal; 1125, sobre consentimento para a designação de árbitros; 1126, sobre a acumulação de procedimentos; 1127, sobre a notificação; 1128, sobre a participação de uma parte; 1129, sobre a documentação; 1130, sobre a sede do procedimento arbitral; 1131, sobre o direito aplicável; 1132, sobre a interpretação dos anexos aos artigos da Seção B; 1133, sobre os pareceres dos peritos; 1134, sobre as medidas provisionais de proteção; 1135 sobre o laudo definitivo; 1136 sobre a definitividade e execução do laudo; 1137 sobre as disposições gerais e 1138 sobre as exclusões.

⁷⁸ WITKER VELÁSQUEZ, Jorge. *Introducción al derecho económico*. México: Harla, 1995. p. 159.

intensificar no início da década de 1980, com a proliferação dos tratados bilaterais de investimentos (TBI), os quais têm por praxe estabelecer o comprometimento das partes a se submeterem à arbitragem internacional, conforme já abordado. Assim, os TBIs que os Estados-membros do TLCAN haviam firmado, inclusive com outros Estados não-membros, são a principal fonte do Capítulo XI também no que se refere à resolução de controvérsias.

Conforme o sistema criado por esta Seção B, os investidores estrangeiros intrabloco, que se julguem prejudicados pelo Estado-parte receptor do seu investimento, poderão submeter sua demanda a arbitragem em nome próprio (art. 1116) ou em nome da empresa da qual são investidores e que controlem direta ou indiretamente (art. 1117). A demanda, sob o manto do Capítulo XI, poderá ser proposta com fundamento em violações às disposições deste capítulo e também por violação ao artigo 1502, parágrafo 3, inciso "a" (monopólios e empresas do Estado) ou ao art. 1503, inciso 2 (empresas do Estado), quando estas estejam vinculadas ao capítulo sobre investimentos. Entretanto, é requisito essencial que tais violações ou suas conseqüências tenham ocasionado perda ou dano para o investidor ou para a empresa.

As demandas que se apresentem em conformidade com o art. 1117, em nome de investimentos, devem se ajustar às mesmas condições sobre consentimento à arbitragem e renúncia aos meios internos, o que deverá ser incluído no submetimento da reclamação à arbitragem. Mas o requisito da renúncia por parte das empresas não poderá ser usado contra o investidor quando o Estado litigante o tenha privado do controle dessa empresa. Nesses casos, não se exige da empresa a renúncia dos meios judiciais nacionais e, especificamente em casos de empresas mexicanas que impugnem a perda de controle em procedimentos judiciais no México, o México terá vetado o submetimento da questão à arbitragem.

O art. 1117 ainda estabelece que, quando duas ou mais reclamações submetidas a arbitragem se encontrarem vinculadas, ou seja, sejam estabelecidas segundo os mesmos fatos, deverão as mesmas ser dirimidas de forma conjunta de acordo com o que dispõe o art. 1126 (acumulação de procedimentos), a menos que o tribunal determine que os interesses de alguma das partes em conflito possam ser prejudicados. Mas um investimento não poderá beneficiar-se dessa regra.

Ambos os arts. 1116 e 1117 prescrevem que o investidor não poderá apresentar a reclamação se transcorreram mais de três anos a partir da data em que

teve ou deveria ter tido conhecimento da suposta violação, assim como das perdas ou dos danos sofridos, pois a ação caducará. Trata-se de uma condição resolutória. Já o art. 1120 estabelece uma condição suspensiva, segundo a qual, para iniciar um procedimento arbitral, deverá haver transcorrido o prazo mínimo de seis meses a partir da ocorrência dos atos que motivam a reclamação. (CRUZ MIRAMONTES, 2002. p. 36.)

Outra condição para o início do procedimento arbitral está imposta pelo art. 1118, o qual especifica a obrigação das partes de primeiramente tentarem dirimir a controvérsia por via de consulta ou negociação. O art. 1119, por sua vez, obriga o investidor demandante, em caso de fracasso da via prevista no artigo anterior, a notificar sua intenção de submeter a reclamação à arbitragem ao demandado, por escrito, com antecedência mínima de noventa dias antes de apresentar formalmente a reclamação, incluindo: 1) seu nome e domicílio ou, se demanda em nome de empresa, os dados desta; 2) as disposições do Tratado supostamente descumpridas; 3) as questões de fato e de direito em que se fundam a reclamação; e 4) a reparação que solicita e o montante aproximado dos danos reclamados.

Obedecendo a estes requisitos, o investidor afetado poderá recorrer ao procedimento arbitral, cabendo a ele escolher, nos termos do art. 1120, entre as três opções de mecanismos de arbitragem que o tratado põe a sua disposição para demandar a reparação do prejuízo sofrido: 1) as regras do Convênio sobre Resolução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outro Estado, do Centro Internacional do Banco Mundial para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (CIADI), de 18 de março de 1965, no caso de ambas as partes serem signatárias dessa convenção; 2) as Regras do Mecanismo Complementar do CIADI, aprovadas pelo Conselho Administrativo do CIADI em 1978 e cujo regulamento se publicou em junho de 1979 (conhecido como Normas de Recursos Adicionais do CIADI ou CIADI/II), quando qualquer das partes for parte do Convênio do CIADI, mas não ambas; ou 3) as Normas de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (Regulamento CNUDMI ou UNCITRAL), de 15 de dezembro de 1976.⁷⁹ As normas escolhidas regularão o

⁷⁹ As regras do CIADI estão disponíveis na página da Rede Mundial de Computadores do Banco Mundial a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm>> e as do Mecanismo Complementar na mesma página a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/facility-spa/partA.htm>>. As regras da UNCITRAL podem ser obtidas a partir de <<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>>. Acessos em 18 nov. 2004.

procedimento arbitral, dizendo onde terá lugar a arbitragem, salvo que na Seção B do Capítulo XI se estabeleça uma norma diferente. Em se tratando de cumulação de procedimentos, dispõe o art. 1126 que as regras aplicáveis serão as do UNCITRAL no que seja compatível com esta Seção B. Entretanto, conforme o primeiro anexo desta Seção B, o de número 1120.1, se um investidor mexicano ou uma empresa mexicana controlada por um investidor de outro país membro já houver iniciado uma demanda pelos motivos expostos ante um tribunal nacional mexicano, ficará inviabilizada a opção pelo procedimento arbitral.

Dos três países signatários do TLCAN, apenas os Estados Unidos são parte do CIADI. Assim, até a presente data, a primeira opção de regras de arbitragem elencada no art. 1120, qual seja, as regras do CIADI, não pode ser escolhida, eis que exige que tanto o Estado do demandante, como o Estado demandado, sejam partes da convenção. Já a segunda opção, que são as regras do Mecanismo Complementar do CIADI, requer que apenas uma das partes seja signatária do Convênio do CIADI, de modo que é possível eleger esse mecanismo se o demandante for estadunidense ou se o demandado for os Estados Unidos.

Conforme as regras da UNCITRAL, as partes podem convencionar o lugar da arbitragem, mas, se não o fizerem, caberá ao tribunal arbitral, o qual também poderá determinar a cidade sede da arbitragem dentro do país escolhido pelas partes (art.16). O laudo é definitivo e inapelável (art. 32), mas pode ser retificado em erros de cálculo, de cópia ou tipográfico em 30 dias e pode haver um laudo suplementar em 60 dias se em caso de omissão de alguma questão levantada durante o procedimento (arts. 36 e 37). Somente se fará público com autorização das partes (art. 32). Já o procedimento do CIADI é um pouco distinto, admitindo algumas hipóteses de recursos, e o Mecanismo Complementar é um pouco mais simplificado, mas também admitindo recursos, ambos ao próprio CIADI.⁸⁰

Antes de iniciar o procedimento de arbitragem, o investidor ou a empresa investidora deverão aceitar as normas da Seção B do Capítulo XI e renunciar a iniciar ou continuar os recursos de direito interno, salvo as medidas cautelares

⁸⁰ Análises de todas as regras dos três mecanismos podem ser encontradas em VIVES CHILLIDA, Julio A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Madrid: McGrawHill, 1998. YMAZ VIDELA, Esteban M. *Protección de Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: La Ley, 1999. TEMPONE, Rubén Eduardo. Op. cit. ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. Las características del arbitraje del CIADI. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. v. II. México: IJ, 2002. pp. 205-229. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. México ante el arbitraje comercial internacional. México: Porrúa, 1999.

urgentes de caráter suspensivo, declaratório ou extraordinário, as quais poderão ser solicitadas internamente. O consentimento referido e a renúncia a esgotar os recursos internos deverão ser feitos por forma escrita e entregues ao Estado demandado e incluídos na solicitação de início da arbitragem (art. 1121).

De igual forma, diz o art. 1122 que o consentimento e a submissão à arbitragem deverão estar em conformidade com: 1) o Capítulo II do CIADI (Jurisdição do Centro) e as regras do Mecanismo Complementar que exigem consentimento por escrito de ambas as partes; 2) o artigo II da Convenção de Nova Iorque⁸¹, que exige um acordo por escrito; e 3) o artigo I da Convenção do Panamá⁸², que requer um acordo. Em virtude desse art. 1122, Canadá, Estados Unidos e México não poderão alegar, posteriormente, que não consentiram em submeter a arbitragem algum assunto em particular. Cada um deles concorda em submeter demandas a arbitragem no futuro, sempre que as mesmas sigam os procedimentos estabelecidos na Seção B. Esse consentimento e o submetimento das reclamações satisfazem os requisitos técnicos do Convênio do CIADI e das convenções referidas acima.

Sobre a composição do tribunal e o método de nomeação dos árbitros, o art. 1123 determina que, exceptuados os casos de cumulação de procedimentos (art. 1126), o tribunal arbitral deverá estar integrado por três árbitros, a menos que as partes acordem de modo distinto. Cada uma das partes litigantes nomeará um dos árbitros e o terceiro, que será o presidente do tribunal, deverá ser escolhido por comum acordo.

Pelo art. 1124, se o tribunal não se completar depois de noventa dias a partir da submissão da reclamação à arbitragem, por petição de qualquer das partes em conflito, o Secretário Geral do CIADI nomeará, a sua discricção, os árbitros não eleitos e, com base na lista de árbitros elaborada pelas partes quando da entrada em vigor do TLCAN, elegirá o presidente, que não poderá ser da mesma nacionalidade que as partes em conflito. Em caso de que o presidente eleito não

⁸¹ Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada em 10 de junho de 1958 e vigente desde 07 de junho de 1959. Nações Unidas. Treaty Series. v. 330. p. 38. n. 4739 (1959). Disponível a partir de <http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/newyork_conv_eng.html> Acesso em 12 dez. 2004. Lista dos países signatários até o final do ano de 2003 disponível a partir de <http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/1958_New_York_Convention_2003.pdf> Acesso em 12 dez. 2004.

⁸² Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, feita em 30 de janeiro de 1975 na Cidade do Panamá. Disponível a partir de <http://www.amcham.com.br/arbitragem/documento2004-04-05d_arquivo> Acesso em 12 dez. 2004.

esteja disponível e os demais da lista não possam assumir o cargo, o Secretário Geral do CIADI o designará a partir do painel de árbitros deste órgão, obedecendo à exigência de que não seja nacional de nenhum dos Estados litigantes. Todavia, se as partes se submetem às regras do CIADI ou do Mecanismo Complementar, os árbitros poderão ser eleitos de acordo com tais normas, sem prejuízo de que as partes poderão objetar à nomeação de um árbitro, conforme o estabelecido no art. 1124.

O Canadá, os Estados Unidos e o México pactuaram manter, de forma conjunta, uma lista de quarenta e cinco árbitros como possíveis presidentes de tribunal arbitral que reúnam as qualidades estabelecidas no art. 1120. Os membros da lista devem contar com experiência em direito internacional e em assuntos relativos a investimentos e serão designados por consenso, sem importar sua nacionalidade. Para satisfazer aos requisitos técnicos dos procedimentos, o art. 1125 exige que ambas as partes na demanada arbitral deverão manifestar previamente seu consentimento por escrito sobre a designação de cada um dos membros do tribunal arbitral, sem prejuízo de que o contendente possa objetar a um árbitro por razões legítimas e fundadas.

O art. 1126 é especial por tratar, como já referido, da reunião em um só procedimento e da análise por um só tribunal, de duas ou mais demandas a partir dos mesmos fundamentos de fato ou de direito. Este tribunal se estabelecerá conforme as regras de arbitragem da UNCITRAL e assim conduzirá seus procedimentos, salvo por modificações estipuladas nesta Seção. Em um prazo de sessenta dias a partir da data de recebimento da solicitação, o Secretário Geral do CIADI instalará um tribunal integrado por três árbitros. O Secretário Geral nomeará o presidente do tribunal a partir da lista de árbitros estabelecida pelos Estados-membros do TLCAN e, se não encontra na lista um árbitro disponível para presidí-lo, designará como presidente um árbitro da lista do CIADI, que não será nacional de nenhum dos Estados-partes. O Secretário Geral designará os dois outros integrantes do tribunal, sendo que um será nacional do Estado contendente e o outro do Estado de origem do investidor. Um tribunal formado de acordo com o art. 1120 não terá jurisdição para resolver, no todo ou em parte, uma reclamação a respeito da qual já haja assumido jurisdição um tribunal constituído sob este art. 1126. Por requerimento de uma das partes da demanda, o tribunal estabelecido conforme este art. 1126 poderá, a espera de sua decisão sobre submeter ou não a demanda à sua

própria jurisdição, dispor que os procedimentos de um tribunal estabelecido conforme o art. 1120 se adiem, a menos que este último haja suspenso seus procedimentos. Quando se estabeleça um tribunal conforme este art. 1126 e o investidor haja submetido uma reclamação nos termos dos arts. 1116 ou 1117 e não tenha mencionado na solicitação a cumulação de procedimentos, poderá solicitá-la por escrito ao tribunal requerendo sua inclusão.⁸³

Voltando a abordar o procedimento sem cumulação, diz o art. 1127 que, aceitos os árbitros por escrito, a parte demandante deverá entregar aos Estados - membros notificação de que a reclamação foi submetida à arbitragem, no máximo trinta dias depois da data em que esta foi submetida, e deverá entregar cópias de todas as peças processuais apresentadas no procedimento arbitral. Nos termos do art. 1137, a reclamação se considera submetida ao procedimento arbitral quando: 1) a solicitação, conforme o parágrafo 1 do art. 36 do Convênio do CIADI, tenha sido recebida pelo Secretário Geral; 2) a notificação de arbitragem, conforme o art. 2 da Parte C das regras do Mecanismo Complementar do CIADI, tenha sido recebida pelo Secretário Geral; e 3) a notificação de arbitragem contemplada nas Regras de Arbitragem do UNCITRAL tenha sido recebida pela parte demandada.

Através de uma prévia notificação escrita às partes da demanda, os Estados-partes poderão apresentar ao tribunal peças escritas sobre uma questão vinculada à interpretação do Tratado (art. 1128). Os Estados-partes também poderão, às suas custas, solicitar ao Estado envolvido no litígio cópias das peças processuais escritas apresentadas e das provas oferecidas, assim como ao particular envolvido na demanda. Entretanto, deverão respeitar sua confidencialidade como se fossem partes no litígio (art. 1129).

A sede do procedimento arbitral, conforme o art. 1130, se as partes não dispuserem de outra forma, será uma cidade no território de um Estado-membro que seja parte da Convenção de Nova Iorque e será escolhido conforme as normas aplicáveis ao caso concreto (segundo as regras do Mecanismo Complementar do CIADI, se a arbitragem for regida por essas regras ou pelo Convênio do CIADI, ou segundo as regras de arbitragem do UNCITRAL, se estas regras regerem o procedimento). Todos os três membros do TLCAN são signatários da Convenção de

⁸³ ÁLVAREZ, Henri C. Arbitration under the North American Free Trade Agreement. *Arbitration International*. v. 16. n. 4. London, 2000. p. 393 e ss.

Nova Iorque de 1958, tendo o Canadá a ratificado em maio de 1986, o México em abril de 1971 e os Estados Unidos em setembro de 1970.

No que se refere ao direito aplicável, diz o art. 1131 que o conflito será resolvido de acordo com o TLCAN e outras normas de direito internacional aplicáveis ao caso concreto e que qualquer interpretação do Tratado formulada pela Comissão de Livre Comércio será obrigatória para o tribunal constituído sob esta Seção B do Capítulo XI. No caso de alguma das partes apresentar qualquer hipótese que levante alguma dúvida quanto à interpretação dos anexos ao Capítulo XI, o tribunal arbitral deverá solicitar a essa Comissão uma opinião, que deverá ser emitida no prazo máximo de sessenta dias. Reitera o art. 1132 que a interpretação dada pela Comissão sobre uma disposição do Tratado é obrigatória. Entretanto, alguns especialistas sobre o assunto afirmam que tal obrigatoriedade só estará configurada se a interpretação da Comissão coincidir com a opinião do tribunal. (ORTIZ ALF, VAZQUEZ PANDO e DIAZ, 2000. p. 113.) E, se a Comissão não apresentar a interpretação por escrito dentro do prazo, deverá o tribunal arbitral resolver sobre a interpretação que dará aos anexos.

Por força do art. 1133, o tribunal, por petição de uma das partes ou *ex officio* (a menos que as partes não aceitem), poderá eleger um ou mais especialistas para elaborar laudos sobre assuntos ambientais, de saúde, segurança ou outras questões científicas vinculadas ao procedimento, de acordo com as condições que estabeleçam as partes em conflito. A eleição destes especialistas pelo tribunal não impede que, conforme as normas que regulam o procedimento arbitral, possa-se eleger outro tipo de especialistas. O tribunal também poderá adotar as medidas provisionais que considerar necessárias para a devida preservação dos direitos das partes em conflito ou para assegurar que a jurisdição do Tribunal surta efeitos plenos (art. 1134).

O art. 1135 trata dos laudos definitivos, dizendo que, quando o tribunal ditar um laudo definitivo desfavorável a uma parte, somente poderá outorgar, em separado ou conjuntamente: a) danos pecuniários e os juros correspondentes; e b) a restituição da propriedade, em cujo caso o laudo dirá que a parte vencida poderá pagar danos pecuniários, mais os juros cabíveis, ao invés de efetivamente restituir a referida propriedade. Poderá também determinar o pagamento de custas, conforme as regras de arbitragem aplicadas. Se a parte vencedora for uma empresa, o tribunal também determinará, além do já mencionado, que o laudo se dite sem prejuízo de

qualquer direito que qualquer pessoa tenha sobre a reparação, conforme o direito interno aplicável. Por fim, estabelece este artigo que o tribunal não poderá ordenar o pagamento de danos punitivos, mas tão somente os de caráter indenizatório.

Sobre a definitividade e a executoriedade do laudo, o art. 1136 prevê que este é obrigatório unicamente para as partes e somente sobre o caso concreto - ou seja, produz apenas efeitos *inter partes*. A execução do laudo poderá ser solicitada se: 1) houverem transcorrido cento e vinte dias e não houve solicitação de revisão ou anulação ou se estiverem concluídos os procedimentos de revisão e/ou anulação, no caso de que se tenha seguido o procedimento do CIADI; e 2) houverem transcorrido três meses e nenhuma das partes houver iniciado um procedimento de revisão e/ou anulação ou se qualquer procedimento de reconsideração ou anulação houver sido abandonado, no caso de submissão às regras do Mecanismo Complementar do CIADI ou às regras de arbitragem do UNCITRAL. Cada um dos Estados-partes deverá garantir a devida execução do laudo em seu território. Na hipótese de não-acatamento ou incumprimento do laudo, a Comissão de Livre Comércio integrará um painel conforme o art. 2008 com o objetivo de determinar que o incumprimento do laudo constitui uma violação ao TLCAN e de emitir uma recomendação de seu cumprimento. Isso não impede que o investidor afetado possa recorrer, se for o caso, à execução do laudo conforme o estabelecido no Convênio do CIADI, na Convenção de Nova Iorque ou na Convenção Interamericana.

O art. 1137 ainda contém disposições gerais sobre temas como o momento em que a reclamação se considera submetida ao procedimento arbitral (recebimento pelo Secretário Geral nos casos do CIADI e do Mecanismo Complementar e recebimento pela outra parte no caso das Regras da UNCITRAL), publicação de laudos (Canadá e Estados Unidos publicarão todos os laudos arbitrais e no México a publicação estará condicionada ao procedimento arbitral empregado), dentre outros. Também refere que um país não poderá invocar o fato de uma das partes na demanda haja recebido uma compensação por meio de qualquer apólice ou programa de seguro.

Finalmente, cabe mencionar que o art. 1138 estabeleceu os casos de exclusões, sendo que não se aplicarão os mecanismos desta Seção B do Capítulo XI aos seguintes casos: 1) a uma medida adotada por um Estado-parte, com base no artigo 2102 (segurança nacional), em virtude da qual se proíba ou se restrinja a aquisição de um investimento em território nacional; 2) às decisões da Comisión

Nacional de Inversiones Extranjeras de México referentes a revisões a que estão sujeitas as empresas de um setor não restrito que desejem aumentar a participação estrangeira dos Estados-partes a mais de quarenta e nove por cento, conforme os umbrais aplicáveis aos distintos períodos; e 3) às decisões do Canadá que resultem do processo de revisão de um investimento conforme o *Investment Act*.⁸⁴

Quanto às reservas a esta Seção, cada Estado-parte formulou uma lista no Anexo VII, de modo que cada caso concreto deverá ser analisado particularmente em conformidade com os textos do Tratado e com os anexos, para verificar se se trata de um caso de exclusão da aplicabilidade do Capítulo XI ou se foi feita alguma reserva a respeito.⁸⁵

O art. 1138 completa as disposições sobre o regime geral de investimentos estrangeiros do TLCAN e, aqui, encerra a apresentação das normas do Capítulo XI no terreno abstrato.

⁸⁴ Mais informações técnicas específicas sobre a Seção B do Capítulo XI podem ser encontradas nas seguintes obras: AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo. Commentary: Investment disputes under NAFTA. *Arbitration International*. v. 18. n. 3. London, 2002. BIALOS, Jeffrey P. e SIEGEL, Deborah E. Dispute resolution under the NAFTA: The newer and improved model. *The International Lawyer*. v. 27. n. 3. Chicago, Fall/1993. BROWER, Charles H. Investor-State disputes under NAFTA: A tale of fear and equilibrium. *Pepperdine Law Review*. v. 29. n. 1. December, 2001. Do mesmo autor, Investor-State disputes under NAFTA: The empire strikes back. *Columbia Journal of Transnational Law*. v. 40. n. 1. New York, 2001. BYRNE, Justin. NAFTA dispute resolution: Implementing true rule-based diplomacy through direct access. *Texas International Law Journal*. v. 35. n. 3. Austin, spring/ 2000. CANTEY V., S. Benton. International arbitration to resolve disputes under NAFTA chapter 11: Investment. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. v. 9. n. 1. Tulsa, 2001. GANTZ, David. Resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras en el TLCAN. en WITKER V., Jorge (coord.). *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*. México: UNAM, 1994. GORDON, Michael W. NAFTA and financial dispute resolution. en HORN, Norbert y NORTON, Joseph J. (eds.). *Non-judicial dispute settlement in international financial transactions*. The Hague: Kluwer Publishers, 2000. LEGUM, Barton. The innovation of investor-state arbitration under NAFTA. *Harvard International Law Journal*. v. 43. n. 2. Cambridge: summer 2002.

⁸⁵ BOLAÑOS LINARES, Rigel. *Inversión extranjera*. México: Porrúa, 2002. p. 188. Esta obra contém o histórico do tratamento das inversões estrangeiras e o regime mexicano sobre o tema, além de abordar os acordos de proteção aos investimentos firmados pelo México. A íntegra do Anexo VII pode ser consultado na página da Rede Mundial de Computadores da Secretaria do TLCAN, em espanhol, a partir de <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=754>. Consulta em 22 dez. 2004.

PARTE II - A APLICAÇÃO EFETIVA DAS NORMAS SOBRE IED NO TLCAN

Visto o regime atual dos investimentos estrangeiros e as regras específicas sobre o tema no TLCAN, passamos para a análise de um caso específico, para que se possa verificar a aplicação efetiva das normas previstas pelo tratado. Trata-se do exame do primeiro conflito sobre investimentos ocorrido dentro do bloco que possibilitou a formação de um tribunal arbitral nos termos do capítulo XI do tratado e, por isso mesmo, serviu para testar várias das regras substantivas e procedimentais, revelando propriedades e impropriedades jurídico-legislativas, que acabaram por ensejar conflitos éticos, políticos e sociais.

Esta Parte II do trabalho ora desenvolvido está estruturada em duas partes. A primeira, dedicada à apresentação e ao estudo do caso que ilustrará a aplicação pelos países do TLCAN de suas normas do Capítulo XI. A segunda, ambicionando identificar e apreciar algumas das principais implicações políticas e jurídicas do mecanismo de solução de controvérsias sobre investimentos desse Capítulo XI, a partir da experiência aportada pelo caso empírico, ressalvadas as peculiaridades deste caso em particular.

A controvérsia em exame é conhecida como o Caso *METALCALD Corporation* contra os Estados Unidos Mexicanos e será apresentada em duas partes. A primeira se ocupará de narrar os fatos desde a origem do envolvimento da empresa estadunidense em atividades no local do conflito até o procedimento arbitral, elencando os atores presentes na desavença, e a segunda tratará de abordar as decisões do laudo arbitral e do recurso de apelação apresentado, assim como suas decorrências para as partes envolvidas.⁸⁶

⁸⁶ As informações básicas contidas no relatório do caso foram extraídas principalmente dos seguintes documentos: o laudo arbitral que julgou o caso, sua nota introdutória, as razões de julgamento do recurso ao laudo apresentado à Suprema Corte do estado de *British Columbia*, no Canadá, assim como as razões suplementárias para o julgamento do recurso. Também da resenha jurisprudencial contida no volume I do Anuário Mexicano de Derecho Internacional (2001, pp. 543-556). Referências bibliográficas a seguir: THE WORLD BANK. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (MECANISMO COMPLEMENTÁRIO). Caso n. ARB (AF)/97/1. *Metalclad Corporation v Estados Unidos Mexicanos*. Laudo Arbitral. 30 de agosto de 2000. Disponível a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2003. Também a NOTA INTRODUTÓRIA ao caso, por ESCOBAR, Alejandro A., publicada no ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 15. v. n. 1. Washington: CIADI, 2001. A partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-intro.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2003. Ainda SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. *THE UNITED MEXICAN STATES v. METALCLAD CORPORATION*. *Reasons for Judgement of Mr. Justice Tysoe*. May 2nd, 2001. Disponível a partir de <http://www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad_reasons_for_judgment.pdf>.

A. O caso *METALCLAD Corporation v. os Estados Unidos Mexicanos*

No município mexicano de *Guadalcázar*, no estado de *San Luis Potosí*, permanecem desde 1990 aproximadamente cinquenta mil tambores carregados de resíduos perigoso que desde então estão contaminando o solo de uma localidade conhecida como *Valle de La Pedrera*. Mesmo que a contaminação não pareça haver causado efeitos ambientais fora do local, trata-se de um dos maiores depósitos de resíduos perigosos do México. Junto a esse depósito, dentro do mesmo terreno, foi contruído uns anos depois um confinamento que podia receber, em condições mais seguras, esses resíduos e muitos outros que geram diferentes atividades econômicas ao país. O conflito que surgiu em torno da possibilidade de que continuassem chegando resíduos a *La Pedrera* se transformou em um dos conflitos mais importantes dos anos 1990, sendo o que atraiu a participação do maior número de atores sociais e pôs a prova um número maior de dispositivos jurídicos.

Ao final, todos os envolvidos saíram perdendo em maior ou menor grau.⁸⁷ O município de *Guadalcázar* ainda tem em seu território um grande terreno altamente contaminado; o governo do estado de *San Luís Potosí* ficou desacreditado, juntamente com o município, em virtude das razões expostas pelo tribunal no laudo arbitral; o governo federal mexicano não só não pode melhorar e aumentar a capacidade para o tratamento de resíduos perigosos (que até hoje é feito em regime de monopólio pela empresa *RIMSA* em um só lugar, ao contrário dos países industrializados, como os Estados Unidos, que dispunha de 103 confinamentos em 2004), como perdeu a demanda internacional e teve que pagar uma indenização de mais de US\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de dólares estadounidenses); a empresa *METALCLAD Corporation*, que queria reabrir e ampliar o confinamento, quebrou, apesar de ter vencido o litígio internacional sob o Capítulo XI do TLCAN contra o governo mexicano; e a organização ambiental não-governamental que mais ativamente se envolveu no processo, o *Greenpeace México*, apesar de ter

Acesso em 23 mai. 2003. Também *Supplementary reasons for judgement. October 31st, 2001*. Disponível a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>>. Acesso em 23 mai. 2003. E VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Miguel A. La Controversia en materia de inversiones entre METALCLAD Corporation y los Estados Unidos Mexicanos, a la luz del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*. v. I. México: IJ/UNAM, 2001. pp. 543-556.

⁸⁷ FAYNBLYUM, Yelena. The Metalclad Appeal: A pyrrhic victory? *Canadian Bar Association*. 2001. Disponível a partir de <<http://www.cba.org/CBA/newsletters/Environmental-06-2001/eco3.asp>> Acesso em 17 jun. 2004.

conseguido participar das manobras para impedir que o projeto do investidor estrangeiro avançasse, também sofreu um certo descrédito pela maneira como se conduziu durante o procedimento.⁸⁸

Conforme afirmado e conforme será visto, trata-se de um insucesso em várias dimensões, que, por suas próprias implicações, vale um estudo mais atendo e minucioso.

a. Os fatos e os atores

A origem do conflito remonta a 1990, quando os irmãos Guillermo e Salvador Aldrett, que há vários anos se dedicavam à coleta de resíduos provenientes da mineração no estado de *San Luis Potosí*, compraram um terreno de pouco mais de oitocentos hectares, conhecido como *La Pedrera*. Narram os vizinhos à propriedade que os irmãos haviam dito que o terreno serviria à plantação de tomates, mas os caminhões que logo começaram a chegar estavam carregados de resíduos industriais. Estavam cometendo, de acordo com a *Ley General para el Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* de 1988 (LGEEPA), um crime ambiental. Mas, aparentemente, tinham planos de construir um confinamento dentro dos padrões legais. Em julho de 1990, solicitaram à autoridade federal ambiental, que àquela época era a *Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología* (SEDUE), permissão para construir um confinamento controlado e fundaram, para tanto, a empresa *Confinamiento Técnico de Residuos Industriales S. A. de C. V.* (COTERIN). Mas não esperaram a concessão da autorização e depositaram em *La Pedrera* mais de cinquenta mil tambores contendo aproximadamente vinte mil toneladas de resíduos oriundos de diferentes fontes⁸⁹.

Enquanto avaliava a solicitação, a SEDUE tratou de garantir temporariamente os resíduos já depositados, de modo que lhes concedeu uma autorização para operar uma "estação de transferência", figura jurídica que não estava prevista em lei

⁸⁸ AZUELA DE LA CUEVA, Antonio. Olor a NAFTA: el caso METALCLAD y la nueva geografía del derecho mexicano. *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: UNAM, febrero, 2004. p. 02.

⁸⁹ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE (PROFEPA). *De La Pedrera a Metalclad. El conflicto en torno al confinamiento de residuos peligrosos en Guadalcázar, San Luis Potosí*. México: Procuraduría federal de Protección al Ambiente, 2000.

ou regulamento algum e que a SEDUE acabou criando como saída provisória para reduzir o risco ambiental no tempo em que se faziam os testes e as obras definitivas. Os Aldrett nunca construíram a estação de transferência e apesar disso foi com esse nome que ficou conhecido o que desde o começo foi um depósito a céu aberto de uma grande quantidade de resíduos.

No ano seguinte, fortes chuvas provocaram o derramamento de alguns tambores. A preocupação dos vizinhos foi tanta que umas duzentas pessoas formaram uma manifestação na entrada do terreno no dia 24 de setembro de 1991, impedindo a entrada de mais resíduos. No outro dia, a SEDUE fechou o depósito e desde então não entraram mais resíduos no *Valle de La Pedrera*. Além da SEDUE, outras instituições se mobilizaram, em particular as da ciência e as do direito. (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 04)

De um lado, o governo do estado encomendou um estudo a um grupo de especialistas em saúde pública. Entre suas conclusões, o estudo assinalava que o local não representava um risco para a comunidade, mas também chamava a atenção sobre uma "preocupação social justificável devida à desinformação e ao desconhecimento"⁹⁰. Do outro lado, o problema da desinformação apareceu também na esfera jurídica: em resposta à queixa que um grupo de cidadãos do município apresentou à *Comisión Nacional de Derechos Humanos*, esta emitiu uma recomendação em fevereiro de 1992, destacando a necessidade de realizar:

un trabajo permanente y cuidadoso de información en la Entidad, dando a conocer a toda la población [...] los beneficios que producen los confinamientos de residuos industriales apegados a la legislación vigente [...] para minimizar los efectos en el ambiente y en la salud que dichos residuos originan cuando son depositados en lugares clandestinos.⁹¹

Pode-se perceber que, desde o início do conflito, então, buscava-se uma solução tipicamente moderna: "utilizar la ciencia para iluminar no sólo el contenido de las normas jurídicas, sino también el juicio de los ciudadanos". (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 04)

Três anos mais tarde, no dia 23 de janeiro de 1993, o *Instituto Nacional de Ecología de México* (INE), órgão descentralizado da então *Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca* (SEMARNAP), expediu a autorização federal

⁹⁰ DÍAZ BARRIGA apud AZUELA DE LA CUEVA. Op. cit., p. 04.

⁹¹ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. COMISSION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Recomendación 21. Ciudad de México, 1992.

para a construção de um confinamento, ou seja, um depósito, de resíduos perigosos nesse município.

Posteriormente, em 23 de abril de 1993, surge um novo agente no caso, o qual daria outro rumo à história. Se até então o problema era exclusivamente doméstico quanto aos atores envolvidos, surge nesse momento o primeiro agente internacional. Não se trata de um Estado, mas da *METALCLAD Corporation*, empresa constituída sob as leis dos Estados Unidos, que realizou o que seria, no direito brasileiro, um contrato de promessa de compra e venda da quase totalidade do capital da empresa *COTERIN* e das autorizações que a mesma já havia obtido do governo mexicano, a efetivar-se dentro de um prazo de seis meses.

Em 11 de junho de 1993, um mês depois, a empresa *METALCLAD* se reuniu com o governador de *San Luis Potosí* para discutir o projeto, obtendo como resultado do encontro seu apoio, desde que os estudos feitos na área comprovassem que o local era adequado ou viável e que o impacto ambiental estivesse de acordo com as normas mexicanas.

METALCLAD afirmou, posteriormente, durante o juízo arbitral internacional que se seguiria, que o presidente do INE e o titular da SEDUE lhe haviam referido que todas as autorizações necessárias para a operação do depósito haviam sido outorgadas, com exceção da autorização federal de operação do confinamento. Também manifestou que o titular da SEDUE lhe comunicou que a responsabilidade de obter apoio para o projeto por parte da comunidade estadual e municipal recaía no governo federal mexicano.

No dia 10 de agosto de 1993, o INE concedeu à *COTERIN* uma autorização federal para a operação do depósito. Exatamente um mês depois, a *METALCLAD* exerceu a sua opção e comprou a *COTERIN*, o depósito de detritos tóxicos e as respectivas autorizações. Assim, a aquisição pode ser atribuída à obtenção da autorização federal (eis que *METALCLAD* não investiria em um projeto estagnado), o que significa aprovação e apoio por parte dos funcionários federais para o projeto, que entendiam ser o que lhes faltava.

Dessa maneira, a *METALCLAD* adquiria um ativo (a propriedade de um imóvel sobre o qual existiam autorizações para realizar uma atividade altamente lucrativa) e um passivo (a obrigação de restaurar o local que haviam deixado contaminado os irmãos Aldrett, como se verá a seguir). Para as autoridades ambientais federais, isso significava uma saída para o problema, já que o novo

investidor não só se encarregaria da restauração do local, mas ofereceria, por meio do novo confinamento, um serviço que ajudaria a reduzir o depósito inadequado de resíduos perigosos no país. Entretanto, era evidente que a *METALCLAD* estava fazendo um investimento arriscado, dado o grau de oposição suscitado pela forma pela qual o projeto se originou, o que era de conhecimento geral. Ademais, a Síndrome *NIMBY (Not in my Backyard)*, naquela época, já havia detido alguns projetos de confinamento e tratamento de resíduos perigosos tanto nos Estados Unidos como na Europa.⁹²

Pouco depois da compra da *COTERIN*, o governador de *San Luis Potosí* empreendeu uma campanha pública para denunciar e impedir a operação do depósito, fazendo uso dos meios de comunicação, principalmente. Não obstante, em abril de 1994, depois de meses de negociação, fechado o negócio e já em vigor o *TLCAN*, *METALCLAD* supunha que o acordo do governo de *San Luis Potosí* para apoiar o projeto estava assegurado. Por isso, em maio de 1994, depois de haver recebido do INE uma prorrogação por dezoito meses da permissão para construção, a empresa *METALCLAD* começou finalmente a edificação do confinamento. Oficialmente, o México, já no curso da demanda arbitral, veio depois a negar que a empresa tenha obtido qualquer acordo ou apoio do governo de *San Luis Potosí*. A construção do depósito continuou abertamente e sem interrupção ou oposição até o mês de outubro de 1994. Funcionários federais e representantes do Estado inspecionaram a construção do local durante esse período e a empresa proporcionou os informes escritos a respeito aos avanços atingidos.

Dia 26 de outubro de 1994 a construção foi suspensa de maneira abrupta, quando autoridades municipais ordenaram o cessamento de toda a atividade devido à falta de autorização municipal para a construção. Nessa oportunidade, a empresa foi informada de que contava com a autoridade necessária para construir e operar o confinamento, mas que deveria obter a autorização municipal de construção. Na fase litigiosa, a empresa declarou que se assegurou que o município lhe outorgaria a autorização de construção e também que as autoridades municipais não contavam com nenhum fundamento para negá-lo. O governo do México, por sua vez, sobre o

⁹² DHOOGHE, Lucien J. The North American Free Trade Agreement and the environment: The lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States. *Minnesota Journal of Global Trade*. v. 10. n. 2. Minneapolis, summer, 2001.

tema, negou as afirmações e assinalou que a autorização era mesmo necessária e que competia à *METALCLAD* saber dessa exigência e cumprir com a mesma.

A empresa recomeçou a construção do confinamento dia 15 de novembro de 1994 e apresentou uma solicitação para uma permissão municipal de construção. Dia 13 de janeiro de 1995, o INE concedeu à *METALCLAD* uma autorização federal adicional para a construção de um edifício destinado à disposição final de resíduos perigosos e outras instalações complementares, como o edifício administrativo do depósito e o laboratório. Um mês depois, a *Universidad Autónoma de San Luis Potosí* revelou os resultados de um estudo realizado sobre o confinamento, no qual destacava que, apesar de suscitar algumas preocupações, o local do depósito era geograficamente adequado. Em março do mesmo ano, a *Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente* (PROFEPA), órgão descentralizado da SEMARNAP que havia assumido as atribuições da então antiga SEDUE, realizou uma auditoria do lugar e concluiu que com a engenharia e a operação apropriadas o local era geograficamente adequado para um confinamento de resíduos perigosos.

A construção do confinamento foi concluída em março de 1995, sendo que no dia 10 desse mês, com a intenção de inaugurar-se a obra, foi organizada uma cerimônia à qual compareceram vários representantes dos Estados Unidos e dos governos federal mexicano, estadual de *San Luis Potosí* e municipal de *Guadalcázar*. O evento foi interrompido por manifestantes, que bloquearam a entrada e a saída dos ônibus encarregados do transporte dos convidados e dos trabalhadores, e foram empregadas táticas intimidatórias contra a empresa *METALCLAD*, a qual afirmou, no procedimento, arbitral, que os governos estadual e municipal organizaram, ao menos em parte, a manifestação, e que tropas ajudaram a demonstração pública bloqueando o tráfego de entrada e saída da propriedade. A partir de então a empresa foi efetivamente impedida de abrir o confinamento e de começar suas atividades comerciais.

O princípio do ano de 1995 também marca outro destaque no embate, que é a entrada em cena do organismo internacional de caráter ambiental *Greenpeace* México, o qual permanecerá no conflito fático pelos anos seguintes e representará o eixo de oposição aos interesses da empresa *METALCLAD*, terminando de configurar o sistema de atores que protagonizaram o conflito. O *Greenpeace*, pode-se afirmar, com sua presença e ações, atraiu a atenção da mídia de forma massiva, manteve o

caso na memória nacional e promoveu manifestações contra o projeto do confinamento.

Após o impedimento de inaugurar a obra, o município de *Guadalcázar* solicitou à PROFEPA que mantivesse a empresa fechada e também uma série de informações, incluindo os resultados de uma auditoria ambiental recém terminada e cujos resultados eram favoráveis à empresa.⁹³ Nessa situação, a PROFEPA acordou com o governo do estado, com a *METALCLAD* e com o recém chegado *Greenpeace* México uma "consulta técnica" para disponibilizar a todos os atores todas as provas disponíveis e chegar a um consenso, o que nunca ocorreu. Ao contrário, o poder municipal jamais compareceu a nenhuma das reuniões e o *Greenpeace* assumiu a função de assessor do município, atuando por conta própria como um ator. Como a legislação mexicana não prevê procedimentos dessa natureza, a consulta teve um caráter informal e não jurídico, o que tornou o procedimento extremamente incerto. No final, a consulta resultou em embates intensos entre *Greenpeace* e técnicos de várias instituições mexicanas renomadas, só adquirindo caráter mais científico depois da retirada voluntária do *Greenpeace* por discordar da decisão sobre o local onde as reuniões deveriam continuar sendo celebradas. (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 09).

Aproveitando a menção já feita aos dois principais atores envolvidos no caso em tela, que são seus eixos centrais (a empresa transnacional intrabloco *METALCLAD* e o organismo internacional *Greenpeace* México), cabe a enumeração dos demais agentes e a análise, ainda que não exaustiva, dos interesses e motivações dos mesmos.

Mas, primeiramente, deve-se ressaltar que não se trata de atores institucionais, por assim dizer, já que não se deve considerá-los como indivíduos unos e há riscos em ver-los como tais. Quanto maiores e mais complexas as organizações, mais difícil (ou impossível) se faz ver-las como atores indivisíveis,

⁹³ Sobre as preocupações e as relações entre investimentos estrangeiros, conflitos intrabloco e meio ambiente no TLCAN, consultar: PENCIER, Joseph de. Investment, environment and dispute settlement: Arbitration under NAFTA chapter eleven. *Hastings International and Comparative Law Review*. v. 23. n. 3-4. San Francisco. spring-summer, 2000. NOGALES, Francisco S. The NAFTA environmental framework, chapter 11 investment provisions, and the environment. v. 8. n. 1. *Annual Survey of International and Comparative Law*. Spring, 2002. HUSTIS, Brenda S. The environmental implications of the North American Free Trade Agreement. v. 28. n. 3. *Texas International Law Journal*. Austin, spring, 1993. MOLTKE, Konrad von. Investment and the environment: Multilateral and North American perspectives. em KIRTON, John J. e MACLAREN, Virginia W. (eds.). *Linking trade, environment, and social cohesion: NAFTA experiences, global challenges*. England: Ashgate Publishing, 2002. Também MANN, Howard e MOLTKE, Konrad von. NAFTA's chapter 11 and the environment; addressing the impacts of the investor-state process on the environment. Winnipeg: IISD, 1999.

identificados com os indivíduos e suas vontades. O objetivo dessa observação é destacar a relação complexa que há entre as organizações de qualquer tipo e os indivíduos que as mobilizam, já que, por um lado, são elas que condicionam a ação dos indivíduos e, por outro, são eles que as formam. O essencial é salientar que não se pode confundir a aparência de identidade entre uma organização (ou instituição) e seu titular (ou representante) com a responsabilidade dessa pessoa pelos atos realizados em nome da organização ou em nome próprio, eis que, o que se realiza pelo organismo é ou deveria ser resultado da interação de vários indivíduos dentro do mesmo.

Sobre o tema e sobre o caso em exame, a seguinte afirmação demonstra a realidade mexicana da época, sobre a qual há indícios que o jogo de interesses, evidente no caso *METALCLAD* entre os atores envolvidos, também se revelava um jogo de poder para as pessoas que estavam à frente dos principais organismos da contenda.

En la comunicación ambiental de un país como México, un cierto narcisismo (equivalente a la postura de 'el Estado soy yo') recrea el mito de que lo que se dice y hace a nombre de la organización expresa de manera inequívoca las convicciones de 'su' dirigente. (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 06).

Tecidas tais considerações, regressa-se à enumeração dos sete principais atores do conflito ora estudado. O primeiro a ser abordado, por já haver sido bastante citado, é a empresa transnacional estadunidense *METALCLAD* Corporation, a qual ocupa uma posição relativamente simples na presente análise. Depois de haver adquirido os ativos da empresa mexicana *COTERIN*, não conta com maiores dilemas quanto aos seus interesses: possui recursos econômicos e dispõe do apoio da Embaixada dos Estados Unidos no México. Seu único interesse, que, em última análise, é obter os ganhos oriundos da operação do novo confinamento, está na origem de toda a história. Entretanto, o que precisa fazer para atingí-lo é muito mais difícil do que parecem perceber seus dirigentes. Essa demora em reconhecer a dimensão do problema a levará à ruína no México e será objeto de várias análises jurídicas, que ao fim lhe renderá uma indenização importante mas não suficiente para a retomada de suas atividades.

O outro eixo do conflito, levando-se em conta uma perspectiva mais sociológica, é constituído pelo organismo ambiental internacional *Greenpeace* México. Seus membros são parte de uma organização global que persegue um

projeto claro, mesmo que na época não claramente reconhecido localmente: lutar contra a abertura de confinamentos de resíduos perigosos. Apesar de seus recursos econômicos serem escassos, sua força simbólica é considerável, eis que tanto no cenário local como internacionalmente aparecem como atores desinteressados, sendo, neste ponto, a antípoda, da *METALCLAD*. Outra vez citando AZUELA DE LA CUEVA, *Greenpeace México*, por circunstâncias locais, foi capaz de mobilizar mais pessoas e, principalmente, mais interesses para a causa inicial dos depósitos de lixo tóxico, o que permite inferir que não só sua força de organismo ecológico internacional foi empregada.

En este caso Greenpeace disfruta, además, de dos condiciones muy propicias: por un lado, un descontento en parte de la comunidad local por la forma en que comenzó la historia; por lo otro, uno de sus dirigentes (Alejandro Calvillo) resulta ser pariente cercano de la esposa del Gobernador de San Luis Potosí. Normalmente esto sería trivial, pero aquí no se trata de una esposa abnegada más, sino de una hija del Doctor Nava, que es el símbolo de las luchas por las libertades políticas en San Luis Potosí. Greenpeace no sólo es portador de la disposición visionaria - en este caso, de la visión de un planeta sin confinamientos - sino que además es capaz de movilizar a otros que tienen disposiciones similares, capacidad de la que carecen los demás actores del conflicto. (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 05).

Ainda tratando do *Greenpeace*, apenas uma breve menção ao fato de que atitudes exageradas abalaram sua credibilidade, principalmente no México, podendo-se destacar que ignoraram laudos técnicos encomendados pela própria instituição quando não coincidiam com seu posicionamento (caso do *Instituto de Geología de la UNAM*, por exemplo), avalizaram as informações nunca documentadas da organização local *Pro-San Luis Ecológico*, segundo a qual já nasciam nos povoados vizinhos bebês com deformidades provocadas pelo confinamento, afirmaram que novos confinamentos estavam sendo abertos, atribuíram declarações ao Diretor do *Instituto de Biología de la UNAM* desmentidas na Revista *Proceso* n. 17/1995 e declararam que os resíduos tóxicos eram radioativos, tudo abertamente na imprensa.⁹⁴

⁹⁴ Os exemplos citados são apenas ilustrativos e fazem parte de extensa lista, mas, a partir de obras específicas, pode-se claramente concluir que a imagem e a credibilidade do *Greenpeace* ficou muito abalada no México depois do caso *METALCLAD*. São elas: BEJARANO, Fernando. Investment sovereignty and the environment: the Metalclad Case and NAFTA's Chapter 11. Em WISE, Timothy, SALAZAR, Hilda e CARLSEN, Laura (coord). *Confronting globalization. Economic integration and popular resistance in Mexico*. México: Kumarian Press: 2003. LEZAMA, José Luis. *La construcción social y política del medio ambiente*. México: El Colegio de México, 2003. UGALDE SALDAÑA, Vicente. Las relaciones intergubernamentales en el problema de residuos peligrosos: el caso de Guadalcázar. *Estudios Demográficos y Urbanos*. v. 17. n. 01. México: El Colegio de México, 2002. UGALDE SALDAÑA, Vicente. La gestión ambiental en el ámbito municipal: dos estudios de

Es muy probable que una parte de los vecinos de Guadalcázar hubiesen mantenido su oposición al proyecto independientemente de la postura de Greenpeace. Lo que sí es un hecho es que, en el plano nacional, tanto para los medios de comunicación social como para otros actores relevantes del campo ambiental, Greenpeace estaba operando con sus prioridades globales por encima de las necesidades nacionales. Por ello, en los círculos ambientales de la Ciudad de México su credibilidad quedó muy disminuida y recibió mucho más apoyos de organizaciones norteamericanas que de las mexicanas. (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 10).

Além dos dois eixos já referidos, as instâncias do governo mexicano também devem ser consideradas como autores autônomos, já que as três esferas governamentais atuaram de modo independente na maior parte do tempo, ao menos durante o conflito fático.⁹⁵

O *Ayuntamiento de Guadalcázar* aparece no conflito como uma instância do governo notavelmente débil no que se refere a tornar efetivas suas decisões, mas extremamente relevante no terreno simbólico. Como os demais atores governamentais, enfrentou o dilema de aprovar ou não os planos da *METALCLAD*, mas sem ter capacidade de fazer frente a tal questão. Seu território na época era quase totalmente rural e seria a primeira vez que outorgaria uma autorização de construção e, inclusive por nem contar com mecanismos para processar os diferentes pontos de vista dos cidadãos da região sobre um empreendimento tão grandioso quanto um confinamento de resíduos perigosos. Apesar disso, sua postura tem um significado-chave: representa os interesses da comunidade mais diretamente afetada pelos fatos ocorridos no *Valle de La Pedrera*.

O governo do estado de *San Luis Potosí*, em face do mesmo dilema, estava politicamente melhor preparado que o *Ayuntamiento*. E tal dilema, nesse nível, tem uma conotação mais política que ambiental, eis que o governo do estado, em últimas palavras, deveria decidir se sua lealdade estaria com o povo da região (contrário ao confinamento) ou com os grupos que o haviam apoiado para chegar ao governo e agora lhe pediam apoio para o projeto do confinamento. Conforme as evidências citadas no laudo arbitral e nas razões do julgamento posteriormente, e também conforme as informações retiradas de documentos da época ou obras aqui citados, percebe-se que, oficialmente, o estado de *San Luis Potosí* pouco pode fazer contra

caso. Tesis de maestría en desarrollo urbano. El Colegio de México. (mimeo). Em sentido oposto, o artigo de TORRES, Blanca. Las ONG ambientalistas en las relaciones México-Estados Unidos. *Foro Internacional*. v. XXXIX. n.158(4). Oct/Dic. México, 1999. Pertinente também, sobre proteccionismo ambiental, a leitura de MILANI, Carlos. *Les rapports commerce-environnement et les dangers de l'ecoprotectionnisme*. (mimeo)

o projeto da *METALCLAD*. Entretanto, prestou apoio ao *Ayuntamiento* no que foi possível para a negativa da autorização de construção, promoveu campanhas para influenciar negativamente a opinião pública e forneceu meios físicos para que manifestações fossem feitas junto ao terreno do depósito.

Quanto às autoridades federais, estas também viveram o dilema de apoiar ou não o projeto do confinamento, mas em outros níveis de intensidade e certamente não na mesma dicotomia. Na esfera federal, existiam diferentes pontos de vista sobre como abordar o conflito, derivados, sobretudo, da fragmentação de funções no governo federal, escapando à visão estritamente dualista de ao desenvolvimento econômico em contraponto à proteção ambiental, presente nas outras duas esferas governamentais. Mas a percepção dos funcionários federais parecia ser de que os riscos ambientais do novo confinamento eram insignificantes se comparados com seus benefícios estritamente ambientais, mesmo sem se considerar as vantagens econômicas. Assim, é possível identificar o apoio ao projeto por parte da *Secretaría de Comercio y Fomento Industrial* (SECOFI) não só por razões econômicas, mas também porque ela era o canal pelo qual chegavam ao governo as pressões da Embaixada dos Estados Unidos no México. Já os funcionários da SEMARNAP e da PROFEPA demonstram entender que o problema do projeto não está em seus efeitos ambientais, mas na dificuldade de legitimar-lo localmente. Prevalece entre eles a idéia de que, cedo ou tarde, o confinamento e a presença da empresa *METALCLAD* e de seus investimentos na região terão que ser aceitos porque não existem razões científicas ou jurídicas para atuar em outro sentido, apesar da oposição local. Ao final, ficaram expostos ao mesmo déficit de legitimidade que suscitam as normas que ao mesmo tempo restringem e permitem atividades que envolvem riscos ambientais.

Os peritos técnicos são uma categoria de atores sociais muito diferente das anteriores. Sua capacidade de influenciar o processo está no que (os demais atores supõem que) eles sabem sobre os aspectos científicos de cada problema. No caso em tela, são encontrados em vários contextos: como funcionários governamentais, como consultores contratados pela empresa *METALCLAD* ou pelo *Greenpeace* ou como acadêmicos vazendo as vezes de consultores *ad hoc*. É certo que, como profissionais, devem externar a neutralidade do conhecimento científico de que são portadores. Ao longo do conflito, examinando os laudos emitidos até o procedimento arbitral, vê-se um antagonismo de posições e opiniões entre a comunidade científica

solicitada a se pronunciar sobre o caso (favoráveis ao confinamento) e os acessórios. do Greenpeace, "*que desde hace tiempo habían tomado un camino fuera de ese establishment. - 'Integrados y Apocalípticos', diría Umberto Eco.*"(AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 07). Como em outros casos, controvérsias de maior ou menor expressão surgiram a cada vez que um perito credenciado emitiu uma opinião ou laudo contradizendo o que, no momento, era a opinião dominante, fomentando dúvidas e contribuindo para a perda do poder de legitimação da ciência.

Na enumeração dos atores envolvidos no caso, merecem lugar também os conhecidos como os grandes ausentes, ao menos se se pensa no princípio ambiental segundo o qual quem contamina paga: os irmãos Aldrett, autores únicos da contaminação ambiental considerada por muitos como crime imperdoável e que simplesmente transferiram sua responsabilidade para a companhia estadunidense. Juridicamente, poderia caber ao México responsabilizá-los juridicamente pela contaminação ambiental, mas não há notícia de isso haja sido feito. Ao contrário. Ao venderem a empresa *COTERIN* à *METALCLAD*, além de acumularem capital com o que era um depósito de lixo a céu aberto e não verdadeiramente um confinamento dentro das normas legais, também transferiram o fardo de suportar a reprovação social que acompanhou o processo de publicização do caso.

A sociedade mexicana fica fora dessa enumeração de atores protagonistas do conflito, já que as mobilizações sociais foram marcadas por terem escala local e não nacional e foram suficientes para obter o apoio externo que se requeria para deter o projeto do confinamento. Embora alguns jornais de circulação nacional eventualmente veiculassem notícias a respeito do conflito, o mesmo era sempre mostrado como um embate ambiental entre uma empresa e um organismo ambientalista em um município mexicano. Ou seja, além de não haver qualquer indício de uma mobilização nacional ou de que a sociedade agia ou se interessava pelo conflito em conjunto, este ficou restrito a *Guadalcázar* e a *San Luis Potosí*, onde a opinião popular era contrária ao confinamento (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 07).

Registrados os atores e seus interesses, deve-se registrar também que, apesar de estarem em conflito a respeito de uma série de visões diferentes sobre o problema, há uma identidade de elementos, como, por exemplo, a discussão sobre a lei ambiental mexicana, mais enfatizada na fase pré-arbitral, e sobre o regime de

investimentos estrangeiros intrabloco, discutido na fase pré-arbitral, mas mais enfatizado durante a arbitragem.

Regressando ao curso dos fatos, em agosto de 1995, a consulta técnica já havia fracassado totalmente. Além do conflito com o *Greenpeace*, aumentava a cada dia a divisão entre o governo federal, que não externava dúvidas sobre o projeto, e o governo do estado, que acabaria sendo seu mais duro e decisivo opositor. Em uma série de reuniões paralelas que mantiveram o governador do estado Sánchez Unzueta e a com secretarias federais ficavam evidentes as duas posturas: para o governo federal, não só não havia motivos para técnicos ou jurídicos para impedir a operação do confinamento, mas sua operação representava uma ampliação da capacidade de tratamento e armazenagem adequada de resíduos perigosos no país, além de uma oportunidade de limpar um local já contaminado; para o governo do estado, a oposição local representava um evidente problema político. "*Ambos necesitaban y pedían el apoyo del otro, pero ninguno tenía motivos suficientes para acceder.*" (AZUELA DE LA CUEVA, 2004. p. 11)

Em 25 de novembro de 1995, depois de meses de negociação, a *METALCLAD* e o governo federal do México, por meio do INE e da PROFEPA, celebraram um convênio de concertação que estabelecia e permitia a operação do depósito. Tal convênio estipulava que seria feita uma auditoria ambiental no lugar onde estava a empresa, de dezembro de 1994 a março de 1995, o que realmente foi feito. O objetivo dessa auditoria foi verificar as condições existentes e os planos do projeto da empresa para a prevenção e atendimento de emergências e também examinar quais eram as reais condições existentes e quais eram os planos previstos quanto a procedimentos de controle, manutenção, operação, treinamento de pessoal e mecanismos físicos para atender a emergências ambientais.

O convênio também determinava que, em caso de a auditoria detectar deficiências, a empresa deveria apresentar um plano de ação para corrigi-las. O resultado do exame pericial concluiu que a planta industrial construída pela *METALCLAD* apresentava deficiências e deveria ser melhorada, de modo que a empresa apresentou o plano de ação exigido pelo convênio que havia firmado previamente, o qual incluía um cronograma de remediação do local a ser totalmente executado nos três primeiros anos de operação do confinamento. A empresa aceitou executar todas as obras requeridas pela auditoria e apresentadas por ela no plano de ação.

O mesmo convênio fixava um período de cinco anos de operação para o confinamento de resíduos, renovável pelo INE e pela PROFEPA. Além de requerer a reparação dos danos encontrados pela perícia no edifício já existente no local, o convênio também estipulava que a *METALCLAD* atribuiria trinta e quatro hectares da área de sua propriedade a uma zona de segurança para a conservação de espécies endêmicas. O convênio também definia que a PROFEPA criaria um Comitê Técnico Científico para monitorar a reparação, para o qual seriam convidados representantes do INE, da UNAM (*Universidad Nacional Autónoma de México*) e da *Universidad Autónoma de San Luís Potosí*, como se fosse um "comitê cidadão de vigilância". A *METALCLAD* destinaria \$10 (dois Pesos Novos Mexicanos) a cada tonelada de resíduos recebidos para obras sociais no município de *Guadalcázar*, daria 10% (dez por cento) de desconto para o tratamento e disposição final de resíduos perigosos gerados no estado de *San Luís Potosí*, proporcionaria serviço médico por sua conta uma vez por semana aos habitantes de *Guadalcázar*, empregaria mão-de-obra local e daria preferência para os habitantes do município para treinamento técnico. Também proporcionaria aos funcionários dos setores federal, estadual e municipal, assim como pessoal dos setores sociais e privado, cursos duas vezes ao ano sobre controle de resíduos perigosos.

Tudo isso acabou sendo em vão porque a consulta técnica anterior não havia convencido ninguém que estava contra o projeto. O certo é que o convênio de concertação foi assinado com as partes conscientes de que não teria respaldo algum localmente. Havia argumentos para defender-lo no âmbito do direito e da técnica, mas era também muito provável que a oposição local impedisse sua colocação em prática, o que acabou por acontecer.

Junto com a assinatura do convênio, a PROFEPA publicou um suplemento em quase todos os jornais do país no qual afirmava que "*las autorizaciones federales son un requisito necesario pero no suficiente para la operación de un confinamiento de residuos peligrosos [e que por isso] la empresa debe cumplir con la legislación estatal de la materia, cuya interpretación y aplicación compete exclusivamente a las autoridades locales*"⁹⁶. Com esse suplemento e tal afirmação, o governo federal deixava claro que se as autoridades locais não estavam de acordo com a decisão da federação e teriam que assumir a responsabilidade por suas

⁹⁶ Suplemento constante de jornais como *La Jornada*, *El Universal*, *Excélsior*, *Novedades* e muitos outros no dia 25 de novembro de 1995.

próprias decisões. No dia seguinte, o governador do estado publicou outro suplemento, nos principais jornais, protestando contra a decisão de firmar o convênio, a qual considerava arbitrária. A empresa declarou posteriormente, durante o procedimento arbitral, que o governo de *San Luís Potosí* foi convidado a participar da negociação do convênio, mas que este não aceitou, vindo a denunciá-lo publicamente como se fosse ilícito pouco depois que a existência do mesmo se tornou pública. Estava declarada uma guerra pública entre os governos federal e estadual nos meios de comunicação nacional, que muito noticiaram os embates. Contudo, as conseqüências mais importantes não se deram no terreno da opinião pública, temida pelos políticos, mas no terreno do direito, como resultado da transformação dos conflitos em três litígios, como se verá em momento oportuno.

Tendo firmado o convênio com o governo federal e se submetido a todas as exigências que este lhe fez por meio de seus órgãos, entendeu a empresa *METALCLAD* que já não existiam entraves ao prosseguimento de suas atividades em território mexicano. Contudo, em 05 de dezembro de 1995, treze meses após apresentar seu requerimento para a permissão municipal de construção, tal autorização lhe foi negada pelo município, cujas autoridades mencionaram sua decisão de negar uma autorização de construção à *COTERIN* em outubro de 1991 e janeiro de 1992 e destacaram o "inapropriado" da construção do confinamento da *METALCLAD* sem a obtenção prévia da autorização municipal de construção. Não existem indicações ou provas de qualquer natureza de que o município tenha efetuado alguma consideração sobre a construção do confinamento ou sobre os esforços de operação durante os meses em que a solicitação esteve em trâmite.

Insistindo em seu favor, a empresa acentuou que não existiam provas dos seguintes fatos: 1) que não houvesse cumprido com alguma obrigação legal; 2) que houvesse violado os termos de alguma licença federal ou estadual; 3) que o município houvesse levado em consideração os informes ambientais então recentemente concluídos para concluir pela inadequação do local para um depósito de resíduos perigosos; 4) que a construção da obra não cumpria com alguma exigência específica de construção; 5) que o município jamais houvesse requerido ou outorgado uma autorização municipal de construção para qualquer outro projeto em *Guadalcazar*; e 6) que houvesse um procedimento administrativo municipal preestabelecido com respeito às autorizações municipais de construção no município de *Guadalcazar*.

O governo do México afirmou que a *METALCLAD* estava a par, em virtude da auditoria legal, que uma autorização municipal poderia ser necessária com base no caso da empresa *COTERIN* (1991 e 1992) e outros precedentes de vários projetos em *San Luis Potosí*. Entretanto, a empresa não foi informada da reunião da prefeitura local (*Ayuntamiento*), na qual se discutiu o requerimento e se negou a autorização para a construção. Ao saber da reunião, a empresa solicitou a reconsideração da decisão, o que lhe foi negado. Mesmo ante tal negativa, em dezembro de 1995, o município apresentou um recurso administrativo junto à SEMARNAP impugnando o convênio de concertação que a empresa havia firmado com órgãos da esfera federal do governo mexicano, que a submetia a diversas exigências do governo federal e autorizava seu funcionamento, ao mesmo tempo em que a autorização real para o prosseguimento de suas atividades, bem como a continuação das obras de ampliação do depósito de detritos lhe permaneciam totalmente negadas na prática, em virtude da ausência da permissão municipal para construção. A SEMARNAP acabou por negar-lhe o recurso.

No ano seguinte, em 31 de janeiro de 1996, o município ajuizou na Justiça Mexicana um recurso constitucional denominado "*juicio constitucional de amparo*"⁹⁷, semelhante ao que no Brasil seria uma ação coletiva, contra a resolução da SEMARNAP que rejeitava seu recurso administrativo anterior. Trata-se do primeiro dos três litígios no âmbito do direito referidos anteriormente. Nessa instância, outorgou-se, em favor das autoridades municipais, a suspensão provisória do funcionamento do depósito de resíduos perigosos. No julgamento final do recurso, o "*juicio de amparo*" foi negado e a suspensão foi levantada em maio de 1999.

Mais uma vez, em 08 de fevereiro de 1996, o INE concedeu à *METALCLAD* uma autorização adicional, permitindo o incremento da capacidade do confinamento de trinta e seis mil para trezentos e sessenta mil toneladas de detritos por ano. Entre os meses de maio e dezembro de 1996, a *METALCLAD* e o estado de *San Luis Potosí* afirmaram que tentaram resolver os assuntos relativos à operação do depósito de resíduos, sem obter resultados exitosos.

Em 02 de janeiro de 1997, a empresa iniciou o procedimento arbitral contra o governo mexicano, de acordo com as normas do Capítulo XI do TLCAN, alegando

⁹⁷ Sobre o tema, consultar: CABRERA ACEVEDO, Lucio. El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos. México: Porrúa, 2000. 102p. Inclui análise do instituto em relação ao TLCAN e também no direito comparado, com capítulo especial dedicado ao Brasil.

violação dos já vistos arts. 1102, 1103, 1103, 1105, 1106 e 1110. O tribunal arbitral foi estabelecido sob o procedimento do Mecanismo Complementar do CIADI na eleita cidade de *Vancouver, British Columbia, Canadá*. O tribunal foi presidido pelo inglês Elihu Lauterpacht e os demais membros foram o estadunidense Benjamin Civiletti e o mexicano José Luis Siqueiros. Trata-se do segundo litígio no âmbito do direito originado pela controvérsia aqui narrada (o primeiro foi o "*juicio de amparo*").⁹⁸

Três dias antes do fim de seu mandato, o governador do estado de *San Luis Potosí*, Horacio Sánchez Unzueta, emitiu um decreto ecológico com data de 23 de setembro de 1997, transformando precisamente a zona circunscripta ao confinamento em *Área Natural de Protección (ANP)* de um tipo único de cactus, batizada de *Real de Guadalcázar*, o que obstruía ainda mais a operação da empresa. Além da intempestividade do decreto, desde a reforma da LGEEPA de 1996, a participação social é um elemento fundamental na criação das Áreas Naturais Protegidas, o que não houve no caso desse decreto. Isso margem a especulações de que a criação dessa ANP não seria autêntica, mas um modo oportunista e desesperado de afastar a atuação da *METALCLAD*, contendo caráter expropriatório, eis que a ANP impedia qualquer tipo de operação no local. O governador justificou que, desde que estava concorrendo ao cargo, havia prometido que a abertura do confinamento só se daria se essa fosse a vontade do povo; mas na esfera jurídica tal argumento não resultou suficiente.

Havia dois caminhos para uma expressão juridicamente coerente e sólida à oposição ao confinamento. O primeiro, era por meio das normas constitucionais que outorgavam importantes atribuições territoriais aos municípios ou de leis estaduais que reservavam alguns desses poderes aos governadores, de acordo com normativas produzidas a partir de 1983. Para defender exitosamente no terreno do direito sua oposição ao confinamento por meio do poder municipal (o que México tentou fazer valer frente ao tribunal arbitral), o governo do estado que haver começado muitos anos antes a desenvolver um programa de reforma institucional, o

⁹⁸ O terceiro litígio a que se faz menção é uma demanda constitucional que todavía está pendiente de julgamento na qual o Governo de San Luís Potosí impugnou ante a Suprema Corte de Justiça do México a decisão do Governo Federal, por meio de sua *Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, de "descontar" o valor da indenização que teve que pagar à *METALCLAD* das participações de impostos federais que correspondem ao estado. Esse terceiro litígio significa que o caso *Metalclad* "voltou à casa" e ainda poderá render muitas discussões.

que não poderia improvisar nos últimos dias de sua administração e que, além do mais, teria implicado a renúncia do seu poder territorial (supondo-se que havia um "jogo de poderes"). Faltando tal iniciativa, como o foi de fato, o município de *Guadalcázar* teria que haver lutado contra o governador para desenvolver suas capacidades constitucionais e poder expressara vontade popular contra o confinamento juridicamente, de acordo com a Lei Maior. Mas é evidente que no âmbito municipal não existiam as condições políticas para tanto. As duas hipóteses apontam ao escasso desenvolvimento da ordem jurídica de *San Luís Potosí* e de *Guadalcázar*.

A outra opção era a revogação da licença estadual de uso do solo do confinamento, embora não se saiba se havia elementos para tanto, ao invés de recorrer à estratégia inverossímil de criar uma ANP. Supondo-se que realmente existiram faltas por parte da empresa que pudessem ensejar a revogação da licença, ou as autoridades estaduais não as registraram adequadamente ou a lei estadual não as reconhece como justificativas legítimas para a revogação. Mais uma vez, as duas opções sinalizam um subdesenvolvimento institucional.

Especulações à parte, o fato é que a licença de uso de solo nunca foi revogada e a criação da ANP era a mais incoerente das saídas imagináveis. O governador havia iniciado sua gestão com a promessa de respeitar a vontade popular e concluía seu mandato com um ato congruente com tal promessa, mas que buscava sua legitimidade jurídica em um tema que não tinha relação alguma com o confinamento, com o comportamento da empresa ou com a vontade popular: proteger a vida de uma espécie de cactus. A postura do governador de deixar o cargo ao lado do povo era plausível e compreensível políticamente, mas era muito tarde para defendê-la juridicamente, especialmente em um contexto institucional caótico.

Quando o México compareceu ao tribunal arbitral, sustentou que qualquer consideração relativa ao decreto ecológico deveria estar fora da competência do tribunal porque o mesmo havia sido expedido depois do recebimento, por parte do México, da notificação da intenção de submetimento do conflito à arbitragem. O tribunal, sobre o tema, considerou que, apesar de o decreto ter sido emitido depois que a *METALCLAD* apresentou sua reclamação, a empresa a havia apresentado em tempo e de maneira consistente com os princípios de justiça e transparência quanto às questões referentes ao decreto. O tribunal, ao considerar que o México teve

oportunidade suficiente para responder, sem prejuízo, resolver que o decreto ecológico era assunto de sua competência, mas decidiu não lhe conceder importância capital.

Era a primeira vez que o Estado Mexicano enfrentaria a necessidade de justificar o exercício do poder público sobre uma empresa internacionalmente (já que antes do TLCAN todas as demandas eram resolvidas nos tribunais nacionais e o país não reconhecia demandas internacionais) e no contexto institucional do TLCAN.⁹⁹

Ao transferir para a esfera jurídico-institucional do TLCAN (o que não só significava levar os fatos ao terreno do direito mas também colocá-las fora do alcance do Estado nacional), o conflito se transfigurou tanto que até as posições dos protagonistas mudaram. O que havia começado como um embate entre algumas forças locais de *San Luis Potosí* e *Greenpeace*, de um lado, e *METALCLAD*, funcionários federais e peritos técnicos, de outro, convertia-se em um conflito no qual a *METALCLAD* e o governo federal mexicano (incluindo a SEMARNAP e a PROFEPA) passavam a ser adversários. Ironicamente, a *Secretaría de Comercio y Fomento Industrial* (SECOFI), à qual competia assumir a representação legal do governo mexicano, passaria a combater a empresa e o projeto que havia menos de um ano defendia como vítimas da hostilidade local.

b. O procedimento arbitral

O tribunal arbitral, em 30 de agosto de 2000, apresentou suas decisões por partes. Inicialmente, decidiu pela responsabilidade do Estado Federal pela conduta dos governos estadual e municipal. Para tanto, baseou-se: 1) nas próprias alegações do México; 2) no princípio segundo o qual o demandado pode ser internacionalmente responsável pelos atos dos órgãos estatais dos três níveis de seu governo; 3) nos artigos 105, 201.2 e 1108.1 do TLCAN¹⁰⁰; 4) no direito

⁹⁹ ROMERO JIMÉNEZ, Máximo. Considerations of NAFTA Chapter 11. *Chicago Journal of International Law*. v. 2. n. 1. 2001. p. 101.

¹⁰⁰ O artigo 105 se refere à extensão das obrigações e diz que as partes assegurarão a adoção de todas as medidas necessárias para dar eficácia às disposições do tratado, em particular para sua observância pelos governos estaduais e provinciais, salvo que o tratado disponha de maneira diversa. O artigo 201.2 diz que, para os efeitos do tratado, toda referência a estados ou províncias inclui os governos locais desses estados ou províncias, salvo que

internacional consuetudinário; 5) no art. 10 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados adotado pela Comissão das Nações Unidas de Direito Internacional em 1975¹⁰¹. Ou seja, fundando-se nos argumentos citados, o tribunal tomou a decisão de responsabilizar o México pelos atos do governo federal, do governo estadual de *San Luis Potosí* e do município de *Guadalcazar*.

Com relação à violação do artigo 1105.1 do TLCAN, o tribunal resolveu que o México não outorgou ao investimento da *METALCLAD* um tratamento justo, eqüitativo e em conformidade com o direito internacional, violando o artigo de referência. O tribunal também levou em conta o objetivo subjacente do tratado de promover e incrementar as oportunidades transfronteiriças de investimento e assegurar o êxito da implantação das iniciativas de investimento (art. 102.1). Avaliou que isso inclui a idéia de que todo requerimento legal referente à tentativa de iniciar, completar ou operar exitosamente investimentos realizados, ou que se tenha intenção de realizar sob o amparo do tratado, deveriam ser de acessível ou fácil conhecimento de todos os investidores afetados da outra parte. O tribunal asseverou que não deveria haver dúvida ou incerteza em tais assuntos. Uma vez que é de conhecimento das autoridades do governo central de um Estado parte que poderia haver um mal-entendido ou uma confusão a este respeito, seria seu dever assegurar-se de que a posição correta fosse determinada e externada rápida e claramente, para que os investidores possam proceder com prontidão e ter a segurança de saber que estão agindo de acordo com as leis aplicáveis.

Esse raciocínio foi posteriormente criticado pela doutrina inúmeras vezes sob o argumento de que, a partir da leitura do art. 102, não há base para afirmar que o México tenha faltado com os deveres ali impostos por falta de transparência em seus procedimentos internos. Os críticos entenderam que o art. 102 jamais impõe aos Estados-partes o dever de ensinar aos investidores como proceder para investir ou esclarecer os posicionamentos corretos em suas regras administrativas e judiciais quando há um caso de mal-entendido. A crítica, em outras palavras, é que o tribunal

se especifique outra coisa. E o art. 1108.1, que se refere às reservas e exceções feitas pelas partes e contidas nos Anexos I ou III quanto ao trato nacional, à cláusula de nação mais favorecida, aos requisitos de desempenho e aos altos executivos e demais situações já explicadas anteriormente, ao analisar-se o artigo 1108.

¹⁰¹ Tal Projeto se refere a que o comportamento de um órgão do Estado, de uma entidade facultada a exercer atribuições do poder público, atuando com essa atribuição, terá seus atos considerados como atos do Estado segundo o direito internacional, mesmo que, conforme o caso, o órgão de que se trate haja excedido o poder a ele delegado conforme o direito interno ou haja contrariado as instruções correspondentes ao seu exercício.

criou mais obrigações que aquelas negociadas pelos Estados e contidas efetivamente no Capítulo XI. (ROMERO JIMÉNEZ, 2001. p. 106)

Continuando com a seqüência do laudo, o tribunal apreciou que a empresa *METALCLAD* adquiriu a empresa *COTERIN* com o único propósito de desenvolver e operar um depósito de resíduos perigosos no *Valle de La Pedrera* e que o México, antes de saber de tal objetivo, outorgou-lhe autorizações federais de construção e operação para o confinamento. O governo estadual de *San Luis Potosí*, por sua parte, igualmente concedeu à *METALCLAD* uma autorização de operação que implicou seu apoio político para o projeto do depósito. Para o tribunal, um ponto crucial nesse caso, além das mencionadas autorizações, era se de fato era preciso uma autorização municipal para a construção do confinamento de resíduos perigosos ou não. Nesse sentido, argumentou que, quando a *METALCLAD* inquiriu, antes de comprar a *COTERIN*, sobre a necessidade de autorizações municipais, funcionários oficiais lhes asseguraram que a empresa tinha tudo o que precisava para começar o projeto do depósito. Ademais, o tribunal destacou que, depois que a *METALCLAD* adquiriu a *COTERIN*, o governo federal prorrogou a autorização federal de construção por dezoito meses mais. Principalmente nesse ponto, mas também em outros momentos, a doutrina mexicana acusa o tribunal de considerar apenas as alegações e provas trazidas ao procedimento pela empresa e não apreciar as evidências apresentadas pelo governo mexicano, sem explicar por que o fez. Também questiona o fato de o tribunal jamais mencionar que, quando a *METALCLAD* decidiu adquirir o capital da *COTERIN*, o mal-estar social em torno do confinamento já era claro publicamente, o que indicaria que a empresa teria assumido o risco do investimento (BEJARANO GÓNZALEZ, 2003. p. 46).

Na opinião do tribunal, em análise do direito mexicano, a Lei Geral do Equilíbrio Ecológico e da Proteção ao Meio Ambiente de 1988 (LGEEPA), expressamente outorga à federação a faculdade de autorizar a construção e operação de confinamentos de resíduos perigosos. O juízo arbitral considerou que a mesma lei limita as faculdades do município em matéria de meio ambiente ao que se refere a resíduos não-perigosos. Especificamente, seu art. 8 concede aos municípios a faculdade, em conformidade com as disposições da lei e das legislações locais, de aplicar disposições jurídicas em matéria de prevenção e controle de efeitos sobre o ambiente causados pela geração, transporte, armazenamento, uso, tratamento e disposição final dos resíduos sólidos e industriais que não estejam considerados

como perigosos, de acordo com o disposto no art. 137 da Lei Geral mencionada. Por fim, o tribunal aludiu ao art. 7 da mesma lei, o qual limita as faculdades das entidades em matéria de meio ambiente àquelas não expressamente reservadas ao governo federal.

Seguindo seu raciocínio, o tribunal resolveu que a *METALCLAD* foi levada a acreditar que as autorizações federais e estaduais lhe permitiriam a construção e a operação do confinamento. A empresa alegou que o município não era competente no tocante aos assuntos de resíduos perigosos, mas o México alegou que, conforme sua Constituição e suas leis, o município tem a faculdade de conceder autorizações de construção. Mesmo se o México estivesse correto, indicou o tribunal, a respeito de que se requeria uma autorização municipal de construção, a evidência também mostra que a competência da autoridade federal regulava o que se refere a avaliações e valorações em matéria de resíduos perigosos e que a autoridade do município compreendia unicamente o referente a questões de construção. Resolvendo a questão, o tribunal arbitral assim sentenciou:

Por lo tanto, la negativa del Municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, fue inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.¹⁰²

Daí o tribunal deduziu que, baseando-se em afirmações do governo federal, a empresa *METALCLAD* iniciou a construção do confinamento, o que fez de maneira "*abierta y continuada*" e com o conhecimento das três esferas do governo até a *Orden de Clausura* de 26 de outubro de 1994, a qual estava fundamentada na falta de obtenção, por parte da empresa, da autorização municipal de construção.

Em adição ao anterior, o tribunal reproduziu no laudo o argumento da empresa pelo qual ela dá a conhecer ao órgão arbitral que funcionários federais lhe referiram que, se a empresa apresentasse uma solicitação para a obtenção de uma autorização municipal de construção, o município não teria fundamento legal para negá-lo e que o mesmo seria, sem dúvida, concedido. Decidiu então o tribunal:

La ausencia de una regla clara en lo que respecta al requerimiento o no de un permiso municipal de construcción, así como la falta de una práctica o procedimiento establecido para el trámite de las solicitudes de permisos

¹⁰² Laudo Arbitral, versão oficial em espanhol, p. 27.

municipales de construcción, se traduce en la falta de cumplimiento por parte de México para asegurar la transparencia requerida por el TLCAN.¹⁰³

No mesmo sentido, o tribunal considerou que a *METALCLAD* podia permitir-se confiar nas afirmações dos funcionários federais e acreditar que estava autorizada a continuar com a construção do depósito. Assim se manifestou: "*seguindo o conselho desses funcionários e apresentando em 15 de novembro de 1994 um requerimento para uma autorização municipal, a METALCLAD somente atuava de maneira prudente e com a total expectativa de que a autorização se outorgaria*". Treze meses depois da apresentação do requerimento da *METALCLAD*, o município negou a permissão de construção. A negativa se deu depois que estava quase concluída a construção e imediatamente depois de anunciado o convênio sobre a operação do depósito, ressaltando-se que a autorização foi negada em uma reunião da prefeitura do município sem que se haja notificado à *METALCLAD*. O tribunal se convenceu de que a prefeitura negou a autorização por diferentes razões, as quais não se referem a nenhum problema relacionado com a construção material do confinamento ou a qualquer outro defeito material do mesmo. Ademais, o tribunal valorou de forma especial o fato de que imediatamente depois de ter negado a autorização, o município apresentou um recurso administrativo ante a SEMARNAP contra o convênio. Deste fato o tribunal deduziu que o município não confiava em seu direito de negar a autorização para o confinamento com base apenas na falta de autorização municipal de construção.

O Tribunal resolveu que em 1997 o governo do estado de *San Luis Potosí* voltou a interferir no caso ditando um decreto ecológico que efetiva e permanentemente inviabilizou à *METALCLAD* o uso de seu investimento. As ações do município, depois de negar a autorização de construção, conjuntamente com as deficiências procedimentais e substanciais da negativa, sustentaram a resolução do tribunal de que a insistência do município na obtenção da autorização e a negativa de concessão da mesma foram, neste caso, inadequadas.

O tribunal destacou que o art. 1114 do TLCAN, que permite que uma parte se assegure que os investimentos sejam feitos considerando assuntos ambientais não afetaria essa conclusão, eis que a celebração do convênio de concertação para o funcionamento do depósito e a concessão das autorizações federais mostrariam

¹⁰³ Laudo, p. 27.

claramente que o México estava satisfeito que o projeto era acorde com a matéria ambiental. Nesse ponto, especialmente, a mudança do conflito do campo interno para o internacional é determinante. O tribunal arbitral vê e considera os atos do Estado Mexicano. De fato, o governo federal não se opôs ao projeto da *METALCLAD* em âmbito interno e agora, na fase arbitral, precisa se defender ante o tribunal também justificando os atos das duas outras esferas governamentais - o estado e o município.

Por outro lado, o tribunal resolveu que o México não cumpriu com garantir um marco transparente e previsível para o planejamento do negócio e do investimento da *METALCLAD*. Estas circunstâncias, em sua totalidade, demonstram, segundo o tribunal, uma falta de ordem no processo e de disposição no tempo para com o investidor de um Estado-parte, que agiu com a expectativa legítima de que receberia um tratamento justo e equitativo, de conformidade com o TLCAN. Pode-se ir além. Os atos do estado e do município - e, portanto, atos do México - desobedeceram ou não foram compatíveis com os requerimentos do art. 1105 do TLCAN, no sentido de que cada Estado membro outorga aos investimentos de investidores de outro signatário um tratamento acorde com o direito internacional, incluindo um tratamento justo e equitativo. Especialmente à luz do princípio aplicável de que o direito interno (como os requerimentos estabelecidos para a autorização do município) não justifica o descumprimento de uma obrigação contida em um tratado internacional (arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). O tribunal, assim, sustentou que a *METALCLAD* não foi tratada justa e equitativamente de acordo com o TLCAN e admitiu a reclamação referente ao art. 1105.

A principal crítica a essa argumentação afirma que o tribunal não poderia ter igualado uma alegada infração de lei doméstica, no caso, a negativa da licença municipal de construção, a uma infração às obrigações legais do México sob o TLCAN, especialmente porque a conclusão de que o México não teria garantido transparência e tratamento equitativo estaria baseada na análise do mérito da legislação nacional mexicana, o que não seria de competência de um tribunal internacional. O tribunal teria falhado em não considerar que atos desse tipo devem ser objeto dos tribunais nacionais e teria excedido sua jurisdição ao ligar transparência e legislação doméstica. Transparência não incluiria o ordenamento jurídico de um Estado-parte. (ROMERO JIMÉNEZ, 2003. p.106; BEJARANO GONZÁLEZ, 2003. p. 45) Seguindo a linha de raciocínio, poder-se-ia dizer que o

investidor estrangeiro, nesses termos, teria mais direitos e estaria mais protegido que o investidor nacional, uma vez que este precisaria submeter-se ao ordenamento jurídico interno sem poder recorrer às disposições do TLCAN, mais amplas e flexíveis.

Com relação ao art. 1110, o tribunal advertiu que o mesmo sanciona a expropriação dispondo que nenhum dos Estados-partes poderá, direta ou indiretamente, expropriar um investimento ou adotar uma medida equivalente a uma expropriação, salvo que seja a) por utilidade pública; 2) sobre bases não-discriminatórias; 3) respeitando o princípio da legalidade e o art. 1105; e 4) mediante indenização. A expressão "uma medida" está definida no art. 201.1 como aquela que inclui "qualquer lei, regulamento, procedimento, requisito ou prática". Portanto, nos termos do Capítulo XI, conforme visto, a expropriação inclui não só o confisco da propriedade de maneira aberta, deliberada e com conhecimento de causa, como um confisco direto ou uma transferência formal ou obrigatória de títulos em favor do Estado receptor, mas também uma interferência dissimulada ou incidental do uso da propriedade que tenha o efeito de privar, totalmente ou em parte significativa, o proprietário do uso ou benefício econômico que razoavelmente se esperaria da propriedade, mesmo que não necessariamente em benefício óbvio do Estado receptor.

Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.¹⁰⁴

O fato de o tribunal realmente fazer uso da expressão "medida equivalente a uma expropriação" causou muita controvérsia entre os estudiosos do caso. De um lado, os que acreditam que manter tal expressão no texto do art. 1110 é demasiado temerário e arriscado, eis que pode incluir qualquer tipo de conduta ativa ou passiva de um Estado e ensejar um grande número de demandas por parte dos investidores estrangeiros que acreditem ter sido prejudicados por qualquer lei, política pública ou assemelhados. De outro lado, os que advogam que o direito internacional reconhecia (e reconhece) dois tipos de expropriação, a direta e a indireta, e uma

¹⁰⁴ Laudo Arbitral. p. 30.

"medida equivalente a uma expropriação" seria uma subcategoria de expropriação indireta.¹⁰⁵

O tribunal sustentou que a autoridade exclusiva para estabelecer e permitir um confinamento de resíduos perigosos competia ao governo federal mexicano, situação que julgou consistente com a declaração testemunhal do Secretário da SEMARNAP e com as disposições da LGEEPA. Resolveu, também, que o município negou a autorização de construção, em parte, por sua percepção desfavorável quanto aos efeitos ambientais do depósito de lixo tóxico e a conveniência do lugar para o confinamento, atuando fora de sua esfera de competência e agindo sem autoridade. A negativa do município quanto à autorização sem fundamento algum na construção material proposta e sem deficiências do sítio, conjuntamente com suas ações administrativas e judiciais subseqüentes com relação ao convênio de funcionamento, impediram de maneira efetiva e ilegal a operação do depósito por parte da empresa investidora. No México, esse arrazoado foi recebido com duras críticas porque teria desconsiderado a competência constitucional dos municípios mexicanos (BEJARANO GONZÁLEZ, 2003. p. 45)

Nos termos do tribunal, tais medidas, consideradas junto com as afirmações do governo federal mexicano, nas quais se baseou a *METALCLAD*, e na ausência de uma negativa do município emitida a tempo, em ordem ou com alguma base substantiva a respeito da autorização local de construção, equivalem a uma expropriação indireta. O tribunal também considerou que a implementação do decreto ecológico poderia constituir um ato equivalente a uma expropriação. Concluindo, o tribunal decidiu que o México expropriou indiretamente o investimento da *METALCLAD* sem lhe pagar qualquer indenização. Conseqüentemente, o México violou o art. 1110 do TLCAN.

Os danos (art. 1105) foram considerados como sendo a mesma coisa que a o valor expropriado (art. 1110), ou seja, a indenização devida, sob a justificativa de que ambas as situações implicaram a impossibilidade do funcionamento do confinamento e impediram a investidora de obter algum rendimento substancial, de modo que, para o tribunal arbitral, a *METALCLAD* perdeu todo o seu investimento.

¹⁰⁵ Sobre o tema das expropriações e sua relação com o meio ambiente no âmbito do TLCAN, SOLOWAY, Julie A. Environmental expropriation under NAFTA chapter 11: the phantom menace. KIRTON, John J. e MCLAREN, Virginia (eds.). *Linking trade, environment, and social cohesion: NAFTA experiences, global challenges*. England: Ashgate Publishing, 2002.

Depois de escutar as partes sobre o método de valoração dos danos pecuniários e resolver sobre a questão dos juros, o tribunal decidiu que, do total investido, deduzidos os valores legais e acrescido de juros compostos de 6% (seis por cento) ao ano, o México deveria pagar à empresa a soma de US\$ 16.685.000,00 (dezesseies milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil dólares estadounidenses), dentro do prazo de 45 dias a partir da data de leitura do laudo. Transcorrido tal prazo, acumular-se-íam juros compostos de 6% (seis por cento) ao mês sobre essa soma ou qualquer parte dela que permanecesse inadimplida.

Nos termos do art. 1136 do TLCAN, o laudo é obrigatório somente para as partes contendentes e unicamente a respeito do caso concreto especificamente demandado (nos termos dos princípios da relatividade e da concreção). Como a controvérsia foi submetida à arbitragem conforme as regras do Mecanismo Complementar do CIADI, a parte que perde a demanda tem a opção de requerer um procedimento de revisão, desconsideração ou anulação, em face dos tribunais do lugar da arbitragem, dentro dos três meses após a data em que se ditou o laudo. Mesmo que não possua elementos fortes para mudar o laudo arbitral, é factível que a parte condenada faça uso dessa oportunidade, nem que seja para protelar o pagamento da indenização.¹⁰⁶

O México, fazendo uso desse direito, apresentou recurso de apelação ao laudo arbitral em face da Suprema Corte da província canadense de Colúmbia Britânica, por haver sido a cidade de Vancouver a sede da arbitragem internacional. O julgamento despertou o interesse dos governos das províncias canadenses, como da de Québec, e de inúmeras organizações civis, como o Sindicato de Funcionários Públicos do Canadá (CUPE, de acordo com suas siglas em inglês) e o Conselho da Cidade de Vancouver, os quais solicitaram participar do processo. Entretanto, suas petições foram negadas, uma vez que o TLCAN não prevê a intervenção de terceiros.

A corte canadense celebrou audiências públicas durante fevereiro e março de 2001, nas quais as partes rerepresentaram todas as evidências de que dispunham. Em 02 de maio do mesmo ano, o juiz Justice Tysoe emitiu sua decisão, na qual

¹⁰⁶ Sobre as perspectivas e sobretudo as alegações jurídicas de cada uma das partes durante o juízo arbitral, consultar DODGE, William S. *Metalclad Corp. v. Mexico and Mexico v. Metalclad Corp.* *American Journal of International Law*. v. 95. n. 4. Washington, october, 2001. Também TOLLEFSON, Chris. *Metalclad v. United Mexican States revisited: Judicial oversight of NAFTA's chapter eleven investor-state claim process.* *Minnesota Journal of Global Trade*. v. 11. n. 2. Minneapolis, semmer 2002.

revogou as determinações do tribunal de que o México teria violado o art. 1105 e também refutou alguns argumentos apresentados pelo tribunal para justificar a violação do art. 1110, alegando que o tribunal arbitral havia excedido sua jurisdição. Entretanto, manteve a decisão de que o decreto ambiental de criação da ANP correspondia a uma expropriação indireta e, assim, praticamente ratificou o valor da condenação.

Foi a primeira revisão a um laudo arbitral sob as regras do Capítulo XI do TLCAN e a decisão canadense recebeu algumas críticas, dentre as quais a mais recorrente se refere ao fato de o Juiz Tysoe ter afirmado em sua decisão que as regras de arbitragem comercial entre partes privadas diferiam das regras de arbitragem entre Estados e investidores privados, motivo pelo qual deveria receber também tratamento distinto a revisão dos laudos arbitrais em um ou outro caso. Disse também que não se entendia competente para alterar a decisão do tribunal arbitral sobre a natureza do decreto que criou a área ambiental em torno do *Valle de La Pedrera*, em suma, por não se tratar de matéria comercial, mas por dizer respeito a matéria reservada aos domínios do Estado. Mesmo assim, afirmou que a definição de expropriação usada pelo tribunal arbitral havia sido demasiado ampla.

Mesmo que o valor da condenação não tenha sido alterado substancialmente, a doutrina criticou imensamente a sentença do Juiz Tysoe dizendo que seus problemas residem naquilo que ela revogou e não no que manteve, demonstrando a análise superficial e limitada do laudo arbitral. Inicialmente, alegam que a Suprema Corte de Colúmbia Britânica não era competente para revisar o laudo arbitral por falta de jurisdição, o que se deve a peculiaridades da lei canadense, a qual só admite a revisão de laudos arbitrais internacionais em casos muito específicos e em poucas hipóteses: se a decisão do tribunal tiver ultrapassado sua competência e se a linguagem ou a interpretação dada a determinados trechos carecer de sentido. Essas regras estão contidas no caso canadense *Quintette Coal Limited v. Nippon Steel Corporation* (1991) Não se pode esquecer que os sistemas jurídicos do Canadá e dos Estados Unidos diferem dos sistemas adotados pelo México e pelo Brasil, por exemplo. Naqueles, o sistema é o do *Common Law* ou Insular, em que as decisões dos tribunais e o sistema dos precedentes judiciais são vinculantes.

Nestes, prevalece o sistema do direito positivo, com complexos ordenamentos escritos.¹⁰⁷

Outra dura crítica se refere ao fato de o juiz da apelação não ser especialista em arbitragens internacionais ou nos temas do TLCAN, como os árbitros que ditaram o laudo. De qualquer modo, sua opinião, em suma, era de que o laudo excedia as questões submetidas ao tribunal e, por isso, revogou as condenações que lhe pareciam equivocadas. Todavia, o fato principal é que a condenação do México a pagar a indenização por expropriar seu investidor foi mantida e há especulações sobre o efeito disso para o TLCAN e para seus Estados-partes: se os investimentos estrangeiros diminuiriam ou se geraria incerteza quanto ao marco jurídico aplicável (pela criação de um precedente de no Canadá). Visto isoladamente, o recurso de apelação parece uma vitória do investidor contra qualquer tipo de interferência por parte do Estado parte, eis que o valor da indenização foi mantido. Historicamente, não se sabe se a sentença do recurso influenciará novas decisões, mas já se tornou público que duas cortes canadenses, sendo uma a Suprema Corte de Ontário, declaram-se incompetentes para julgar recursos mexicanos no caso *Feldman v. México*, iniciado em 1999 também sob o Capítulo XI¹⁰⁸.

Após o resultado do recurso, o México, inicialmente, apresentou novo recurso em face da Justiça do Canadá, apelando da decisão do Juiz Tysoe. Entretanto, acabou optando por abandonar essa via e tentar fazer um acordo com a empresa.

Em 04 de junho de 2001, o governo mexicano fez à METALCLAD uma oferta para dar por terminada a disputa, mediante o cumprimento do laudo arbitral nos termos das alterações feitas pela sentença da Suprema Corte de Colúmbia Britânica. Mediante comunicação datada de 11 de junho de 2001, a METALCLAD aceita os termos do governo mexicano e as partes assinam um convênio, que estabelece o pagamento em cheque do valor de US\$ 16.002.433,00 (dezesseis milhões, dois mil quatrocentos e trinta e três dólares estadunidenses), acabando com a disputa

¹⁰⁷ SEYMOUR, Courtney N. The NAFTA Metalclad appeal; subsequent impact or inconsequential error? Only time will tell. *University of Miami Inter-American Law Review*. v. 34, n. 1. Coral Gables, Florida: winter 2002. O mesmo artigo analisa exaustivamente todos os argumentos apresentados na sentença do juiz Tysoe e afirma que o México produz, anualmente, dez toneladas de resíduos perigosos e, como já foi afirmado, há apenas um depósito em todo o país até hoje.

¹⁰⁸ Dados de PETERSON, Luke. Investment law and policy weekly news bulletin. January 21, 2005. International Institute for Sustainable Development. *Mailing list* disponível a partir de <<http://www.iisd.org/investment>>.

arbitral. Ademais do pagamento, o convênio também estabeleceu as condições de entrega da propriedade em *La Pedrera à Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales de la Federación*. O México anexou um segundo convênio, em âmbito nacional, pelo qual a *Secretaría de Hacienda* outorgaria à *Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales* (SEMARNAT) os recursos para realizar a limpeza do lugar, contaminado pelas vinte mil toneladas de resíduos perigosos que continuam enterradas no local. (BEJARANO GONZÁLEZ, 2004. p. 47).

Terminado o litígio internacional entre *METALCLAD* e México, é preciso lembrar que internamente ainda restaram conseqüências do conflito para os atores nacionais que estavam nele envolvidos, como o descrédito, a demonstração da debilidade das instituições locais e estaduais mexicanas, o prejuízo ambiental e pecuniário. Apesar de a doutrina mexicana ser quase unânime a respeito de que o laudo arbitral favoreceu imensamente a empresa *METALCALD*, o presidente desta, Grant Kesler, declarou que o TLCAN precisava de medidas mais estritas de proteção a seus investidores, queixou-se da decisão do recurso que reduziu a condenação em quase US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares estadunidenses) e afirmou que a indenização não lhe compensaria pelos US\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de dólares estadunidenses) que ganharia se houvesse operado o confinamento. Também argumentou que a empresa poderia ajuizar outra demanda contra o governo mexicano devido à oposição local a outro confinamento de resíduos perigosos que esta pretendia desenvolver no estado de *Aguascalientes*, mas que não o fariam porque já haviam vendido quase todas as suas propriedades no México e jamais regressariam ao país.

Considerando-se tudo o que foi exposto até aqui, percebe-se que, apesar de peculiar por envolver matéria ambiental e muitos atores sociais, o Caso *METALCALD* se presta ao exame da aplicação prática do regime de investimentos estrangeiros do Capítulo XI por ser uma experiência empírica rica e complexa, em que as regras materiais e formais foram aplicadas e contestadas.

B. As implicações políticas e jurídicas do mecanismo de solução de controvérsias do Capítulo XI

Decorridos apenas onze anos da entrada em vigor do TLCAN, é ainda muito cedo e, portanto, temerário, concluir de modo definitivo sobre a eficiência do regime instituído pelo Capítulo XI. Entretanto, analisando-se minuciosamente um caso concreto ilustrativo como o da empresa METALCLAD contra o Estado Mexicano, pode-se abstrair algumas decorrências do funcionamento do mecanismo desse capítulo, as quais demonstram o resultado prático atingido com o uso da norma abstrata e permitem maior ou menor número de críticas ao sistema.

Comparando o Caso METALCALD com a totalidade das demandas propostas sob o amparo desse capítulo, percebe-se claramente uma identidade não só de alegações feitas pelas partes como também de conseqüências da aplicação do regime de investimentos estrangeiros do TLCAN¹⁰⁹, sendo possível extrair do emprego das regras substantivas e procedimentais do Capítulo XI algumas implicações comuns. Todavia, o presente estudo se ocupa do exame de uma demanda apenas, cujas implicações são aqui abordadas e a qual ilustra a utilização do regime de investimentos estrangeiros intrabloco.

Os principais problemas do Capítulo XI decorrem da combinação de normas materiais muito amplas, mas muitas vezes vagas, com um sistema de solução de controvérsias específico e compulsório para o Estado. A teoria que sustenta o regime instituído neste capítulo diz que, se dispuserem de segurança jurídica, os investidores estarão mais propensos a investir em um maior número de países e, por isso, maiores serão as probabilidades de o desenvolvimento acontecer em mais países.¹¹⁰ Necessário, assim, instituir um regime de proteção e garantia aos investimentos estrangeiros para atrair os investidores de outros países, no caso, dos países membros do TLCAN.

¹⁰⁹ Até janeiro de 2005, trinta e nove demandas haviam sido apresentadas com base no Capítulo XI, das quais onze contra o Canadá, treze contra os Estados Unidos e quinze contra o México. Uma tabela com as especificações de cada caso (data da propositura da demanda, resumo do caso, normas citadas, quantia pleiteada e situação atual do caso) e outra comparando os três países (por número de casos, normas atacadas, indenização concedida e estado atual das demandas) podem ser encontradas no final do presente trabalho.

¹¹⁰ MANN, Howard. NAFTA and the environment: Lessons for the future. *Tulane Environmental Law Journal*. 13. v. n. 2. New Orleans, summer 2000. p. 403 e ss.

Para tanto, os Estados partes do tratado criaram, no Capítulo XI, a mais ampla combinação de direitos e garantias já concedidos ao setor privado num tratado internacional. Os direitos concedidos aos investidores estrangeiros, elencados nos nove artigos da Seção A, são marcados pela amplitude de suas definições e às vezes pela incerteza provocada pelos termos utilizados (como o caso do art. 1110 e a expressão "medidas equivalentes à expropriação") e garantidos de maneira muito específica pelo remédio previsto na Seção B: arbitragem compulsória e vinculante, dado que, uma vez iniciada pela discricção do investidor, é obrigatória para o Estado e seu resultado vincula as partes, as quais deverão cumprir o disposto no laudo arbitral.

Esse regime instituído no Capítulo XI, descrito por alguns como revolucionário, sem precedentes e extraordinário e por outros como impreciso, tendencioso e perigoso, divide opiniões, havendo inclusive idéias favoráveis a modificações em seu texto e até a uma renegociação de todo o conteúdo do capítulo¹¹¹. E esses posicionamentos marcam os juízos sobre as principais implicações do regime de investimentos do tratado, sendo imprescindível uma análise que vá além dos pontos de vista doutrinários para incluir evidências empíricas, como o Caso *METALCLAD*, com o propósito de refutar algumas opiniões na busca da aproximação com a realidade dos fatos.

a. Os efeitos sobre a proteção ao meio ambiente

Dentre as principais implicações das normas do Capítulo XI está o impacto que a aplicação das mesmas passou a ter sobre as autoridades ambientais dos países do bloco. As atenções se voltaram para o tema a partir do número expressivo de demandas sob o manto desse capítulo envolvendo questões sobre o meio ambiente, mais especificamente casos nos quais os investidores deram início a procedimentos arbitrais questionando as legislações ou medidas ambientais dos países receptores dos investimentos por entenderem que se tratava de casos de

¹¹¹ HORLICK, Gary N. e MARTI, Alicia L. NAFTA Chapter 11B: A private right of action to enforce market access through investments. *Journal of International Arbitration*. v. 14. n. 1. Geneve, march/1997. Também sobre a dicotomia de opiniões em torno do regime do Capítulo XI, CAMP, Hope H. e KONTRIMAS, Andrius R. Direct investment issues. NORTON, Joseph J. e BLOODWORTH, Thomas L. (eds.) *NAFTA and beyond: a new framework for doing business in the Americas*. Boston: M. Nijhoff, 1995.

descumprimento do tratado por violação, especialmente, das normas dos arts. 1105 (garantia de um nível mínimo de tratamento conforme as regras internacionais) e 1110 (proteção contra expropriação ou medidas equivalentes) e também as dos arts. 1102 (tratamento nacional), 1103 (nação mais favorecida), 1104 (garantia do melhor dos tratamentos estabelecidos nos arts. 1102 e 1103) e 1106 (proibição de imposição de requisitos de desempenho). Das trinta e nove demandas ajuizadas até janeiro de 2005, doze envolviam procedimentos legislativos (ou legislações) ou tomada de decisões no âmbito administrativo pelos países membros do tratado sobre matéria ambiental: cinco contra o Canadá, quatro contra o México e três contra os Estados Unidos. Ou seja, as questões ambientais foram objeto de 30,7% das demandas entabladas sob o mecanismo de proteção aos investimentos e investidores estrangeiros.

Indo além das particularidades de cada caso, pode-se perceber que este tipo de demanda surte efeitos sobre as autoridades nacionais ambientais. A doutrina de cunho mais ambientalista afirma que os direitos garantidos aos investidores privados pelo Capítulo XI ("*private rights*") estão sendo utilizados não como uma proteção defensiva contra eventuais abusos governamentais cometidos em virtude de ser o investidor uma empresa estrangeira, mas como uma estratégia ofensiva de ameaça aos tomadores de decisões dos governos nacionais que deliberem de maneira contrária aos interesses da empresa investidora.¹¹² Os investidores estariam usando as normas desse capítulo para se excusar da aplicação das legislações que não puderam deter por meio das vias tradicionais e até para inviabilizar totalmente a aplicação das mesmas.

Assim, os casos demonstrariam a capacidade de exercício de pressão política anexada ao Capítulo XI, à medida que os investidores estariam fazendo uso do regime desse capítulo para influenciar nos processos legislativo e de tomada de decisões administrativas dos países em que se instalam. Isso não está entre os objetivos do tratado e não teria sido negociado pelos Estados-partes, além de ser atribuição exclusiva dos mesmos em virtude de sua soberania, dado que os três signatários do TLCAN não perderam ou delegaram soberania ao criar a área de livre

¹¹² Documentando tais estratégias e seus usos, KIRTON, Jonh, RUGMAN, Alan e SOLOWAY, Julie. *Environmental Regulations and Corporate Strategy: A NAFTA Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

comércio. A ela se submeteram soberanamente, abrindo mão de parte de sua autonomia para se sujeitar a normas e decisões intergovernamentais.¹¹³

O Caso METALCLAD demonstra que não só os investidores (apesar de ser deles a prerrogativa de iniciar o procedimento arbitral), mas também os governos podem fazer uso semelhante de algumas normas do Capítulo XI, dado que o México editou um decreto ecológico para transformar a zona circunscrita ao confinamento de resíduos tóxicos da empresa METALCALD na Área Natural de Proteção *Real de Guadalcázar*, supostamente para preservar um tipo de cactus, enquanto almejava inviabilizar o funcionamento da planta industrial (art. 1114, medidas relativas ao meio ambiente). Observa-se, então, que o problema da capacidade de exercício de pressão política ligada ao Capítulo XI e emprego de suas normas como estratégias ofensivas para a imposição de interesses não é faculdade apenas de investidores, mas também de governos, embora seja mais factível que mais empresas e menos governos façam uso da artimanha legal, já que para os Estados haverá a possibilidade de ter que indenizar o investidor se, iniciado o procedimento arbitral, o tribunal entender que restou caracterizada a expropriação ou uma medida equivalente.

Como resultado desses usos agressivos do Capítulo XI, os reguladores ambientais se vêem obrigados a lidar com os direitos vagos exigidos por meio de demandas multimilionárias contra as decisões (atuais ou ainda propostas) que os reguladores possam tomar. Como decorrência de tal situação, um fenômeno não

¹¹³ A noção clássica de soberania está associada ao Estado e à plenitude do poder político. Entretanto, não existe uma definição pacificamente aceita entre os doutrinadores. O Estado é soberano quando, possuindo população, território definido e governo independente e autônomo (seus três requisitos), não se subordina e não sofre nenhuma restrição interna ou externa, política ou administrativa, de nenhum outro Estado. A soberania não é relativa, mas incondicionada, inalienável, imprescritível, indivisível e oriunda da população politicamente organizada. O Estado soberano se autodetermina, impondo e decidindo em nome e benefício de sua população. A soberania estaria naturalmente limitada pelos princípios do direito natural e pelos imperativos da coexistência entre Estados soberanos. Alguns teóricos consideram, modernamente, que a soberania é circunstancial, de modo que seus atributos originais só prevalecem na ausência total de pressões externas, como os tratados internacionais. Entretanto, ao firmar tratados ou aderir a processos de integração com outros países, o Estado não está renunciando a sua soberania, mas abrindo mão de parte de sua autonomia, dado que a decisão de tomar parte nesses instrumentos internacionais é soberana, assim como a decisão (sempre possível) de denunciá-los. Sobre o tema, vide CALOGERO, Pizzolo. *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2002. 614p. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. 344p. AGUADO, Juventino de Castro. A soberania dos Estados: o paradoxo da integração. *Jornadas de derecho internacional de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos*. Florianópolis, 2 a 6 de dezembro de 2002. Washington: OEA, 2003. pp. 91-110. GONZÁLEZ SOUZA, Luis. Soberanía herida. México-Estados Unidos en la hora de la globalización. v. 1. *Deuda, Inversión extranjera y TLC*. México: Nuestro Tiempo, 1994. 167p. HUSSAIN, Imtiaz. *National laws, NAFTA panels and multilateral provisions: sovereignty or supranational rules at bay?* Documento de Trabajo n. 20. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 1995. 76p.

previsto pelo TLCAN vem impedindo que os legisladores e tomadores de decisões dos países do bloco assumam posições e editem medidas que eles acreditam serem essenciais para a proteção ambiental. Em suma, a incerteza das disposições materiais sobre a proteção aos investimentos estrangeiros intrabloco, combinada com as grandes somas demandadas dos governos receptores desses investimentos, criou uma atmosfera que vem frustrando as atividades governamentais em matéria ambiental. (MANN e MOLTKE, 1999. pp. 12-14).

O governo do Canadá abordou a questão junto à Comissão de Livre Comércio do TLCAN em um esforço para desenvolver uma declaração de interpretação especial ("interpretive statement") para esclarecer algumas incertezas no texto do Tratado. Os Estados Unidos apoiaram o projeto de maneira ambígua e o México se opôs à iniciativa e continuou a bloquear maiores discussões sobre o tema. (MANN, 2000. p. 406). De qualquer modo, diz o art. 1132 que as interpretações feitas pela Comissão de Livre Comércio são vinculantes apenas para o tribunal arbitral que a solicita, de modo que as interpretações emitidas fora do curso de alguma demanda específica seriam meras recomendações, eis que o próprio TLCAN prevê um mecanismo particular de emendas ao seu texto (art. 2202), o que leva à conclusão de que seu texto não pode ser emendado via notas interpretativas.

Os três Ministros do Meio Ambiente das partes, reunidos em 1999 como o Conselho da Comissão para a Cooperação Ambiental, reconheceram o poder soberano do Estado de legislar em todas as matérias, inclusive a ambiental, e aplicar a lei em seu território, bem como a necessidade de discutir a questão do impacto da amplitude das normas e da especificidade do sistema arbitral do Capítulo XI sobre as autoridades e políticas ambientais das partes. Também afirmaram que, para solucionar os problemas decorrentes dessa situação, não seria necessário emendar o Tratado, dando a entender que a edição de uma nota interpretativa seria suficiente. Contudo, uma nota interpretativa específica sobre o tema ainda não foi editada até o presente momento.¹¹⁴

Resumindo, as obrigações contidas no Capítulo XI têm impacto significativo nas leis ambientais e na tomada de decisões nos Estados-partes. Tais impactos não foram almejados pelos negociadores do capítulo e sua ocorrência é reconhecida por

¹¹⁴ NORTH AMERICAN COMMISSION FOR ENVIRONMENTAL COOPERATION. Final Cominiqué. 6th Annual Meeting of the Council of the Commission for Environmental Cooperation. Banff/Alberta, 1999. Disponível a partir de <http://www.cec.org/files/PDF/COUNCIL/99-00COM_EN.pdf>. Acesso em 13. jun. 2004

vários atores envolvidos nos processos legislativo, administrativo e de proteção ambiental. Por parte dos organismos oficiais do TLCAN, parece haver uma forte rejeição quanto à coordenação de políticas e regimes visando a uma integração entre a Comissão para a Cooperação Ambiental e a Comissão de Livre Comércio, dado que esta não se mostra disposta a discutir ou tomar medidas conjuntas com aquela. Em certa medida, isso se deve à visão por parte do México de que os casos em andamento resolverão as questões pendentes à medida que os tribunais arbitrais se pronunciarem a respeito do tema. Mesmo que essas decisões não vinculem futuros julgamentos, o posicionamento dos tribunais formaria uma jurisprudência que seria naturalmente seguida. Acredita-se que esse comportamento mexicano resulta de seu compromisso em demonstrar seu forte empenho na liberalização dos investimentos, o que faz por meio da recusa em empregar qualquer meio que não seja o procedimento arbitral, evitando aparentar que esteja limitando os novos direitos dos investidores para não prejudicar o sucesso que o México vive com a atração de investimentos. (MANN, 2000. p. 407).

A verdade é que os Estados-membros negociaram o Capítulo XI e seu conteúdo é fruto da combinação das vontades soberanas desses três países. Qualquer alteração em seu texto somente será possível a partir de uma emenda ao texto original do tratado, ressalvada a possibilidade da edição de notas interpretativas, cujo efeito é apenas de recomendação, exceto se a interpretação houver sido solicitada por um tribunal arbitral sobre uma questão específica, caso em que será obrigatória para esse tribunal. Uma das sugestões de emenda ao tratado visando a solucionar o problema dos impactos do Capítulo XI sobre as legislações e autoridades ambientais dos Estados membros, por exemplo, propõe a incorporação ao texto do capítulo de uma exceção ambiental, de saúde e segurança ("environmental, health and safety exception") para permitir aos governos a liberdade de regular tais matérias sem temer a possibilidade de vir a ter que indenizar, futuramente, os investidores internacionais operando em seu território. Entretanto, seria preciso analisar exaustivamente a possibilidade de uma exceção similar à do art. XX do GATT atingir tal meta.

Enquanto não se reforma o tratado, voltando à mesa de negociações, (ou as partes não o denunciam, o que é altamente improvável), é possível extrair dessa experiência algumas lições para o futuro, considerando-se que a intensificação do comércio e do fluxo de capitais internacionais não são fins em si mesmos (ou não

devem ser), mas parte de um processo que busca se aproximar ao máximo da igualdade global e garantir um desenvolvimento sustentável.

As eventuais falhas do modelo do Capítulo XI do TLCAN não devem obscurecer seu êxito em inúmeros campos, como o caso da abertura comercial e financeira no México, que experimentou grande desenvolvimento a partir de 1994 e inclusive se recuperou da crise de 1994/1995¹¹⁵ aliando-se às duas grandes potências da América do Norte.

Vislumbrava-se um acesso imediato ao mercado consumidor que poderia servir de base de apoio para o crescimento econômico e foi uma das válvulas que possibilitaram a rápida recuperação da economia mexicana do “efeito tequila”.¹¹⁶

¹¹⁵ A forma de inserção do México na economia internacional aumentou a lacuna existente entre os setores da economia mexicana dependentes de exportação e aqueles que baseiam os seus lucros investindo no setor interno, o que levou a um incremento dos problemas econômicos e sociais enfrentados pelo México, por exemplo, a massa de emigrantes que atualmente supera os 13,5 milhões de mexicanos nos Estados Unidos. O sociólogo e membro do governo Fox, Jorge Castañeda cita números ilustrativos deste paradoxo. “Em 1995 a demanda interna caiu quase 70%, mas as exportadoras cresceram 37%, limitando a 15% a diminuição do faturamento total. Cresce o volume de componentes importados, de forma que o quadro de 170 mil empregos gerados pela indústria permanece inalterado desde 1989. Um número cada vez maior das grandes empresas exportadoras do país vende mais da metade de sua produção no exterior. Um feito notável, mas também um nítido sinal da transformação ocorrida na empresa e na economia do México.” Tais números indicam o aumento da dependência externa da economia mexicana, o que provocou sucessivos e crescentes déficits na balança comercial, cujo recorde foi em 1994, quando as exportações superaram as importações em US\$ 16 milhões, ensejando interpretações de que o país não poderia honrar seus compromissos e sua dívida e provocando uma corrida especulativa contra a moeda mexicana. Outro sinal de que, por mais que a balança comercial tenha melhorado posteriormente, a dependência em relação ao mercado americano intensificara-se, em detrimento dos setores que dependem do desempenho da economia interna, aliado ao fato de que o México colocou como garantia ao pagamento dos recursos arrecadados por meio da ação dos Estados Unidos as suas reservas de petróleo. E o recurso às exportações demonstra que o México não investiu na formação de um mercado consumidor interno forte. Esses sintomas mostram que a crise mexicana foi uma crise de confiança, em princípio restrita à falta de manejo das contas públicas por um país, mas que viria a se alastrar a outras economias no mundo (Sudeste Asiático, Turquia, Rússia, Brasil e Argentina), comprovando que os abalos a essas economias foram frutos de problemas estruturais inerentes ao sistema capitalista de produção e ao processo de liberalização irrestrita dos mercados econômicos sem as devidas salvaguardas. A íntegra da análise de Castañeda está em CASTAÑEDA, Jorge. O Círculo Vicioso do Sofrimento Mexicano. *Foreign Affairs Brasil*. n. 01, 1996. Sobre os pontos de caráter estrutural que provocaram a crise mexicana, SOLÍS, Leopoldo. *Crisis Económico-Financeira 1994/1995*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. Consultar também SANTOS, Rui da Silva. *A importância de Brasil e México no contexto da integração latino-americana*. Disponível a partir de <http://www.revistaautor.com.br/artigos/2002/W13/RSS_13.shtml>. Acesso em 23 set. 2004.

¹¹⁶ Atualmente, a economia mexicana comemora uma boa fase. O apoio dos países do TLCAN, principalmente os Estados Unidos, foi fundamental para que houvesse uma recuperação significativa. Mudanças profundas dentro do cenário interno, entre as quais a mais simbólica foi a derrota do PRI, nas últimas eleições presidenciais e a chegada de Vicente Fox à presidência, marcaram esta volta por cima da economia mexicana. Reportagem da Revista Isto É Dinheiro (nº 245, de 08 de maio de 2002) mostra que situação favorável da economia mexicana: o PIB chegou a US\$ 600 bilhões em 2001, registrando crescimento de 30% desde 1996 (para registro, em 1995, auge da crise, ele havia recuado 6,3%). As exportações saltaram de US\$ 60 bilhões para US\$ 180 bilhões e a taxa de desemprego ficou em 2,5%. Evidentemente, a relação privilegiada com o TLCAN foi o propulsor dessa guinada: o superávit da balança comercial mexicana com os Estados Unidos chega a US\$ 30 bilhões ao ano e os negócios com o país vizinho cresceram 202% entre junho de 1993 e junho de 2001. Essas estatísticas colocaram o México em evidência no comércio internacional, levando o país a assinar mais de 30 acordos comerciais com os mais variados Estados ao redor do planeta.

Como uma das falhas mais críticas do regime do Capítulo XI se dá justamente na área em que o sucesso é mais necessário (a habilidade do regime comercial e de investimentos de entender e lidar com seus impactos na administração das políticas de proteção ambiental), os estudiosos do assunto enfatizaram as pesquisas em torno da questão, concluindo que o modelo pode ser aperfeiçoado se observadas algumas alterações. (MANN, 2000. p. 407-410)

A primeira delas diz que uma avaliação de impactos ambientais independente deveria ser conduzida enquanto os acordos comerciais e de investimentos estão sendo desenvolvidos, de modo que as propostas e opções para todas as questões que estariam sendo negociadas seriam analisadas de acordo com seus possíveis impactos ao meio ambiente e sua gestão. Esse processo seria independente dos governos negociadores porque a dinâmica das negociações nesses casos impede que uma agência ou órgão governamental publicamente questione o trabalho de outro. Seria o caso de se formar um painel de especialistas independentes para informar e alertar os negociadores das consequências ambientais de cada proposta a ser negociada. A avaliação dos impactos não seria, assim, deixada aos negociadores ou aos seus governos para o período posterior à conclusão das negociações, quando já não há virtualmente mais esperanças de se efetuarem alterações, dado que o tamanho e a complexidade dos tratados impedem que se reabram seções ou capítulos sem o risco de comprometer ou inviabilizar todo o processo.

A segunda alteração para futuras negociações similares à do Capítulo XI alerta para o fato de que a expansão dos direitos e remédios legais concedidos ao setor privado em matéria comercial e de investimentos deve ser tratada com precaução. Investimentos e segurança no acesso a mercados geralmente trazem benefícios significativos, mas reservar a prerrogativa de demandar internacionalmente, teoricamente para resguardar tais direitos, unicamente ao setor privado, representa riscos expressivos à medida que a possibilidade de apresentar uma demanda sob o direito internacional ultrapassa o sistema legal doméstico. Já é unânime na doutrina que os investidores do setor privado não precisam sobrepesar seus interesses contra outras pretensões, como precisam fazer os governos ao

conciliar a gestão de diversas áreas e bens públicos.¹¹⁷ Em tais circunstâncias, a concessão de direitos e ações legais para a sua garantia, particularmente na ausência de obrigações (como é o caso do Capítulo XI, que muito impõe aos Estados receptores dos investimentos e submete os investidores apenas à observância das formalidades legais para os precedimentos nele previstos), podem levar a conseqüências não desejadas pelos negociadores do Tratado. Novamente, faz-se necessária uma avaliação séria de cada proposta feita na fase negocial dos tratados, o que auxiliaria no esclarecimento dos verdadeiros objetivos almejados pelos negociadores e dos meios para alcançá-los sem que, em determinado momento do processo ou depois de vigente o tratado, surjam implicações não previstas.¹¹⁸

A terceira observação que pode ser feita recomenda que o processo de implementação de acordos comerciais e de investimentos dos Estados-partes determine a obrigatoriedade de especialistas em matéria ambiental independentes em todos os comitês ou agências dos Estados negociadores que possam ter uma dimensão ambiental. Tal sugestão é fruto da observação do atual sistema do TLCAN, no qual está prevista uma oferta de identificar e utilizar a opinião de especialistas. Analisando o Caso METALCLAD, restou claro que esse sistema não foi eficaz, à medida que houve consultas a especialistas quando o problema já estava configurado e os pareceres dos mesmos não contribuíram para solucionar o caso. É crítico que os tomadores de decisão sejam informados das dimensões ambientais dos tratados comerciais e de investimentos e de suas relações com o processo de gestão ambiental antes ou no momento do início da negociação desses tratados, assim como ao longo de todo o processo de entendimento, dado que é nesse período que as dimensões comerciais, ambientais e de desenvolvimento podem ser mais eficazmente equilibradas. (MANN, 2000. p. 409)

Em quarto lugar está a sugestão de que todos os atores envolvidos devem reconhecer que nenhuma situação crítica ou problema técnico justifica o fracasso político em integrar as questões ambientais aos trabalhos de desenvolvimento comercial e financeiro. Os diferentes impactos do regime de investimentos

¹¹⁷ FRIED, Jonathan. *Globalization and international law - some thoughts for citizens and States*. Queen's Law Journal. v. 23. Kingston/Ontario: 1997. p. 259.

¹¹⁸ MOLTKE, Konrad von e MANN, Howard. Misappropriation of institutions: some lessons from the environmental dimension of the NAFTA investor-State dispute settlement process. *International Environmental Agreements*. 1. v. n. 1. Dordrecht/Boston/New York/London: Kluwer, January 2001. pp. 103-123.

comparados ao regime de proteção ao meio ambiente demonstram que não se pode pretender que as normas de um possam simplesmente ser transferidas para o outro. Ao fazê-lo, arrisca-se uma grave apropriação indevida de regras e instituições relacionadas. (MOLTKE e MANN, 2001. p. 112) É preciso que ambos os temas sejam regulados do modo mais claro possível, evitando o modelo de obrigações gerais presentes nos tratados de proteção aos investimentos, caracterizado pela falta de clareza e pela imprecisão. E também que ambos os regimes, o de investimentos e o ambiental, sejam concebidos como sistemas de coordenação e não de exclusão. O impacto dos acordos comerciais e de investimentos no desenvolvimento sustentável requer que o meio ambiente seja tratado como uma questão interna desses mesmos tratados e não externa aos mesmos, contida em outros acordos separados. (MANN, 2000. p. 409)

A quinta e última observação quanto à possibilidade de aperfeiçoamento do modelo do Capítulo XI no que se refere às implicações ambientais dele decorrentes diz respeito à necessidade de equiparação das normas ambientais às normas comerciais e de investimentos no momento de sua aplicação, sem estabelecer uma ordem de importância entre as mesmas. A União Européia, tratando desse tema, estabeleceu uma igualdade constitucional entre o comércio e outros valores no contexto da expansão de suas estruturas. Sob esse processo, a Corte Européia, ao considerar qualquer assunto comercial, deve apreciar, em bases iguais, as questões ambientais pertinentes. As regras e princípios comerciais não têm prioridade automática como nos casos em que o tribunal lida apenas com questões emanadas das normas comerciais e de investimentos. No modelo europeu, as origens comerciais da união se expandiram para incluir não apenas os direitos humanos, a primeira questão social principal tratada em uma base pan-européia, mas também a quase totalidade das áreas da governança social e ambiental. As estruturas de governança européias podem não ser apropriadas para a América do Norte ou para arranjos globais mais amplos. Entretanto, a atribuição de valor constitucional para diferentes áreas, ou de mesma hierarquia logo abaixo da Constituição, é um tema crítico e essencial que deve ser considerado quando o que se almeja é a realização e a implementação de um regime comum de comércio e investimentos.¹¹⁹

¹¹⁹ WHEELER, Marina. Greening the EEC Treaty. SANDS, Philippe. (ed.) Greening International Law. *Law and Sustainable Development Series*. New York: New Press, 1994. pp. 85-99.

b. A diminuição das pressões político-diplomáticas e a aportação de segurança jurídica procedimental para as partes litigantes

Outra implicação das normas do Capítulo XI decorre da previsão do mecanismo específico de solução de controvérsias descrito na Seção B. Ao estipular exatamente o procedimento a ser seguido em caso de suposta violação de uma ou mais disposições materiais do capítulo, baseado no devido processo legal e em regras arbitrais internacionais amplamente conhecidas, um dos efeitos que se alcançou foi a despressurização político-diplomática que gera um mecanismo de solução de conflitos orientado apenas pelas relações diplomáticas e econômicas entre os países, além da aportação de segurança jurídica procedimental para investidores e Estados. O efeito esperado era que, prevendo no regime do Capítulo XI um sistema determinado para a resolução das controvérsias emanadas dos direitos estipulados no mesmo capítulo, as pressões diplomáticas e econômicas exercidas por um país sobre o outro em caso de conflito entre um investidor de um e o governo de outro, visando a resolver o problema em esferas que não a jurisdicional, diminuiriam ou até mesmo seriam extintas, dado que o investidor poderia recorrer ao mecanismo previsto no tratado para dirimir a controvérsia.

Contudo, a tese que critica este tipo de sistema que prevê a solução de controvérsias pelo meio arbitral afirma que o mesmo limita de forma pouco democrática a capacidade dos governos de tomar medidas de interesse social toda vez que podem ser compelidos ao pagamento de indenização em virtude desse mecanismo de resolução de disputas. Seria o caso de o próprio governo, pressionado pelo investidor ou pelo seu país de origem, considerar desistir da medida que julgava necessária (como uma legislação, por exemplo) para evitar a condenação ao pagamento de indenização. Mesmo depois da entrada em vigor do TLCAN, foram registrados casos em que os investidores estrangeiros que se julgaram prejudicados pelo governo receptor do investimento recorreram à pressão político-diplomática que seu governo de origem podia exercer contra as medidas que afetavam os interesses de seus nacionais. A intervenção ativa por parte dos governos no auxílio aos interesses econômicos de seus investidores não só pode acarretar efeitos negativos quanto às medidas específicas tomadas pelo Estado receptor do investimento, como também pode produzir efeitos negativos sobre os sistemas políticos como um todo.

O caso do México e dos Estados Unidos é especialmente exemplificativo porque representa a relação econômica e política mais desigual dentro da esfera do TLCAN (sem mencionar as diferenças sociais). Uma leitura cuidadosa do conjunto probatório apresentado no Caso METALCLAD mostra que a Embaixada Estadunidense no México exerceu significativa pressão sobre o governo desse país em distintos níveis para resolver o conflito antes de iniciado o procedimento arbitral. E esse é um argumento relevante: a pressão político-diplomática que pode ser mais intensamente exercida, vigente o regime do Capítulo XI, aconteceria em um período anterior ao início da arbitragem internacional, comprovando que o sistema de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros instituído pelo TLCAN atinge essa finalidade de gerar uma despressurização político-diplomática do processo de solução de controvérsias entre as partes.

Ao Estado que sofreria esse tipo de pressão caberia, em termos simplificados, optar entre afetar a relação bilateral geral mantida com o país que exerce a pressão, mantendo a medida contestada, ou modificá-la de certa forma, cedendo à pressão e provavelmente evitando o início do procedimento arbitral. Mantendo a medida, provavelmente teria que enfrentar a demanda do investidor ante um tribunal arbitral constituído sob as regras do Capítulo XI, podendo a defesa da propriedade da instituição da medida resultar exitosa e o Estado não ser condenado a indenizar o investidor. Evidente que a segunda opção acarretaria danos ao sistema político nacional e à credibilidade governamental, podendo também afetar o sistema legislativo dependendo do caso. É justamente por isso que surgem as críticas ao sistema.

Entretanto, com ou sem o regime do Capítulo XI, não há garantia de que as pressões político-diplomáticas não seriam exercidas, motivo pelo qual não se pode atribuir exclusivamente a tal sistema de solução de controvérsias uma diminuição anti-democrática da autonomia dos Estados para adotar políticas sociais e de proteção ambiental, eis que o exercício de pressão, tanto na esfera econômica quanto na diplomática, por parte dos governos de origem dos investidores que se sentem prejudicados por alguma política pública do Estado receptor do investimento independe do regime do Capítulo XI e pode se configurar, hipoteticamente, em qualquer região do mundo. Aliás, os Estados-membros do TLCAN soberanamente negociaram e firmaram o TLCAN, aderindo ao regime de investimentos com conhecimento de causa. Da mesma maneira, mesmo que sofram pressões

internacionais para modificar suas políticas em benefício de investidores estrangeiros, trata-se de Estados nacionais soberanos com autonomia de decidir, legislar e aplicar a lei em seu território, não devendo ser subestimados como se o exercício de pressões fosse um instrumento raro no meio internacional.

Ademais, vigente o sistema desse capítulo, tais pressões ficam mais restritas ao período anterior ao início do procedimento arbitral, dado que o sistema de solução de controvérsias instituído pelo Capítulo XI é sólido e constituído por regras escritas e específicas, facilitando a resolução dos conflitos sobre investimentos amparados pelo capítulo da forma mais consistente com o devido processo legal no contexto internacional à medida que equilibra por meio de um tribunal de direito uma relação desigual nos planos político e econômico internacionais

c. O caráter secreto dos procedimentos arbitrais

Sobre a transparência dos procedimentos arbitrais, surgiram críticas, sobretudo na opinião pública por meio da mídia impressa, ao procedimento de solução de disputas em matéria de investimentos do TLCAN, afirmando que as demandas entabladas até o presente momento teriam sido conduzidas de modo secreto e pouco transparente. Um exemplo dessa concepção a respeito do tema foi publicado pelo jornal estadunidense The New York Times:

Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors under the North American Free Trade Agreement.¹²⁰

Esse tipo de crítica, geralmente feito por ambientalistas, grupos de proteção aos consumidores e organizações contrárias ao livre comércio, refere-se ao fato de que os painéis arbitrais podem decidir a portas fechadas, sem a participação, exame ou críticas da opinião pública. Sem embargo, nenhuma parte do desenho institucional do sistema de arbitragem sobre investimentos prevê que assim seja, de

¹²⁰ DePALMA, Anthony. NAFTA's powerful little secret. New York: The New York Times, 11 de março de 2001. seção 3, col. 1, p. 1. Também disponível a partir de <<http://www.mindfully.org/WTO/NAFTA-Powerful-Secret.htm>>. Acesso em 12 mai. 2004.

modo que não há dispositivo expresso sobre a participação popular, a intervenção de terceiros ou a obrigatoriedade de se conferir publicidade a alguns ou todos os atos do procedimento.

O tema da confidencialidade foi analisado pelo painel arbitral do Caso METALCLAD, o qual determinou que não havia nada nem no TLCAN nem nas Regras do Mecanismo Complementar do CIADI que impedissem as partes contendentes de litigar de maneira pública ou prover informações de acordo com a legislação em matéria de valores ou outro tipo de normas legais de cada Estado parte do tratado. Como ressaltou o tribunal, a única restrição se referia à publicação das minutas dos processos do tribunal, requisito mínimo e razoável que pretende conceder as condições apropriadas para a boa condução do procedimento arbitral.

A Seção B do Capítulo XI estabelece, como já aboradado no presente trabalho, os mecanismos arbitrais do CIADI e da UNCITRAL para regerem as demandas sobre investimentos no âmbito do TLCAN.

De acordo com o atual procedimento do CIADI (tanto do Regulamento como do Mecanismo Complementar, que seguem basicamente o mesmo trâmite), o andamento dos casos se mantém em segredo, não se confere publicidade às manifestações das partes e tanto as audiências como as deliberações do painel arbitral, via de regra, celebram-se em ambiente privado, sem publicação posterior. Contudo, não há previsão expressa de obrigatoriedade de sigilo para o procedimento, assim como não há obrigatoriedade de concessão de publicidade. O que se exige é o mútuo consentimento das partes para a publicação do laudo arbitral, mas, acabava ocorrendo, nesses termos, de fragmentos das decisões do CIADI serem publicados por via indireta.

Em um documento de 2004, elaborado por Roberto Dañino, atual secretário geral do CIADI, sob o título "Possíveis melhoras da estrutura para a arbitragem do CIADI", a própria entidade formulou uma série de propostas tendentes a brindar uma maior transparência e eficácia a seus procedimentos de resolução de conflitos. Atualmente, há a possibilidade de que os laudos se tornem públicos mediante o consentimento de ambas as partes na demanda. O novo documento recomenda que, como as partes demoram a conceder sua autorização, a publicação imediata de extratos de suas decisões seja obrigatória para o CIADI. O mesmo documento considera conveniente admitir a participação de terceiros que aportem elementos para a melhor resolução dos casos e dispensar a autorização das partes para

permitir o acesso de terceiros ao procedimento, a critério do tribunal, desde que previamente ouvidas as partes, os terceiros interessados nas informações e o secretário geral.¹²¹

Já as regras arbitrais da UNCITRAL expressamente preveem a obrigatoriedade de as audiências serem conduzidas em sigilo, a menos que as partes acordem de modo diverso (art. 24.4), aplicando-se o mesmo aos documentos arbitrais. Esse artigo confere ainda mais segurança. Se no procedimento do CIADI as partes não eram obrigadas a conceder publicidade à arbitragem, no procedimento da UNCITRAL as partes devem manter o sigilo, facultado acordo em contrário.¹²²

Uma questão importante a ser destacada diz respeito ao fato de tais procedimentos arbitrais, por força do disposto no Capítulo XI pela vontade dos Estados membros do bloco, envolverem não só interesses privados, como a maioria das arbitragens internacionais no campo comercial, mas também interesses públicos, à medida que Estados também são partes nas demandas. Daí emana a crítica segundo a qual o procedimento arbitral deveria ser transparente e passível de fiscalização, por órgãos governamentais dos países envolvidos na disputa, pelo sistema judicial do governo demandado, por organizações não-governamentais ou "pela opinião pública", por meio da publicação de todos os atos do procedimento nos países membros tão logo os mesmos sejam praticados.

Apesar de tal preocupação com a abertura do procedimento ser legítima, as sugestões registradas desvirtuariam o escopo do mecanismo de solução de controvérsias proposto pelo Capítulo XI, eis que um de seus principais objetivos é retirar do alcance dos poderes judiciários nacionais a análise e o julgamento dos conflitos emanados das relações entre investidores estrangeiros e Estados receptores. Se algum tipo de fiscalização *a posteriori*, por órgãos nacionais ou pelos poderes judiciários, fosse admitida, depois de finda a atividade do painel arbitral, descaracterizada estaria a arbitragem.

Outros problemas surgiriam se organizações não-governamentais pudessem monitorar a atividade do tribunal arbitral durante os trabalhos, como por exemplo, a tumultuação da arbitragem e a excessiva demora na tomada da decisão final,

¹²¹ CANGUEIRO, Fabián. Cambios en el arbitraje. *Revista Fortuna*. ano II. n. 79. Buenos Aires: Perfil, 16 dez. 2004. Disponível a partir de <http://www0.fortuna.uol.com.ar/edicion_0079/sociedad/nota_02.htm>. Acesso em 12 fev. 2005.

¹²² WEILER, Todd. Trade Ministers say the darndest things. *Naftaclaims*. 2001. Disponível a partir de <<http://www.naftaclaims.com/Papers/Newsletter%20Commentary.pdf>>. Acesso em 12 fev. 2005.

contrariando um dos objetivos da arbitragem que é o da celeridade. Seria o caso de os interessados nos casos, que não o demandante, recorrerem a seus governos e usar esse meio, de que já dispõem, para obter informações ou tentar exercer algum tipo de influencia e não participar diretamente da arbitragem. Já a publicação imediata de todo e qualquer ato praticado no procedimento arbitral, sem critérios de distinção, poderia revelar informações privilegiadas ou sigilosas, próprias das atividades dos investidores, ou segredos de Estados, no caso dos governos, acarretando injustificáveis danos às partes. Também poderiam causar prejuízos às estratégias das partes, antecipando informações, argumentos e evidências de uma à outra, fora dos prazos concedidos pelo tribunal. E esses são apenas alguns exemplos do que poderia acontecer.

No caso da concessão de publicidade aos documentos produzidos o utilizados no procedimento arbitral, haveria a possibilidade de fazer uso das legislações sobre acesso público às informações dos Estados Unidos e Canadá, mas o México não possui lei semelhante. Nos Estados Unidos, sempre que o governo for demandado em alguma causa, o país é obrigado a liberar os documentos solicitados pelos cidadãos por meio de pedidos denominados "Freedom of Information Requests". Seria o caso de permanentemente solicitar a liberação dos documentos, o que é feito em alguns casos por advogados e publicado pelos mesmos em alguns sítios da Rede Mundial de Computadores. Procedimento semelhante é previsto na legislação canadense. (DePALMA, 2001. p 1)

Oficiais que supervisionam os mecanismos arbitrais afirmaram entender as preocupações com a publicidade dos atos e os interesses públicos, mas enfatizaram que qualquer medida que abrisse os procedimentos minaria a promessa de confidencialidade que os investidores consideram essencial, o que prejudicaria o principal propósito dos mecanismos de arbitragem: fomentar o desenvolvimento comercial. Sobre o objetivo geral do Capítulo XI de atrair investidores estrangeiros e o caráter confidencial característico das arbitragens, que são por natureza um tipo de justiça privada, o então vice-presidente do Banco Mundial e secretário geral do CIADI, Ko-Yung Tung, declarou:

The whole thing here was to have a mechanism to give a base level of comfort to foreign investors. [...] Forcing more disclosure could drive corporations away from the established dispute-resolution process. [...] If increased foreign investment is the prime goal in this, then making public

these proceedings may be less important than protecting investors. (DePALMA, 2001. p. 1)

Assim, a preocupação com a transparência dos procedimentos arbitrais, especialmente por envolver interesses públicos, visto que os Estados figuram como parte demandada, é legítima e justificada, mas não pode ultrapassar os limites daquilo que foi estabelecido pelos próprios países signatários do tratado quando livremente decidiram se obrigar na esfera internacional, embora a opinião majoritária creia que os negociadores não previram os efeitos políticos e sociais da aplicação de um mecanismo privado de solução de disputas.

These off-the-shelf mechanisms adopted by NAFTA have commonly been used to resolve private disputes between corporations, and are thus **intended to provide a great degree of confidentiality**. Both critics and proponents agree that the **provisions run headlong into demands for openness and accountability when public issues are involved**. 'The fact that the drafters of NAFTA chose this secretive process to resolve these disputes is further evidence that **they weren't foreseeing matters of broad social concern coming before these panels**', said Martin Wagner, director of international programs for the Earthjustice Legal Defense Fund, an environmental group in San Francisco. [grifei] (DePALMA, 2001. p. 1)

De qualquer maneira, o importante é reconhecer que as críticas relativas à falta de transparência nos procedimentos arbitrais e de acesso às informações neles contidas efetivamente produziram uma reação por parte dos governos dos Estados-membros do TLCAN, os quais emitiram, como já mencionado, uma nota interpretativa abordando diretamente essa questão e também sobre o modo em que o art. 1105 (garantia de um nível mínimo de tratamento conforme as regras internacionais) deveria ser interpretado para o benefício de todos os painéis arbitrais. De acordo com a nota firmada pelos três ministros do comércio em 31 de julho de 2001, reunidos como a Comissão de Livre Comércio do TLCAN, nada nas regras arbitrais contidas na Seção B do Capítulo XI impõe um dever geral de confidencialidade ou impede os países membros de fornecer acesso público aos documentos. Entretanto, a mesma nota esclarece que as limitações estabelecidas nos procedimentos arbitrais escolhidos pelas partes do TLCAN ao negociar o tratado devem ser aplicadas. Ou seja, as normas sobre publicidade dos procedimentos do CIADI e da UNCITRAL deverão ser aplicadas. (WEILER, 2001).

Assim, até o presente momento, permanecem na opinião pública as manifestações no sentido de aumentar a transparência dos procedimentos arbitrais

em nome do interesse público, representado pela presença dos Estados como partes demandadas, ao mesmo tempo em que a iniciativa privada é contra a publicidade do procedimento, em nome da proteção de seus negócios, da celeridade na resolução dos conflitos e da manutenção da imparcialidade dos árbitros, o que acreditam seria afetado se os casos se tornassem totalmente públicos, dadas as manifestações populares e da imprensa que geralmente acompanham grandes demandas internacionais.

Os Estados, mesmo já reconhecendo os efeitos que o caráter secreto dos procedimentos pode acarretar em áreas políticas e sociais, ainda não se manifestaram de forma contundente e talvez nem o façam: uma alteração substancial dessa situação só poderia ser feita por meio de emendas ao texto do tratado e não via notas interpretativas, o que implicaria uma renegociação do TLCAN. Ademais, há que se considerar que o atual sistema serve ao escopo principal do Capítulo XI: atrair investidores estrangeiros, objetivo primordial para o México, e assegurar um regime de segurança jurídica e garantia de proteção aos investimentos feitos em outros Estados membros, meta do Canadá e dos Estados Unidos para proteger seus negócios principalmente no México.

d. A amplitude excessiva na interpretação das normas

Outra implicação que se pode perceber a partir da aplicação do regime de solução de controvérsias do Capítulo XI se refere às normas materiais do mesmo capítulo, algumas das quais são interpretadas de maneira muito ampla, tanto por empresas quanto por certos painéis arbitrais. Supostamente, essas interpretações vão além do sentido real da norma e acabam concedendo aos investidores um direito ou um tratamento que os Estados-membros, ao negociar o TLCAN, nunca pretenderam lhes outorgar, o que desequilibra mais ainda a relação Estado-investidor sob as regras do TLCAN à medida que aos governos são impostos deveres e obrigações e aos investidores direitos e remédios generosos, aos quais se conferem interpretações cada vez mais amplas. E isso porque os direitos contidos na Seção A não são especificamente delimitados, deixando vasta margem à interpretação.

Argumenta-se que a intenção por trás do mecanismo de resolução de disputas do Capítulo XI é proteger os particulares dos países do bloco contra uma ação arbitrária e discriminatória por parte de um dos governos dos mesmos países. Entretanto, pelo regime do capítulo, fica ao arbítrio das partes iniciarem as demandas arbitrais e decidir quais dispositivos indicarão como supostamente violados, à medida que as empresas ou indivíduos originários de um país membro do TLCAN que investem em outro Estado parte podem apresentar uma demanda contra o governo do país anfitrião *se consideram* que um ou mais de seus direitos foram violados, de acordo com o regime de investimentos do tratado.¹²³

A controvérsia e a razão dos debates em vários foros reside no fato de o Capítulo XI não oferecer uma relação clara das causas pelas quais se possa iniciar uma demanda. Ou seja, os direitos dos investidores estão previstos na Seção A, mas não de forma taxativa, em um rol exaustivo. Ao contrário. As expressões contidas nos artigos são genéricas e dependem de interpretação para que possam ser aplicadas. E os problemas surgem quando quem interpreta tais normas são os investidores, no momento de iniciar a demanda, os Estados, ao apresentarem suas defesas, e, principalmente, os painéis arbitrais, que não mantêm uma uniformidade nas interpretações por serem tribunais *ad hoc*, o que aumenta a controvérsia sobre qual a melhor e mais fiel interpretação a ser concedida a determinado dispositivo.

É verdade que as interpretações dos direitos conferidos pela Seção A são feitas de acordo com o objetivo geral do tratado, de formar uma área de livre comércio, e também do capítulo, de liberalizar o regime de investimentos, atraindo mais investidores para seus territórios e permitindo maior fluxo de investimentos diretos intrabloco. Inclusive alguns artigos do próprio Capítulo XI indicam as diretrizes a serem seguidas, dando forma ao regime de investimentos como um todo. É o caso, por exemplo, da garantia do tratamento nacional (art. 1102), da aplicação da cláusula da nação mais favorecida (art. 1103) e da proibição de imposição de requisitos de desempenho (art. 1106). Todavia, em alguns casos, é preciso mais que a alegada intenção dos negociadores ou o espírito geral do regime de investimentos.

Especificamente, trata-se dos artigos 1105 e 1110, referentes ao nível mínimo de tratamento e à regulamentação da expropriação, respectivamente, que constituem os mais questionados até então quanto ao significado exato de termos

¹²³ Rugman, Alan M., John Kirton and Julie A. Soloway. *Environmental regulations and corporate strategy: A NAFTA perspective*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

neles contidos. O que seguramente se pode afirmar é que algumas disposições são muito problemáticas, dado o seu carácter de alta indeterminação, e suas aplicações práticas demonstraram discrepâncias e dificuldades para painéis arbitrais e até empresas no momento de interpretar seus significados.

No caso do art. 1110, citado em trinta e um dos trinta e nove casos de demandas arbitrais sob o mecanismo do Capítulo XI de que se tem conhecimento, as discussões se dão em torno do termo "medida equivalente à expropriação". Os investidores que entendem estar sendo ou haver sido prejudicados evocam tal artigo, argumentando que o governo receptor do investimento cometeu atos equiparáveis à expropriação. A temeridade de uma expressão tão imprecisa reside em que, nesse caso, a simples perda de uma oportunidade de lucro sobre os investimentos pode configurar um tipo de prejuízo suficiente para justificar o direito à indenização do investidor, sendo considerada como uma medida equivalente à expropriação, definição que abrange potencialmente todo tipo de medidas fiscais, regulamentações ambientais, leis trabalhistas e códigos de defesa do consumidor - na verdade, praticamente qualquer política ou ato governamental.

O fato de o Capítulo XI não oferecer uma definição explícita de quais são os atos equivalentes aos atos expropriatórios acarreta um verdadeiro dilema, dado que, assim, deixa-se uma margem de ação muito ampla aos investidores intrabloco que desejem impugnar as normas ou políticas do governo anfitrião que consideram violatórias de seus direitos, mas que muitas vezes são necessárias à proteção de áreas fundamentais para tal país como o meio ambiente, a saúde da população, a política de empregos, a segurança nacional, dentre tantas outras. Volta-se à questão já discutida da liberdade do Estado de legislar e fazer valer sua legislação dentro de seu território, dispondo do monopólio de jurisdição e do poder de polícia, em contraponto às liberdades - direitos e remédios jurisdicionais - soberanamente concedidas aos investidores estrangeiros por meio do tratado internacional que constitui a Área de Livre Comércio da América do Norte.

Outra crítica ao art. 1110, complementando o descontentamento com a falta de uma lista definindo os atos equiparáveis à expropriação, refere-se à definição do instituto e de seus tipos, conforme a classificação da doutrina especializada no tema. Como é consabido, a expropriação é uma figura jurídica que consiste em desapossar alguém de sua propriedade, segundo as formas legais e mediante justa indenização. Uma ação ou uma série de ações levadas a cabo por um dos Estados

partes não pode constituir uma expropriação, salvo se interferir com um direito de propriedade ou com o interesse de propriedade de um investimento, tangível ou intangível. De acordo com a doutrina, há dois tipos de expropriação: a direta e a indireta.

A expropriação direta se dá quando um investimento é nacionalizado ou expropriado diretamente de alguma outra maneira, mediante a transferência formal de sua titularidade ou por confisco. Já a expropriação indireta está caracterizada quando uma ação ou uma série de ações de um Estado parte tem um efeito equivalente à expropriação direta, sem que exista a transferência formal da titularidade ou o confisco. Estes são os dois tipos de expropriação, classificação que abarca todos os atos de natureza expropriatória e na qual não cabe uma terceira categoria, ou seja, a categoria pretendida pelo art. 1110 e não reconhecida pela doutrina das "medidas equivalentes à expropriação", dado que qualquer ato que pudesse legitimamente se encaixar nessa suposta categoria, seria, por essência, um ato de expropriação indireta. Ou seja: os atos ou são expropriatórios ou não e, nesse caso, não são passíveis de indenização. Se equivalentes a uma expropriação, é porque, em sua essência, são tão expropriatórios como qualquer ato da mesma natureza. Por tal razão, o art. 1110 não deveria fazer menção a essa terceira categoria, que na verdade inexistiria, devendo apenas referir-se à expropriação direta e indireta, o que já cobriria as opções possíveis e diminuiria a margem de interpretação de empresas e tribunais quanto a incluir na previsão desse artigo o entendimento de que quaisquer políticas públicas de proteção a áreas essenciais constituem expropriação.

O Caso *METALCLAD* também está entre as demandas que ventilaram o art. 1110 e sua expressão polêmica. O laudo arbitral do caso estabelece, como visto, que a negação da licença municipal de construção, por supostas considerações de ordem ambiental e de saúde pública, constituiu uma medida equivalente à expropriação. Entretanto, a sentença do recurso interposto junto à Suprema Corte de Colúmbia Britânica desconsiderou essa parte do laudo, anulando-a e mantendo a condenação do governo mexicano apenas quanto à expropriação indireta que o painel arbitral entendeu haver-se configurado quando da expedição do decreto ambiental que criou a Área de Proteção Ambiental real de Guadalcázar.

Ao interpretar as disposições relativas a expropriação do art. 1110, o painel arbitral do caso deu uma noção sobre a amplitude das atividades que podem ser

abrigadas nesse artigo, referindo-se tanto ao critério das autoridades que as realizem quanto à forma de que se revistam. O tribunal interpreta que o governo federal é responsável pelos atos que realizem as demais esferas governamentais, mesmo fora de suas competências (nesse caso, a negativa de concessão da permissão de construção), e, sobre os atos expropriatórios, define textualmente que:

[...] la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.¹²⁴

O anterior é o mais próximo a uma definição de expropriação nos termos de interpretação do art. 1110. Mesmo assim, não deixa de ser bastante ampla e preocupa que a mesma seja utilizada de modo arbitrário pelos painéis arbitrais, como uma espécie de referência.

Dada la **amplitud y ambigüedad de los conceptos plasmados en el TLCAN**, la **interpretación dada por los tribunales arbitrales** es una **herramienta imprescindible** para la **definición y alcance del Capítulo XI** del TLCAN. Además, el creciente número de casos que se han presentado bajo tales reglas ayudará mucho más en dicha labor. [...] Si el Caso *Metalclad* resulta ser un referente y no la excepción, [México] puede encontrarse en no muy buenas condiciones para hacer frente a dichas obligaciones convencionales. [grifei] ¹²⁵

Note-se que, apesar do escopo do dispositivo sobre expropriações de impedir estatizações, o que decorria do medo de instabilidade no México devido à estatização de refinarias de petróleo estrangeiras em 1938, desde que entrou em vigor, o capítulo sobre investimentos nunca foi utilizado para casos de estatizações, mas, principalmente, para casos de ameaças a lucros futuros (como no Caso *METALCLAD*, em que a indenização reclamada foi na casa dos US\$ 90.000.000,00 e a concedida ficou em US\$ 16.000.000,00), à reputação da empresa e ao valor das ações, normalmente em empreendimentos que punham em risco o meio ambiente ou a saúde das pessoas. Atribui-se o texto final do art. 1110, principalmente, mas

¹²⁴ Laudo Arbitral, p. 30.

¹²⁵ RÁBAGO DORBECKER, Miguel. La interpretación del Capítulo XI del TLCAN: la práctica por parte de los tribunales arbitrales en los que ha participado México. *Crónica Jurídica. The University Journal*. II v. n. I. Ciudad de México: Universidad Anáhuac del Sur, primavera de 2002. p. 13.

também outros detalhes do regime instituído pelo Capítulo XI, à política de grupos empresariais conservadores que há anos vêm difundindo, nos meios jurídicos e políticos dos Estados Unidos, a idéia de ampliar a noção de expropriação (entendida como a desapropriação estatal simples, em que o investidor é privado de sua propriedade para que o Estado construa uma estrada, por exemplo) para incluir o que chamam de “expropriação regulatória”, que incluiria no rol de atos expropriatórios e, logo, passíveis de indenização, leis que de maneira indireta têm impacto sobre a propriedade ou o valor da propriedade, como leis ambientais.

Para resolver a polêmica sobre a ampla interpretação do termo "medidas equivalentes à expropriação", o art. 1110 necessitaria de um parágrafo esclarecendo: a) que a determinação de se uma ação ou série de ações de um governo, em uma situação real específica, constitui uma expropriação indireta requer uma averiguação casuística, baseada em fatos nos quais se considere, dentre outros fatores, o impacto econômico da ação governamental, embora o fato de uma ação ou série de ações desse governo ter um efeito negativo sobre o valor econômico de um investimento não determinar, por si só, a ocorrência de uma expropriação indireta; b) até que ponto a ação governamental interfere com as expectativas definidas, razoáveis e respaldadas por um investimento; e c) o caráter da ação governamental. Também deveria conter um parágrafo expressando que, salvo em circunstâncias excepcionais, tais como quando uma medida é tão grave à luz de seu propósito que não pode ser vista razoavelmente como tendo sido adotada e aplicada de boa fé, as ações regulatórias não-discriminatórias de um Estado parte encaminhadas e aplicadas com a finalidade de proteger objetivos de bem-estar público legítimos, como a saúde, a segurança e o meio ambiente, não constituiriam expropriações indiretas.

Entretanto, novamente seria necessário regressar à mesa de negociações e emendar o Tratado, mas não se sabe se, apesar das discussões doutrinárias e manifestações da mídia e de grupos organizados da sociedade civil dos três países, principalmente do Canadá, é de real interesse da unanimidade dos Estados membros do TLCAN esclarecer a fundo o que a crítica considera imprecisões do art. 1110.

Quanto ao art. 1105, o outro dispositivo muito criticado pela falta de rigor técnico do primeiro de seus três parágrafos, trata-se de uma polêmica em torno do que seria, exatamente, quanto ao estandar mínimo de trato, um tratamento

"conforme o direito internacional, incluído trato justo e eqüitativo". O objetivo da expressão, no regime de investimentos do TLCAN e do regime de investimentos internacional, é que seja concedido ao investidor um tratamento conforme os padrões mínimos do direito internacional consuetudinário. Por não incluir a palavra "consuetudinário" em seu texto, o art. 1105 acabou dando margem a interpretações ampliativas. A outra questão, não exclusiva das demandas oriundas do TLCAN, é determinar o que faz parte do direito internacional consuetudinário. Mas essa tarefa é menos controversa, já que existe vasta jurisprudência internacional e poucas são as normas reconhecidas como costume pela comunidade internacional.

Citado em trinta e três das demandas que vieram a público até janeiro de 2005, o art. 1105, especificamente sua primeira parte, recebeu interpretações que também foram consideradas demasiado abrangentes, principalmente pelos governos dos países membros do bloco, os quais se queixaram de que as empresas investidoras estavam interpretando a expressão de modo a se beneficiar de um nível mínimo de tratamento que os Estados nunca pretenderam conceder, aumentando as obrigações dos governos para incluir deveres supostamente não incluídos no art. 1105.

Um dos pontos centrais em que se concentrou o Laudo *METALCLAD* foi também o estandar mínimo de trato previsto no art. 1105. O painel arbitral chegou à conclusão, baseando-se no tratado e no direito internacional consuetudinário (art. 1131.1), que o México havia violado a garantia de transparência consagrada em tais fontes. Isso se devia a que funcionários federais haviam assegurado à *METALCLAD*, antes de adquirir a empresa *COTERIN* com o fim de operar o depósito de detritos perigosos, que a mesma contava com as autorizações necessárias para operar o confinamento e que não precisava de uma permissão municipal específica para construção. A ausência dessa permissão, como amplamente abordado, foi a razão pela qual se suspenderam as obras do depósito e o fato que originou a demanda arbitral. Por tanto, a violação do art. 1105, segundo o tribunal, veio da aplicação do princípio da transparência, que foi violado pelas autoridades mexicanas ao não esclarecer que a autorização de construção era necessária e, assim, confundir a empresa investidora *METALCLAD*. (RÁBAGO DORBECKER, 2002. p. 11)

Tal interpretação dada ao art. 1105 pelo tribunal do Caso *METALCALD* ampliou o nível mínimo de tratamento, à medida que aumentou equivocadamente a extensão desse instituto para incluir obrigações de transparência que não estão

amplamente reconhecidas como parte do direito internacional consuetudinário. Contudo, o entendimento não foi aceito na sentença do recurso de anulação interposto ante a Suprema Corte de Colúmbia Britânica, sob o argumento de que criava obrigações de transparência baseando-se supostamente no direito internacional consuetudinário.

La anulación parcial de dicho laudo se basó, entre otras cosas, en la **errónea extensión de estándar mínimo** hasta incluir obligaciones de transparencia que **no se ha probado que formen parte del Derecho internacional consuetudinário**. Por tanto **aquí se pone límite a la interpretación indiscriminada de dicho estándar, tendencia que parecía perfilarse como modelo en el laudo *Metalclad*, si no fuese por la anulación parcial de dicho laudo.** [grifei] (RÁBAGO DORBECKER, 2002. p. 12)

Por todo o anterior, os governos dos Estados membros, na mesma Nota Interpretativa sobre a transparência do procedimento arbitral do Capítulo XI, de 31 de julho de 2001, intitulada "*Clarificaciones de la Comisión de Libre Comercio en relación con el Capítulo XI del TLCAN*", viram a necessidade de dar resposta a esse tema do art. 1105.1. De acordo com os esclarecimentos emitidos pelos três ministros do comércio, o parágrafo primeiro do art. 1105 não exige um nível de trato adicional ou superior ao nível mínimo de trato a estrangeiros que estipula o direito *consuetudinário* internacional. A nota também elucida que o fato de que se determine que houve uma infração de outra cláusula do TLCAN ou de outro acordo internacional não implica que se tenha infringido o art. 1105.1.

O propósito da Comissão de Livre Comércio, com a emissão de tal nota interpretativa, foi, mediante o emprego do termo "consuetudinário", não constante do parágrafo primeiro do art. 1105, especificar que o nível mínimo de trato se refere tão só a normas claramente determinadas do direito internacional costumeiro e também que se excluem do âmbito desse dispositivo as obrigações contidas em outros acordos internacionais. Todavia, não se pode olvidar que a nota interpretativa não tem poder de emendar o texto do tratado e por isso não altera seu texto, de modo que serve como um guia para futuras interpretações e, conforme o entendimento majoritário, seu conteúdo não vincula os painéis arbitrais. E, mesmo que um painel arbitral determine que a interpretação da CLC sobre o art. 1105.1 deve ser obedecida (por força do art. 1131.2), as "alterações" podem não ter sido suficientes para produzir os efeitos de realmente solucionar os problemas suscitados. (WEILER, 2001.)

O governo canadense, principalmente, e organizações de proteção ao meio ambiente e aos direitos individuais e coletivos intrabloco pretendiam que a nota interpretativa da Comissão de Livre Comércio delimitasse com mais precisão o conceito de expropriação e de medida equivalente à expropriação, acrescentando ao texto do Capítulo XI o necessário para que os governos tivessem mais liberdade para instituir novas regras sobre políticas públicas sem o temor de demandas por parte de investidores estrangeiros sob o amparo do regime de investimentos do tratado. Entretanto, a nota se limita a afirmar que os governos instruíram um grupo de especialistas para que continue examinando a implementação e o funcionamento do Capítulo XI e para que formule recomendações quando julgue apropriado.

A nota interpretativa, assim, resultou insuficiente em seu propósito de atenuar as preocupações planteadas pelo governo do Canadá (e eventualmente pelo do México) e por organizações da sociedade civil e, mais de três anos depois de sua emissão, constata-se que não houve impacto significativo em torno ao modo como operam os tribunais arbitrais, eis que estes operam de acordo com os procedimentos do CIADI ou da UNCITRAL, e que o art. 1105 continuou a ser invocado pelos demandantes. Para saber se a interpretação dada pelos tribunais ao dispositivo 1105.1 passou a ser mais restritiva, seria necessário um estudo comparativo entre todos os casos em que o artigo serviu de base para as demandas.

e. As demandas por indenizações elevadas

Também está presente nas implicações do regime de investimentos instituído pelo TLCAN a preocupação com as altas somas envolvidas nas demandas arbitrais sob o manto do Capítulo XI. Contudo, uma afirmação nesse sentido deve ser feita com cautela e considerando as circunstâncias e particularidades instituídas pelos Estados partes no regime de investimentos criado para o TLCAN.

De fato, os danos reclamados pelas empresas investidoras compreendem, em termos absolutos, valores muito elevados, como demonstra o Caso *METALCLAD*, no qual a demandante reclamou um montante na casa dos US\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de dólares estadunidenses), e também outras demandas sobre investimentos (vide Anexo B). Mas há que se considerar que os valores elevados dos danos demandados decorre da inclusão, no pedido, dos lucros

cessantes do investidor, ou seja, da expectativa de ganho futuro que ainda não ocorreu e que poderia ter acontecido se o investimento não tivesse sido inviabilizado ou não tivesse sua capacidade reduzida. Assim, o valor efetivo das condenações, em havendo, é substancialmente mais reduzido, como também se pode ver no caso em estudo, em que o valor final ficou em pouco mais de US\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de dólares) ou cerca de 17,8% (dezessete vírgula oito por cento) do valor originalmente pedido pela empresa.

Também há que se levar em conta que os valores demandados, mesmo incluindo os lucros cessantes, não são exorbitantes em termos relativos. Comparando-se o montante demandado pelos investidores intrabloco contra um determinado país com o fluxo de investimentos estrangeiros recebido pelo mesmo país em um determinado período, percebe-se que os valores reclamados são muito inferiores ao total de IED recebida, podendo-se concluir que representam uma porcentagem pequena. Ademais, o risco de se submeter a uma arbitragem internacional e ao regime de proteção aos investimentos do Capítulo XI, e ver-se condenado a pagar o valor da indenização fixada pelo painel arbitral, foi assumido e desejado pelos Estados membros do TLCAN ao firmarem o tratado.

Para ilustrar, novamente pode-se usar o Caso *METALCLAD*. Tomando-se como período de referência o ano de 2001, no qual foi julgado o recurso de revisão perante a Suprema Corte Canadense de Colúmbia Britânica e, portanto, efetivou-se o pagamento por parte do governo mexicano à empresa demandante, é preciso verificar os fluxos de IED para o México nesse intervalo de tempo. Em 2001, o montante total de IED que ingressou no México foi de US\$ 27.549.601.400,00 (vinte e sete bilhões quinhentos e quarenta e nove milhões seiscentos e um mil e quatrocentos dólares estadunidenses), ao passo que o total de IED originário dos Estados Unidos foi de US\$ 21.250.860.000,00 (vinte e um bilhões duzentos e cinquenta milhões oitocentos e sessenta mil dólares estadunidenses). Considerando-se que o valor da demandado era US\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de dólares estadunidenses), esta soma correspondia a 0,0032% (trinta e dois milionésimos por cento) do total de IED recebido pelo México no ano e 0,0042% (quarenta e dois milionésimos por cento) do total de IED recebido pelo México dos Estados Unidos, país de origem da empresa. Registre-se que, desde o início da vigência do TLCAN até janeiro de 2005, só se tem conhecimento de duas demandas arbitrais condenando o México sob o Capítulo XI e que, em setembro de 2004,

16.755 (dezesseis mil setecentas e cinqüenta e cinco) empresas estadounidenses operavam no México, das quais somente 15 (quinze) haviam submetido reclamações sob o regime de proteção aos investimentos, estando 5 (cinco) dessas demandas já finalizadas (vide Anexo B).¹²⁶

Outro exemplo que se pode citar é o caso dos investimentos diretos canadenses no México. No período entre 1999 e setembro de 2004, o fluxo total de IED recebida foi de US\$ 96.568.934.300,00 (noventa e seis bilhões quinhentos e sessenta e oito milhões novecentos e trinta e quatro mil e trezentos dólares estadounidenses) e o montante de IED oriundo do Canadá foi de US\$ 3.060.267.700,00 (três bilhões sessenta milhões duzentos e sessenta e sete mil e setescentos dólares estadounidenses). No mesmo período, tem-se conhecimento de apenas uma demanda arbitral de uma, dentre as mil quatrocentas e noventa e quatro empresas canadenses atuando no México, contra o Estado mexicano (*International Thunderbird Gaming Corporation v. The Mexican States*, proposta dia 21 de março de 2002). Nessa demanda, a investidora reclama US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares estadounidenses), valor equivalente a aproximadamente 0,103% (zero vírgula cento e três por cento) do total de IED recebido pelo México no período e 3,267% (três vírgula duzentos e sessenta e sete por cento) do total de IED originário do Canadá.¹²⁷ O caso ainda pende de solução e, portanto, é possível que, em havendo condenação, o valor da indenização seja arbitrado abaixo do valor reclamado (vide Anexo B).

f. A ausência de processo de apelação e de precedentes vinculantes

O regime do Capítulo XI recebeu outras críticas, como, por exemplo, a falta de previsão de um processo tradicional de apelação e a ausência de um sistema de precedentes vinculantes a serem seguidos pelos painéis arbitrais. Entretanto, tais

¹²⁶ Mais detalhes em BORJA TAMAYO, Arturo. El TLCAN y la inversión extranjera directa: el nuevo escenario. In: BORJA, Arturo *et al.* (eds.). *Para evaluar al TLCAN*. México: ITESM-Miguel Ángel Porrúa, 2001. pp. 269-309. Sobre o mercado financeiro intrabloco, GIRÓN, Alicia, ORTIZ, Edgar e CORREA, Eugenia. (comp.) *Integración financiera y TLC: retos y perspectivas*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1995.

¹²⁷ Dados disponíveis no sítio da Rede Mundial de Computadores da *Secretaría de Economía* do México. <<http://www.economia-snci.gob.mx/ls23al.php?s=24&p=1&l=1>>. Acesso em 12 fev. 2005.

medidas são mais duas que descaracterizariam o instituto da arbitragem em sua essência.

A instituição de um procedimento recursal tradicional, submetendo os laudos arbitrais a recursos em sentido estrito, contrariaria os objetivos de celeridade e definitividade próprios da arbitragem. Submeter os laudos à revisão perante os tribunais nacionais de segundo grau seria submetê-los à jurisdição interna dos países, fugindo também à finalidade da jurisdição internacional. Após a revisão do laudo arbitral do Caso *METALCLAD* pela Suprema Corte de Colúmbia Britânica, o governo mexicano tentou submeter a sentença do juiz canadense ao procedimento recursal interno, interpondo um recurso de apelação em sentido estrito. Entretanto, veio a desistir do mesmo logo em seguida, pagando à empresa o valor confirmado pela sentença, provavelmente por saber que tal atitude retardaria o procedimento e não tinha a mínima chance de êxito, nos termos do procedimento arbitral escolhido.

Sobre o sistema de precedentes, contesta-se o fato de os painéis arbitrais não estarem vinculados entre si quando de suas decisões, já que são tribunais *ad hoc* e não permanentes, e de estarem formados por árbitros diferentes, levando ao temor de decisões e interpretações dissonantes para causas semelhantes.

Mais uma vez a crítica visa a transformar o sistema arbitral internacional em algo similar ao sistema judicial interno dos países, o que desvirtua seus objetivos e sua própria razão de ser, além de contrariar as particularidades do sistema que agradam aos investidores, que justamente evitam justiça nacional dos países. Dado que o sistema arbitral foi escolhido pelos Estados-partes como o sistema de resolução de controvérsias do regime de investimentos do tratado, apenas uma emenda poderia substituir a arbitragem internacional, mas isso iria de encontro a todos os objetivos de atração e promoção de investimentos estrangeiros, eis que o regime internacional de investimentos atual consagra a arbitragem como o principal meio de solução de litígios (haja vista a proliferação dos TBIs e o vasto número de demandas internacionais sob os mecanismos do CIADI e da UNCITRAL, por exemplo). Por tais motivos, essas críticas, que são feitas também fora dos países do TLCAN, permanecem no campo das idéias.¹²⁸

¹²⁸ Sobre o tema, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Mexico ante el centro Internacional para el arreglo de diferencias de inversión. Un comentario. *Revista de Derecho Privado*. n. 01. janeiro/abril. Ciudad de México: IJ/UNAM, 2002. pp. 85-107. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/tci/tci6.htm>>. Acesso em 01 jul. 2003. Também ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. Las características del arbitraje del CIADI. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. II vol. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,

Vistas algunas das muitas implicações específicas do Capítulo XI e analisadas as contestações a elas tecidas, ademais do regime de investimentos e do exame do Caso *METALCLAD*, faz-se viável apontar algumas considerações e conclusões sobre a efetividade do regime do capítulo e suas particularidades, levando em conta seus objetivos primários e os fins efetivamente alcançados depois de mais de uma década de vigência.¹²⁹

2002. pp. 205-229. e CALVO CARAVACA, Alfonso L. e FERNÁNDEZ De La GÁNDARA, Luis. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989. 213p.

¹²⁹ Para mais informações sobre as implicações da aplicação do regime do Capítulo XI, pode-se consultar as seguintes obras: ALVAREZ, Henri. Arbitration under the North American Free Trade Agreement. *Arbitration International*. v. 16. n. 4. London, 2000. BORJA TAMAYO, Arturo. *The new federalism, internationalization and political change in Mexico: a theoretical analysis of the Metalclad case*. Documento de Trabajo n. 59. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 2000. Do mesmo autor, *El TLCAN y la inversión extranjera directa: el nuevo escenario*. Documento de Trabajo n. 55. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 2000. CARDERO, Maria Helena. (comp.) *Qué ganamos y qué perdimos con el TLC*. 2. ed. Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 2003. CASARES, Enrique R. e SOBARZO, Horacio. (comp.) Diez años del TLCAN en México. Una perspectiva analítica. *Série Lecturas*. n. 95. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004. NOVELO URDANIVIA, Federico. Hacia la evaluación del TLC. México: Universidad Autónoma Metropolitana - Unidad Xochimilco e Miguel Ángel Porrúa, 2002. KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma. (coord.) Regulación de flujos financieros internacionales. *Série Doctrina Jurídica*. n. 34. 2. ed. México: IJ e IIE, UNAM, 2001. LEYCEGUI, Beatriz e FERNÁNDEZ DE CASTRO, Rafael. (coord.) ¿Socios naturales? Cinco años del TLCAN. México: Instituto Autónomo Tecnológico de México e Miguel Ángel Porrúa, 2000. BERNAL SAHAGÚN, Víctor M. La inversión extranjera en el TLC: la integración dentro de la integración. In: REY ROMAY, Benito. (coord.) *La integración comercial de México a Estados Unidos y Canadá. ¿Alternativa o destino?* 5. ed. Ciudad de México: IIE - UNAM e Siglo Veintiuno, 1998. También FRUTOS-PETERSON, Claudia. L'emergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine: l'efficacité de son droit. e ORREGO VICUÑA, Francisco. El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución de alternativa de controversias. Ambos publicados no *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*. vol. IV. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004. pp. 563 a 566. e 439 a 456.

CONCLUSÃO

Apesar da longa trajetória de entendimentos e desentendimentos na área econômico-comercial, Canadá, Estados Unidos e México lograram, a partir de 1992, iniciar um procedimento de negociação de um tratado internacional entre os três países para disciplinar diversos temas necessários para o melhoramento de suas relações econômicas, comerciais e financeiras, que há muito tempo vinham naturalmente se integrando em uma situação de complementariedade devido à proximidade geográfica. No intuito de regulamentar as atividades em tais áreas e buscar um crescimento ainda maior para suas economias, os três países constituíram, por meio do TLCAN, a Área de Livre Comércio da América do Norte, em vigor desde 1994, mas sem pretensões de aprofundar a integração conquistada.

Visando a atrair um maior fluxo de investimentos estrangeiros direto, como parte dos planos de incremento de suas economias e de seguir buscando o desenvolvimento, no caso do México, os três Estados-membros acordaram a implementação de um regime de investimentos nos moldes do regime internacional sobre a matéria, mas com algumas inovações, para demonstrar que poderiam garantir segurança jurídica àqueles investidores particulares intrabloco que desejassem se estabelecer em um dos países na condição de estrangeiro.

O regime, instituído no Capítulo XI do tratado, concede amplos direitos e garantias aos investidores ao mesmo tempo em que prevê um remédio jurisdicional bastante específico e atrativo aos particulares: a arbitragem internacional compulsória para os Estados receptores dos investimentos, a ser iniciada discricionariamente pelo investidor que se julgue lesado. Mantendo as características próprias da arbitragem internacional, que é uma forma de justiça privada por natureza, apesar de os litígios que podem emanar das relações entre investidores e países receptores sob esse regime envolverem não só interesses particulares (como é comum nas arbitragens internacionais entre empresas), mas também interesses públicos, à medida que também os Estados são partes nessas demandas, o regime suscitou várias controvérsias sobre o a amplitude dos direitos e garantias concedidos aos investidores e o modo como os procedimentos arbitrais deveriam ser conduzidos. Isso sem mencionar as inúmeras polêmicas sobre a mescla de interesses públicos e privados em um procedimento originalmente

desenhado para controvérsias particulares (arbitragem) e os danos que isso poderia trazer para a soberania dos Estados e sua autonomia em diversas áreas, como os poderes de legislar e tomar decisões no interesse de sua população em áreas de preocupação coletiva como o meio ambiente, a segurança nacional, a saúde pública e as políticas de emprego.

Examinadas as normas contidas no Capítulo XI e analisando um caso concreto ilustrativo como o Caso *METALCLAD*, na medida do possível, sob as óticas histórica, social, política, jurídica e jurisdicional, bem como algumas das decorrências da aplicação das normas abstratas previstas no regime de investimentos a esse caso empírico, pôde-se alcançar um certo entendimento inicial sobre a atração, a manutenção e a proteção dos investidores estrangeiros no sistema do TLCAN. Também foi possível constatar sua influência em áreas aparentemente alheias ao tema dos investimentos, como é o caso das matérias ambientais, e na população comum, eis que, no caso estudado, viu-se que mesmo em se tratando de uma matéria altamente especializada e de difícil compreensão geral, houveram mobilizações sociais sobre as disposições do Capítulo XI, as quais também promoveram debates sobre suas decorrências para a sociedade civil.

A partir de todos os tópicos abordados no presente estudo, pode-se tecer algumas considerações sobre o regime do Capítulo XI em geral, mas sempre tendo presente como pressuposto o fato de o TLCAN estar em vigor há pouco mais de onze anos, o que não representa um período longo de tempo para conclusões definitivas. Trata-se, então, de constatações assimiladas ao longo do estudo da doutrina e do caso empírico, principalmente, e também, inevitavelmente, dos conhecimentos adquiridos no material pesquisado sobre as demais demandas arbitrais apresentadas contra os Estados-membros sob o manto do Capítulo XI, embora as mesmas não façam parte dos objetivos ou do objeto do presente trabalho.

O mecanismo de arbitragem em matéria de investimentos do Capítulo XI do TLCAN não é um instrumento que sirva para proteger a totalidade do regime de investimentos do tratado, haja vista que se refere aos investimentos diretos e que outros tipos de investimentos, como os serviços financeiros, estão contemplados em outros capítulos. Seu propósito é mais modesto, embora não menos importante, a saber: resolver as disputas que surgem quando um investidor considera que o governo receptor não outorgou a seu investimento o tratamento que lhe

correspondia, em conformidade com a Seção A do Capítulo XI, e, em consequência disso, sofreu perdas ou danos.

Sobre se o mecanismo tem sido efetivo para resolver esse tipo de disputas, é possível afirmar que, em termos gerais, as evidências que se desprendem da presente análise assinalam que se trata de um mecanismo eficiente e, por tanto, efetivo para resolver as controvérsias em matéria de investimentos a ele submetidas.

Pelo estudo do Caso *METALCLAD* (e a partir dele, da comparação com os demais casos começados até janeiro de 2005), a experiência mostra que as arbitragens foram iniciadas em conformidade com o estabelecido, os painéis arbitrais foram devidamente constituídos e os procedimentos escolhidos foram seguidos, sem que as partes contendentes hajam pretendido atrasar o andamento da arbitragem ou que os Estados demandados hajam recusado se submeter a ela.

Diferentemente de outros mecanismos para a solução de controvérsias incluídos no TLCAN, a arbitragem em matéria de investimentos do Capítulo XI utiliza normas de procedimentos que já existiam antes da negociação do tratado, os quais se aplicam fora do âmbito do TLCAN e que compreendem órgãos administrativos independentes (caso do *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión* - CIADI -, que instituiu as regras arbitrais do Convênio do CIADI e do Mecanismo Complementar) ou estabelecem formas para resolver os impasses durante a administração de uma arbitragem, para que não se dependa unicamente da boa vontade das partes contendentes (caso do Regulamento da UNCITRAL). A instituição desses regulamentos de arbitragem no Capítulo XI contribuiu para a condução ágil e eficiente dos procedimentos. Também se percebe que, em virtude das normas arbitrais adotadas, as partes contam com amplas oportunidades para submeter suas objeções, impugnações, propostas e queixas, além das quatro habituais rodadas de alegações por escrito sobre temas substantivos.

O Caso *METALCLAD* comprova que o objetivo de celeridade do procedimento foi atingido, à medida que é um dos casos que mais tempo esteve *sub judice* e demorou 3,6 anos desde a apresentação da demanda até o laudo final, duração considerada razoavelmente eficiente, considerando a complexidade da matéria e o volume evidências, razões e argumentos levados aos autos.

Até o presente momento, não vieram a público informações de que algum Estado condenado tenha demorado ou se negado a pagar a indenização devida. O Caso *METALCLAD*, na verdade, prova exatamente o contrário, eis que o governo

mexicano prontamente pagou à empresa o valor devido depois de findos os procedimentos de revisão do laudo arbitral junto à Suprema Corte de Colúmbia Britânica. Daí se pode abordar outro aspecto para a conclusão pela efetividade do mecanismo: o regime de investimentos do Capítulo XI não está desenhado para modificar diretamente a política ou medida editada pelo governo do Estado receptor do investimento, a qual suscita o conflito. Em termos abstratos, é possível inclusive afirmar que o procedimento de solução de controvérsias previsto facilita o cumprimento e a execução de uma resolução estatal, dado que, para um Estado, é mais factível e mais simples pagar a indenização fixada que emendar ou revogar uma lei ou política.

Mas há que se ressaltar que o regime não foi idealizado para que as empresas o utilizassem como modo de pressão contra os Estados para atacar medidas de interesse público ou até para obterem uma indenização satisfatória quando investir em dado país já não lhes interessasse mais, demandando o Estado sob a alegação que determinada legislação ou ato estatal estaria diminuindo sua capacidade de usufruir do investimento ou inviabilizando-o. Não há regra expressa nesse sentido, mas o recurso ao sistema de controvérsias do Capítulo XI deveria ser uma via extraordinária e não um procedimento ao qual se deva acudir em caso de questões que poderiam ser resolvidas pelo Poder Judiciário do país receptor, o que seria mais efetivo e garantiria a continuidade do investimento. De acordo com o direito consuetudinário internacional, as vias nacionais devem ser esgotadas antes de se apresentar uma demanda ante um tribunal internacional. Todavia, de acordo com os termos do TLCAN, a regra geral diz que o investidor não necessita esgotar as instâncias internas como condição processual para apresentar uma demanda sob o manto do Capítulo XI.

Também se deve destacar que a efetividade da qual se fala está no campo jurisdicional, uma vez que o conflito que gera a demanda arbitral recebe uma resposta jurídica, dando um fim ao litígio apresentado ao painel arbitral. A controvérsia pode ter sido dada por resolvida e a disputa por pacificada, mas a solução apresentada pelos árbitros pode não resolver o conflito em outros campos. É o caso do conflito entre *METALCLAD* e México, em que, mesmo finda a demanda arbitral, tendo sido paga a indenização, tendo a empresa se retirado do México, a propriedade do confinamento tendo sido repassada ao poder público, vários problemas permanecem até hoje. Isso porque o regime de investimentos disposto no

Capítulo XI foi projetado para se ocupar da atração de investidores, por meio de regras materiais atrativas e de um sistema de solução de controvérsias preciso. Lamentavelmente, quando o capítulo foi negociado, não se levou em conta os possíveis impactos que sua aplicação poderia ter sobre outras áreas, como o meio ambiente, a saúde pública, a segurança nacional, a contaminação transfronteiriça, a política nacional de empregos, dentre outras.

Por essa razão, impende destacar que o mecanismo do Capítulo XI é efetivo para solucionar controvérsias no âmbito do direito, mas não os conflitos, sobretudo sociais e políticos, gerados pela aplicação do regime de investimentos desse capítulo. Prova disso é que o depósito de lixo tóxico deixado pela *COTERIN* e depois pela *METALCLAD*, juntamente com toda a contaminação do solo e das águas da localidade de *Valle de La Pedrera*, continuam no mesmo lugar e da mesma maneira em que foram deixados. É evidente que, finda a demanda arbitral e paga a indenização à empresa, esta não tem mais responsabilidade sobre a propriedade, o que compete ao governo mexicano. Apesar de minimizar alguns problemas políticos, como a pressão que sofrida pelos Estados receptores por parte dos governos de onde eram nacionais os investidores estrangeiros atuando fora de seu país, o Capítulo XI não trata das implicações que sua aplicação possa ter sobre outras áreas. Mas os resquícios sociais, políticos e até econômicos dos conflitos permanecem mesmo depois de juridicamente pacificada a disputa.

Para própositos de efetividade jurisdicional, deve-se lembrar que a resolução de disputas sobre investimentos diretos pelos tribunais arbitrais do TLCAN faz coisa julgada ou *res judicata*. Isso significa que a decisão final do procedimento é irretroatável e passa em julgado: o investidor não pode impugnar as mesmas medidas por meio de um segundo procedimento jurisdicional ou judicial, eis que haveria coincidência de partes, de pedido e de causa de pedir. A estipulação do valor arbitrado para resolver a demanda põe fim também ao conflito, ao menos entre investidor e Estado, eis que, ao submeter sua demanda ao mecanismo arbitral, o investidor aceita que com o pagamento de uma indenização adequada estaria resolvida sua demanda. Pode-se dizer que essa característica traz segurança para os Estados, que não serão demandados duas vezes pelo mesmo caso, e também alguns reflexos para outras áreas, em especial a social, à medida que é uma garantia de que o conflito não se repetirá.

Algo que resulta muito interessante, outrossim, é que o mecanismo de solução de disputas também tem um efeito preventivo ou dissuasório indireto, de modo que alguns conflitos são resolvidos antes de chegarem à etapa final do procedimento arbitral, pondo fim à demanda. Há a possibilidade de, a qualquer tempo, o demandado anuir em conceder o que reclama o demandado. Apenas para efeitos ilustrativos, no Caso *Ethyl v. Canadá*, o governo deste preferiu pagar o valor reclamado pelo demandado e revogar uma medida governamental a arriscar-se a perder a demanda arbitral ante um painel do TLCAN que estava em andamento (vide Anexo B).

Outra evidência desse efeito dissuasório é o fato de que os governos locais e federais das partes geralmente consideram como um fator muito importante para suas tomadas de decisões o perigo de que, ao adotar medidas que envolvam investidores ou investimentos estrangeiros intrabloco, seja violada alguma disposição do TLCAN em matéria de investimentos e o afetado apele ao mecanismo de arbitragem previsto no Capítulo XI. Entretanto, há que se entender que tal efeito pode ser tanto benéfico quanto maléfico, à medida que o Estado autolimita sua autonomia, mesmo que soberana e deliberadamente, para adequar-se a interesses privados. Igualmente, é preciso lembrar que o regime foi instituído unanimemente depois de amplamente negociado entre os três países e que esses mesmos efeitos podem ser registrados quando Estados se obrigam internacionalmente por tratados internacionais.

Mais uma consideração a ser feita se refere a não estar o regime do Capítulo XI avesso à publicidade ou à difusão pública das demandas arbitrais, embora os procedimentos escolhidos pelos Estados-partes para formarem o mecanismo de resolução de controvérsias ofereçam um certo nível de confidencialidade, necessário à adequada condução dos procedimentos. As partes em disputa não estão impedidas de publicar ou comentar as informações ventiladas na demanda, bem como de dá-las a conhecer a seu público ou suas autoridades e cidadãos. Nesse sentido, cada parte é responsável pela publicidade que propicia e a opinião pública de cada país é responsável por exigir as informações que desejar de suas autoridades. Mesmo que se critique o fato de o regime não obrigar as partes a levar a público as informações sobre as demandas de que participam (tese de quem advoga que, por serem partes demandadas os Estados, estão envolvidos bens e interesses públicos e, por isso, toda e qualquer informação sobre as demandas

deveria ser amplamente divulgada), o desenho institucional do mecanismo de arbitragem em matéria de investimentos diretos do TLCAN não contém entre suas características a proteção do caráter secreto de determinada informação.

A análise e o debate dos laudos arbitrais apenas começou, como também inicia o diálogo graças ao qual as relações entre países e a regulamentação dessas relações sobre o tema evoluem e se desenvolvem. Até o presente momento, apenas quatro demandas arbitrais foram finalizadas sob o regime do Capítulo XI com a condenação do Estado demandado a pagar indenização (duas contra o Canadá e duas contra o México) e em outras duas houve acordo entre as partes durante o procedimento (contra o Canadá). Das outras trinta e três demandas de que se tem conhecimento (vide Anexo B), duas foram interrompidas por desistência dos próprios investidores, seis foram recusadas pelos painéis arbitrais (três contra os Estados Unidos e três contra o México), quinze estão pendentes ou inativas (quatro contra o Canadá, quatro contra os Estados Unidos e sete contra o México) e nove estão em andamento (uma contra o Canadá, seis contra os Estados Unidos e três contra o México).

Como visto, há somente quatro laudos arbitrais condenatórios até hoje, motivo pelo qual é muito prematuro avaliar se a tendência é no sentido de que as disposições materiais sobre investimentos estão sendo interpretadas 1) de maneira excessivamente aberta, de tal sorte que interferem no exercício legítimo da autoridade governamental nacional; 2) de modo demasiado restritivo e rígido, com o que os investidores dos países-membros ficam à mercê de governos arbitrários; ou 3) equilibradamente, de forma a oferecer uma via de recurso aos investidores estrangeiros intrabloco em face de um exercício de poder irrazoável, discriminatório e injusto por parte dos Estados, ao mesmo tempo em que protegem os governos contra aqueles demandantes que buscam unicamente recuperar o que perderam como resultado dos riscos normais de qualquer negócio, especialmente em se tratando de investimentos estrangeiros diretos. Esses riscos normais incluem as perdas resultantes das decisões legítimas e de boa fé tomadas por qualquer dos três governos, haja vista a complexidade das sociedades norte-americanas.

Formalmente, pode-se concluir que o mecanismo de arbitragem do regime de investimentos do Capítulo XI é um instrumento eficaz para resolver as disputas sobre a matéria porque seu desenho institucional impede que haja um desequilíbrio de poderes ao oferecer aos investidores privados uma via de recurso direta e

baseada em regras determinadas, não privilegiando os Estados e ao mesmo tempo não privilegiando os particulares, já que iguala as partes processualmente dentro da demanda arbitral. Mas existe outro nível mais complexo de análise: a efetividade substantiva do regime do Capítulo XI.

Materialmente, sobre as interpretações concedidas pelos painéis arbitrais a algumas normas substantivas do regime do Capítulo XI, pode-se concluir que houve interpretações muito amplas, como no caso do art. 1110 no Laudo *METALCLAD*, e também interpretações restritivas, como em alguns dos casos em que os tribunais extinguiram as demandas apresentadas por entenderem que se tratavam de pedidos manifestamente improcedentes. As decisões dos painéis arbitrais não vinculam os futuros julgamentos de novos painéis que venham a se formar, mas podem servir de referência em arbitragens futuras. Com o passar do tempo e a aquisição de experiência pelo número maior de demandas, caminhar-se-á para um equilíbrio jurisprudencial.

A preocupação com o exame da efetividade substantiva do regime do Capítulo XI é muito relevante em face das acusações exageradas de que esse capítulo teria sido arquitetado para interferir no exercício das autoridades governamentais. O conflito entre bens e interesses públicos e privados travado nas décadas mais recentes no meio internacional e discutido no âmbito das relações internacionais deve ser considerado ao se analisar essa questão. E, como instrumento das relações internacionais, o direito se ocupa de regular as situações fáticas que se lhe apresentam. Por isso é preciso ter presente que os acordos bilaterais de investimentos precursores ao Capítulo XI começaram a se desenvolver em uma época na qual as nacionalizações e expropriações em grande escala eram muito mais freqüentes e, muitas vezes, usadas por países em desenvolvimento ou comunistas como ferramentas de legitimação política interna ou para obter recursos econômicos não disponíveis de outra maneira. As questões mais comuns, então, referiam-se a como valorar a propriedade expropriada.

Essa não é a situação atual, na qual se contextualiza o TLCAN. Atualmente as preocupações sociais e governamentais giram em torno de questões de governabilidade, políticas públicas, liberdades democráticas, atração e manutenção de investimentos, prestação de contas do setor público e privado, participação da sociedade civil local e transnacional e proteção ao meio ambiente, à saúde pública, aos direitos trabalhistas e fundamentais, etc. Essa mudança nas circunstâncias

também reflete o aumento da complexidade fática dos conflitos atuais sobre investimentos, a ampliação de alguns conceitos aplicáveis à matéria e a alteração no tipo de demandas que emanam dos tratados internacionais de proteção a investimentos: a quase totalidade dos casos se refere a uma medida de expropriação indireta (medidas governamentais regulatórias ou de política pública, controvérsias sobre o exercício de faculdades governamentais e procedimentos judiciais nacionais).

A complexidade das questões apresentadas impõe sobre os atores e árbitros objetivos importantes, eis que devem ser tratadas em conformidade com disposições substantivas que não admitam definições formalistas ou demasiado estritas, mas que contenham padrões com certo grau de flexibilidade. Assim, avaliar se uma medida viola o art. 1105 ou o 1110 é um exercício complexo, no qual se devem analisar com rigor tanto o conteúdo das disposições (segundo o direito internacional) quanto as circunstâncias do caso. E tal exame deve partir do princípio reconhecido de que os investidores devem assumir os riscos razoáveis inerentes a seus investimentos, o que inclui o risco de investir em áreas altamente reguladas, e devem acatar e devem operar com respeito ao Estado receptor e suas normas.

Por isso tudo, as disposições dos artigos citados são de natureza flexível e requerem uma avaliação rigorosa por parte dos árbitros em cada caso concreto, para determinar a diferença entre exercício legítimo da autoridade governamental em entidades políticas democráticas com sistemas federativos (e ordenamentos jurídicos distintos) e ações arbitrárias e discriminatórias por parte dos governos em prejuízo aos investidores. Entendido que o mecanismo do Capítulo XI não deve servir para revisar a legalidade ou legitimidade das decisões nacionais ou locais, porque isso sim atacaria a soberania estatal. Concluindo, para o bom funcionamento e efetividade formal e material do regime do Capítulo XI, é essencial que os tribunais arbitrais se concentrem em seu verdadeiro propósito, não pretendendo avaliar se existiam outras alternativas ao governo que editou certa medida e não criando obrigações não previstas no tratado (Caso *METALCLAD*, questão do dever de transparência). Assim, haverá um desenvolvimento progressivo na direção de uma apreciação mais adequada do alcance, da natureza e do equilíbrio das disposições, sobretudo substantivas, do capítulo.

A experiência da análise do Caso *METALCLAD* permite, modestamente, apontar alguns caminhos que poderiam ser seguidos para melhor a efetividade do

regime estudado, dependendo, evidentemente, do real objetivo dos Estados-partes em face das questões contestadas pela opinião pública.

Quanto à demanda por mais transparência, já se viu que não há uma proibição cabal à concessão de publicidade aos procedimentos e peças arbitrais, assim como à prestação de contas. Poderia, inclusive, ajudar a melhorar a compreensão pública do procedimento e a qualidade das atuações e das decisões arbitrais. Alguns dos temas que poderiam ser revistos pelos Estados são como e em que medida os documentos deveriam ser disponibilizados à opinião pública, quem poderia assistir às sessões e intervir ante um tribunal, etc.

Sobre um futuro sistema de apelação ou revisão, não há possibilidade em curto prazo. As regras do Convênio do CIADI contemplam procedimentos de interpretação, revisão e nulidade de laudos, mas o mesmo não pode ser aplicado porque Canadá e México não são signatários. Uma primeira opção seria a adoção do Convênio apenas para os fins do TLCAN, já que se trata de um sistema mais completo que os outros dois regulamentos e inclui um grande acervo de precedentes internacionais. A limitação do sistema do Convênio é que, quando se pleiteia a interpretação ou revisão de laudos, a demanda é remetida ao mesmo tribunal que julgou a controvérsia; em caso de nulidade, a outro tribunal *ad hoc*. Hoje já se fala em se negociar, no âmbito do CIADI, uma corte permanente ou remeter os recursos a uma Câmara da Corte Internacional de Justiça em Haia.

A experiência do regime de investimentos estrangeiros diretos do TLCAN, especialmente da aplicação de seu mecanismo de solução de controvérsias, pode ser utilizada para revisar e fortalecer processos de tomada de decisões dos governos e adequá-los a padrões de devido processo mais altos. Uma das fortes críticas tecidas contra o mecanismo, e que motivou o presente estudo, é no sentido de que aquele parece outorgar um tratamento melhor aos investidores estrangeiros que aos nacionais e também que aos Estados demandados. Além dos argumentos expostos acima, os motivos que evaram a tais críticas não devem ser entendidos como um resultado negativo, mas como uma oportunidade e um dever de exigir que as decisões governamentais sejam tomadas sob os mais altos padrões de devido processo e supremacia do direito, o que requer um esforço de internalização das experiências e decisões das arbitragens. Mais devido processo e melhor estado de direito é o que exigem as sociedades democráticas atuais e, se os padrões internacionais em casos específicos elevam a exigibilidade das atuações do setor

público, trata-se do momento de extendê-los ao âmbito interno em nome da governabilidade dos países-membros do TLCAN.

As mesmas lições e conclusões expostas neste estudo servem para a negociação do regime de investimentos diretos de uma eventual Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e possíveis desdobramentos da pesquisa realizada incluem estudos comparativos entre os mecanismos de solução de controvérsias do TLCAN, entre as demandas propostas sob o mecanismo do Capítulo XI ou entre o regime de proteção de investimentos (ou resolução de conflitos sobre investimentos) do TLCAN e do MERCOSUL, por exemplo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOTT, Frederick. The political economy of NAFTA chapter eleven: Equality before the law and the boundaries of North American integration. **Hastings International and Comparative Law Review**. v. 23. n. 3/4. San Francisco, spring-summer, 2000.

ABEYRATNE, Ruwntissa I. R. Legal and economic effects of NAFTA on Canada, Mexico and The United States. **World Competition**. v. 18. n 2. December, 1994.

AGUADO, Juventino de Castro. A soberania dos Estados: o paradoxo da integração. **Jornadas de derecho internacional de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos**. Florianópolis, 2 a 6 de dezembro de 2002. Washington: OEA, 2003. pp. 91-110.

AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo. Commentary: Investment disputes under NAFTA. **Arbitration International**. v. 18. n. 3. London, 2002.

AHMAT, Ash et. al. Formal and informal investment barriers in the G-7 countries: the country chapters. **Industry Canada Occasional Papers**. n. 1. v. 1. maio, 1994.

ALLGEIER, Peter F. Draft FTAA investment provisions leaked: NAFTA + MAI. Harmonization Alert. **Public Citizen**. Maio/Abril 2001. Disponível a partir de <<http://www.citizen.org/documents/2001MarApr.PDF>>. Acesso em 26 jun. 2003.

ÁLVAREZ, Henri C. **Arbitration between States and investors: experience in arbitrations held under Chapter XI of NAFTA**. Disponível a partir de <[http://www.fasken.com/web/fmdwebsite.nsf/0/4BAFD457EE53BCA285256C63004AFD7D/\\$File/ARBITRATION%20BETWEEN%20STATES%20AND%20INVESTORS.PDF?OpenElement](http://www.fasken.com/web/fmdwebsite.nsf/0/4BAFD457EE53BCA285256C63004AFD7D/$File/ARBITRATION%20BETWEEN%20STATES%20AND%20INVESTORS.PDF?OpenElement)>. Acesso em 01 jul. 2003.

_____. Arbitration under the North American Free Trade Agreement. **Arbitration International**. v. 16. n. 4. London, 2000.

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. Las características del arbitraje del CIADI. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. II vol. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. pp. 205-229.

ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime. El régimen de las inversiones en el Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos de América. Repercusiones para la participación de México en la creación de la zona de libre comercio de América del Norte. **Revista Mexicana de Justicia**. n. 04. México DF: X, 1993. pp. 95 a 116.

_____. El nuevo régimen jurídico de la inversión foránea en México. In: Pérez Miranda, Rafael (org.) *Integración y Derecho Económico - Memórias del Coloquio "Derecho Económico y político de la Integración."* México: UNAM, 1996. pp. 25-52.

APPLETOWN, Barry. **Navigating Nafta: a concise user's guide to the North American Free Trade Agreement**. Toronto: Carswell, 1994. Disponível a partir de <<http://www.appletownlaw.com/6publica.htm>>. Acesso em 09 jun. 2003.

____. Nafta: dispute resolution. **Appleton & Associates International Lawyers**, 1997. Disponível a partir de <<http://www.appletonlaw.com/3eDisputeR.htm>>. Acesso em 09 jun. 2003.

ARENAL, Celestino Del. **Introducción a las Relaciones Internacionales**. Madrid: Tecnos, 1990.

ARNDT, Sven. e MILNER, Chis. (org.) **The world economy: global trade policy**. Oxford: Blackwell Publishers, 1998.

ARRIOLA, Carlos. (comp.) **Testimonios sobre el TLC**. México DF: Miguel Ángel Porrúa, 1994.

ARROYO PICARD, Alberto. El TLCAN: balance de sus resultados y propuesta para una inserción diferente en la economía mundial. In: CALDERÓN SALAZAR, Jorge A. (coord.) **Estudios de Evaluación del TLCAN. Análisis, crítica y propuestas**. Área Internacional - Grupo Parlamentario PRD. Senado de la República Mexicana. México DF: Praxis, julio de 2000.

ATTUCH, Leonardo e STEFANO, Fabiane. Negócios na ALCA: a nova fronteira do lucro. **Revista Isto É Dinheiro**. n. 245, de 08 de maio de 2002. São Paulo: Editora Três, 2002. Disponível a partir de <<http://www.terra.com.br/istoedinheiro>> Acesso em 17 nov. 2003.

AZUELA DE LA CUEVA, Antonio. Olor a NAFTA: el caso METALCLAD y la nueva geografía del derecho mexicano. **Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Instituto de Investigaciones Jurídicas**. México: UNAM, febrero, 2004.

BALASSA, Bela. Teoria da integração econômica. **Coleção Estudos de Economia Moderna**. v. 2. Lisboa: Lce, 1961.

BALCH, Thomas W. **The Alabama Arbitration**. (reimpressão de 1900) Freeport: Books for Libraries Press, 1969. 150p.

BANCO DE MÉXICO. **La economía mexicana**. México: Secretaría de Economía, 1992.

BANKS, Kevin. NAFTA's article 1110: Can regulation be expropriation? **NAFTA Law and Business Review of the Americas**. v. 5. n. 4. Dallas: fall, 1999.

BARBÉ, Esther. **Relaciones internacionales**. 1. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

BEAMAN, Charles C. **The National and Private "Alabama Claims" and Their "Final and Amicable Settlement"**. Washington: W.H. Moore, 1871. 358 p.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. La organización financiera y el derecho internacional. In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). **Regulación de flujos financieros internacionales**. Serie Doctrina Jurídica. n. 34. Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 123-157.

BEEN, Vicki e BEAUVAIS, Joel C. The global fifth amendment? NAFTA'S investments protections and the misguided quest for and international "regulatory takings" doctrine. **New York University Law Review**. v. 78. n. 30. April 2003. pp. 30-143.

BEJARANO GONZÁLEZ, Fernando. **El conflicto del basurero tóxico de Metalclad en Guadalcázar, San Luís Potosí. Enfrentando la globalización. Respuestas sociales a la integración económica en México**. Red Mexicana de Acción Frente al Libre Comercio. México DF: Porrúa, 2003.

_____. Investment sovereignty and the environment: the Metalclad Case and NAFTA's Chapter 11. **In: WISE, Timothy, SALAZAR, Hilda e CARLSEN, Laura (coord). *Confronting globalization***. Economic integration and popular resistance in Mexico. México: Kumarian Press: 2003.

BERNAL SAHAGÚN, Víctor M. La inversión extranjera en el TLC: la integración dentro de la integración. **In: REY ROMAY, Benito (coord.). *La integración comercial de México a Estados Unidos y Canadá. ¿Alternativa o destino?*** 5. ed. México DF: Siglo XXI e Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 1998. pp. 267-293.

BIALOS, Jeffrey P. e SIEGEL, Deborah E. Dispute resolution under the NAFTA: The newer and improved model. **The International Lawyer**. v. 27. n. 3. Chicago, Fall/1993.

BOLAÑOS LINARES, Rigel. **Inversión extranjera**. México: Porrúa, 2002.

BORJA TAMAYO, Arturo. **The new federalism, internationalization and political change in Mexico: a theoretical analysis of the Metalclad case**. Documento de Trabajo n. 59. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 2000.

_____. **El TLCAN y la inversión extranjera directa: el nuevo escenario**. Documento de Trabajo n. 55. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 2000.

_____. El TLCAN y la inversión extranjera directa. **In: BORJA TAMAYO, Arturo (coord); MARISCAL, Judith (colab.) e VALVERDE, Miguel Ángel (colab.). *Para evaluar el TLCAN***. TEC de Monterrey - Campus Ciudad de México. México DF: ITESM-Miguel Ángel Porrúa, 2001. pp. 269-310.

BORSWORTH, Barry P. COLLINS, Susan M. e LUSTIG, Nora Claudia. **Coming together?: Mexico-US relations**. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 1997. Disponible a partir de
<<http://brookings.nap.edu/books/0815710275/html/index.html>>. Acceso em 25 jun. 2003.

BROWER, Charles H. Investor-State disputes under NAFTA: A tale of fear and equilibrium. **Pepperdine Law Review**. v. 29. n. 1. December, 2001.

_____. Investor-State disputes under NAFTA: The empire strikes back. **Columbia Journal of Transnational Law**. v. 40. n. 1. New York, 2001.

BROWLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 742 pp.

BRUNELLE, Dorval. Vers une zone de libre-échanges des Amériques – De l'Alaska à la Terre de feu, le tout-commerce à l'oeuvre. **Le Monde Diplomatique**. Abril de 2001, pp. 06 e 07. Disponível a partir de <www.monde-diplomatique.fr/2001/04/BRUNELLE/15055>. Acesso em 28 nov. 2002.

BUITELAAR, Rudolf M. **La posición de los países pequeños en el mercado de las importaciones de los Estados Unidos. Efectos del TLC y la devaluación mexicana**. Santiago do Chile: Naciones Unidas/Cepal, 1997.

BYRNE, Justin. NAFTA dispute resolution: Implementing true rule-based diplomacy through direct access. **Texas International Law Journal**. v. 35. n. 3. Austin, spring/2000.

CABRERA ACEVEDO, Lucio. **El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos**. México DF: Porrúa, 2000.

CALDERÓN SALAZAR, Jorge A. Comercio internacional: instrumento para el desarrollo o agenda de las transnacionales - Organización Mundial del Comercio, Tratado de Libre Comercio de América del Norte y Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México. In: CALDERÓN SALAZAR, Jorge A. (coord.) Estudios de Evaluación del TLCAN. Análisis, crítica y propuestas. Área Internacional - *Grupo Parlamentario PRD*. Senado de la República Mexicana. México DF: Praxis, julio de 2000.

CALOGERO, Pizzolo. **Globalización e integración. Ensayo de una teoría general**. Buenos Aires: Ediar, 2002. 614p.

CALVO CARAVACA, Alfonso L. e FERNÁNDEZ De La GÁNDARA, Luis. **El arbitraje comercial internacional**. Madrid: Tecnos, 1989. 213p.

CAMP, Hope H. e KONTRIMAS, Andrius R. Direct investment issues. In: NORTON, Joseph J. e BLOODWORTH, Thomas L. (eds.) *NAFTA and beyond: a new framework for doing business in the Americas*. Boston: M. Nijhoff, 1995.

CAMPBELL, Bruce. From deep integration to reclaiming sovereignty: managing Canada-U.S. economic relations under NAFTA. **The Canadian Center for Policy Alternatives**. Disponível a partir de <<http://www.policyalternatives.ca>>. Acesso em 22 jul. 2003.

CANADA. STATISTICAL REFERENCE CENTRE OF CANADA. **Statistics Canada**. Disponível a partir de: <<http://www.statcan.ca/english/Pgdb/demo10a.htm>>. Acesso em 29 set. 2004.

CANADÁ, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA e ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. **Tratado de Livre Comércio da América do Norte**. 17 de dezembro de 1992. Em vigor a partir de 1º de janeiro de 1994. Disponível a partir de <<http://www.nafta-sec-alena.org/spanish/index.htm>>. Acesso em 27 nov. 2002.

____. **Acordo de Cooperação Ambiental da América do Norte**. 1993. Em vigor a partir de 1º de janeiro de 1994. Disponível a partir de <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_p.asp>. Acesso em 14 set. 2004.

____. **Acordo de Cooperação Trabalhista da América do Norte**. 13 de setembro de 1993. Em vigor a partir de 1º de janeiro de 1994. Disponível a partir de <http://www.sice.oas.org/trade/nafta_p.asp>. Acesso em 14 set. 2004.

CANGUEIRO, Fabián. Cambios en el arbitraje. **Revista Fortuna**. ano II. n. 79. Buenos Aires: Perfil, 16 de dezembro de 2004. Disponível a partir de <http://www0.fortuna.uol.com.ar/edicion_0079/sociedad/nota_02.htm>. Acesso em 12 fev. 2005.

CANNER, Stephen. The MAI. **Cornell International Law Journal**. n. 31. v. 3. 1998. pp. 657-681.

CANTEY V., S. Benton. International arbitration to resolve disputes under NAFTA chapter 11: Investment. **Tulsa Journal of Comparative and International Law**. v. 9. n. 1. Tulsa, 2001.

CARDADERO, María Elena. Inversiones en el TLC y otros foros multilaterales. In: CARDERO, María Elena (comp.). *Qué ganamos y qué perdimos con el TLC*. 2. ed. México DF: Siglo XXI e Unidad Académica de los Ciclos profesional y de Posgrado - Colegio de Ciencias y Humanidades de la UNAM, 2003. pp. 218-241.

CARPIZO, Jorge. Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. **Anuário Mexicano de Derecho Internacional**. v. IV. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004. p. 117 a 148.

CARILLO, Arturo. La nueva revolución mexicana: la reforma económica y el Reglamento 1989 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. **George Washington Journal of International Law and Economics**. v. 24. n. 3. 1991.

CASARES, Enrique R. e SOBARZO, Horacio. (comp.) Diez años del TLCAN en México. Una perspectiva analítica. **Série Lecturas**. n. 95. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

CASTAÑEDA, Jorge G. O México e o Nafta: é possível propor outro acordo de livre comércio. **Política Externa**. v. 2. n. 1. (jun.) São Paulo: USP, 1993. p. 70 a 90.

_____. O Círculo Vicioso do Sofrimento Mexicano. **Foreign Affairs Brasil**. n. 01, 1996.

CASTILLO VILLANUEVA, Heriberto. **Ley de Inversión Extranjera y su reglamento; consideraciones y comentarios**. México, Porrúa, 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. De Westphalia a Seattle: A teoria das Relações Internacionais em transição. **Cadernos do REL**. Brasília: Departamento de relações Internacionais da Universidade de Brasília, 2001.

CHASE, Kerry A. Economic interests and regional trading arrangements: the case of NAFTA. **International Organization**. IO Foundation. n. 57. Winter. Massachusetts: MIT Press, 2003. pp. 137-174.

CLAPP, James E. **Random House Webster's Dictionary of the Law**. Random House: New York, 2000.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE. Centroamérica y el TLC : efectos inmediatos e implicaciones futuras. **Cuadernos de la CEPAL**. n. 78. Santiago do Chile: ONU/CEPAL, 1996.

COMISSIÓN DE LIBRE COMÉRCIO DE TLCAN. **Notes of Interpretation of certain Chapter 11 provisions**. julho de 2001. Disponível a partir de <www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-e.asp>. Acesso em 19 dez. 2002.

CONCHELLO, José Angel. **El TLC : un callejón sin salida**. Cidade do México: Grijalbo, 1992.

CONFERÊNCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. **Inversión extranjera directa y desarrollo**. Nueva York: Naciones Unidas, 2001.

CONTRERAS VACA, Francisco José. Las reformas y adiciones realizadas a la Ley de Inversión Extranjera el 24 de diciembre de 1996. **Lecturas Jurídicas**. v. V. n. 5. año II. México: 1997.

COOK, Adrian. **The Alabama Claims: American Politics and Anglo-American Relations: 1865-1872**. Ithaca: Cornell University Press, 1975. 261p.

COSBEY, Aaron. Conjunto de la Comisión para la Cooperación Ambiental. **Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable**, junho de 2002. Disponível a partir de <www.iisd.org/trade>. Acesso em 19 dez. 2002.

COSTA Jr., Emanuel O. A guerra no direito internacional. **Jus Navigandi**. Disponível a partir de <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4415>>. Acesso em 24 nov. 2004

CROOK, D.P. **Diplomacy during the American Civil War**. New York: John Wiley and Sons, 1975.

CRUZ BARNEY, Óscar. **Protección al medio ambiente y solución de controversias en materia de inversiones en el TLCAN**. Documento de trabajo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM, 2003.

_____ e RÁBAGO DORBECKER, Miguel. Protección al medio ambiente y a la inversión extranjera en el TLCAN: ¿objetivos contradictorios? Una mirada desde la práctica arbitral. **Revista DeCita**. (mimeo)

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. **El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos**. 2. ed. México, DF: Porrúa, 2002.

DALY, Justine. Has Mexico crossed the border on state responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo Clause in Mexico after the NAFTA. **St. Mary's Law Journal**. v. 25. n. 03. San Antonio/TX: St. Mary's University, 1994. pp. 1147-1193.

DAVIS, J.C. Bancroft. **Mr. Fish and the Alabama Claims: A Chapter in the Diplomatic History**. (reimpressão de 1893) Freeport: Books for Libraries Press, 1969. 158p.

DAWSON, Laura Ritchie (ed.). **Whose rights?: The NAFTA Chapter 11 Debate**. Ottawa: Centre for Trade Policy and Law, 2002.

DeMESTRAL, Armand L. C. Constitutional Law and Foreign Trade Law in Canada: the impact of the Canada-US Free Trade Agreement. In: HILF, M. e PETERSMANN, E.-U. (ed.) National constitutions and international economic law. *Studies in transnational economic law*. v. 8. Deventer: Kluwer, 1993.

DePALMA, Anthony. NAFTA's powerful little secret. New York: **The New York Times**, 11 de março de 2001. seção 3, col. 1, p. 1. Disponível a partir de <<http://www.mindfully.org/WTO/NAFTA-Powerful-Secret.htm>>. Acesso em 12 mai. 2004.

DE QUADROS, Fausto. **A proteção da propriedade privada pelo direito internacional público**. Coimbra: Almedina, 1998.

DHOOGHE, Lucien J. The North American Free Trade Agreement and the environment: The lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States. **Minnesota Journal of Global Trade**. v. 10. n. 2. Minneapolis, summer, 2001.

DODGE, William S. Metalclad Corp. v. Mexico and Mexico v. Metalclad Corp. **American Journal of International Law**. v. 95. n. 4. Washington, october, 2001.

DOLZER, Rudolf e STEVENS, Margrete. **Bilateral Investment Treaties**. Den Haag: Kluwer, 1995.

DOUGHERTY, James E. e PFALTZGRAFF JR., Robert L. **Contending theories of international relations: a comprehensive survey**. 5. ed. New York: Longman, 2001.

DWINELLE, John W. **American Opinions on the "Alabama" and Other Political Questions**. London: B. Quaritch, 1870. 74p.

EASTMAN, Zachary M. NAFTA's chapter 11. For whose benefit? **Journal of International Arbitration**. n. 16. v. 3. New York: Kluwer Law International, 1999. pp. 105-118.

EATON, David. **Transformación de la industria maquiladora ante el TLCAN**. Tucson: National Law Center for Inter-American Free Trade Publications, 1997. 92p.

ESCOBAR, Alejandro A. **Caso n. ARB (AF)/97/1. Metalclad Corporation y Estados Unidos Mexicanos. Introctory Note**. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 15. v. n. 1. Washington: CIADI, 2001. Disponível a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-intro.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. COMISSIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Recomendación 21**. Ciudad de México, 1992.

_____. PROCURADURÍA FEDERAL DE PROTECCIÓN AL AMBIENTE (PROFEPA). **De La Pedrera a Metalclad. El conflicto en torno al confinamiento de residuos peligrosos en Guadalcázar, San Luis Potosí**. México: 2000.

_____. SECRETARÍA DE ECONOMIA. **Estadísticas de comércio e IED**. Disponível a partir de: <<http://www.economia-snci.gob.mx>>. Acesso 17 abr. 2004.

FARIA, José Eduardo. El derecho en la economía globalizada. **Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho**. Madrid: Trotta, 2001.

FAÚNDEZ LEDESMA, Hector. Los antecedentes de la corte penal internacional. **Coalition for the International Criminal Court**. Disponível a partir de <http://www.iccnw.org/espanol/ponencias/Hector_Faundez.pdf> Acesso em 22 nov. 2004

FAUX, Jeff. Economía y democracia en la "constitución" del TLC. **Foreign Affairs en Español**. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Enero-Marzo, 2004. Disponível a partir de <<http://www.foreignaffairs-esp.org/20040101faenesessay040109/jeff-faux/economia-y-democracia-en-la-constitucion-del-tlcan.html>> Acesso em 22 de mar. 2004.

FAYNBLYUM, Yelena. The Metalclad Appeal: A pyrrhic victory? **Canadian Bar Association**. 2001. Disponível a partir de <<http://www.cba.org/CBA/newsletters/Environmental-06-2001/eco3.asp>> Acesso em 17 jun. 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FOLSOM, Ralph H. **Nafta in a nutshell**. Saint Paul/USA: West Group, 1999.

FREEMAN, Brandon. An overview of foreign direct investment in Mexico. **NAFTA: Law and Business Review of the Americas**. v. III. n. 4. Dallas, otoño de 1997.

FREEMAN, Elyse M. Regulatory expropriation under NAFTA Chapter 11: some lessons from the European Court of Human Rights. **Columbia Journal of Transnational Law**. 42. v. n. 177. New York: Columbia Journal of Transnational Law Association, Inc., 2003.

FRIED, Jonathan. Globalization and international law - some thoughts for citizens and States. **Queen's Law Journal**. v. 23. Kingston/Ontario: 1997. p. 259.

FRUTOS-PETERSON, Claudia. L'emergence de l'arbitrage commercial international en Amérique Latine: l'efficacité de son droit. **Anuário Mexicano de Direito Internacional**. vol. IV. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004. p. 563 a 566.

GALBRAITH, James K. A oposição norte-americana ao Nafta. **Política Externa**. v. 3. n. 2. (set.) São Paulo: USP, 1994. p. 77 a 83.

GANTZ, David. Resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras en el TLCAN. In: WITKER V., Jorge (coord.). *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*. México: UNAM, 1994.

GARCÍA-AMADOR, Francisco. V. Calvo Doctrine, Calvo Clause. **Encyclopedia of International Law**. t. 8. Rudolph Bernhardt: Amsterdam/New York: 1985.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Carlos. La inversión foránea directa en México. **Revista Jurídica**. n. 27. México: UNAM, 1997.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos e SILVA SILVA, Jorge Alberto. La inversión en el TLC; el arbitraje como medio de solución de controversias (Capítulo XI). **XVII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado "Eduardo Trigueros Saraiva"**. Universidad Autónoma de Baja California. Facultad de Derecho Zona Costa. Octubre 1993. (mimeo)

GIRÓN GONZÁLEZ, Alicia. Los flujos financieros internacionales y su regulación. Introducción. In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). Regulación de flujos financieros internacionales. *Serie Doctrina Jurídica*. n. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 9-13.

GIRÓN GONZÁLEZ, Alicia; ORTIZ, Edgar e CORREA, Eugenia (comp.). **Integración financiera y TLC. Retos y perspectivas**. México DF: Siglo XXI e Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 1995.

GLOBERMAN, Steven. e WALKER, Michael. (compiladores). **El TLC – un enfoque trinacional**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea, 1993.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Mexico ante el centro Internacional para el arreglo de diferencias de inversión. Un comentario. **Revista de Derecho Privado**. n. 01. janeiro/abril. Cidade do México: IJ/UNAM, 2002. Disponível a partir de <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/tci/tci6.htm>>. Acesso em 01 jul. 2003.

_____. Reflexión acerca de algunos problemas constitucionales suscitados por los tratados de inversión de los que México es parte. **Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**. n. 28.1998. p. 305-369.

GONZÁLEZ SOUZA, Luis. Soberanía herida. México-Estados Unidos en la hora de la globalización. v. 1. **Deuda, Inversión extranjera y TLC**. México: Nuestro Tiempo, 1994. 167p.

_____. México ante la integración de Norteamérica: entre la democracia y el vasallaje. In: REY ROMAY, Benito (coord.). *La integración comercial de México a Estados Unidos y Canadá. ¿Alternativa o destino?* 5. ed. México DF: Siglo XXI e Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 1998. pp. 344-369.

GORDON, Michael Wallace. NAFTA and financial dispute resolution. In: HORN, Norbert y NORTON, Joseph J. (eds.). *Non-judicial dispute settlement in international financial transactions*. Den Haag: Kluwer Publishers, 2000.

_____. Economic integration in North America - an agreement of limited dimension but unlimited expectations. **Modern Law Review**. v. 56. Malden/MA: Blackwell, 1993.

GOYOS JR., Durval de Noronha. **Noronha's Legal Dictionary: English-Portuguese, Português-Ingês**. 3. ed. São Paulo: Observador Legal, 1998.

GRAHAM, D. E. The Calvo Clause. Its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection. **Texas International Law Forum**. v. 6. 1971.

GRAHAM, Edward. Montgomery. **Economic Issues Raised by Treatment of Takings Under NAFTA Chapter 11**. Disponível a partir de <http://www.sice.oas.org/geograph/north/naftacon.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2003.

_____. Domestic reform, trade and investment liberalization, financial crisis, and foreign direct investment into Mexico. **World Economy**. v. 23. n. 6. julho de 2000.

_____. Regulatory takings, supranational treatment, and the Multilateral Agreement on Investment: issues raised by nongovernmental organizations. **Cornell International Law Journal**. v. 31. n. 3. Ithaca/New York: 1998. pp. 599-614.

GRAHAM, Edward M. e KRUGMAN, Paul R. **Foreign direct investment in the United States**. 2. ed. Washington: Institute for International Economics, 1991.

_____ e _____. Medidas de inversión relacionadas con el comercio. In: SCHOTT, Jeffrey J. (org.). *Completing the Uruguay Round: a results-oriented approach to the GATT Trade Negotiations*. Washington: Institute for International Economics, 1991.

GRAHAM, Edward Montgomery. e WILKIE, Christopher. Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales: las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA). **ARS IURIS**. n. 21. México: Universidad Panamericana, 1999.

____ e _____. Regional economic agreements and multinationals firms: The investment provisions of the NAFTA. In: MIRZA, Hafiz (ed.). *Global competitive strategies in the new world economy: Multilateralism, regionalization and the transnational firm*. Cheltenham/UK: Edward Elgar, 1998.

GREENFIELD, Gerald. **Metalclad vs. México. The toxicity of Nafta's ruling**. Disponível a partir de <<http://solidarity.igc.org/atc/90Greenfield.html>>. Acesso em 26 mai. 2003.

GREIDER, William. The right and US trade law: invalidating the 20th century. The Nation. 15 de outubro de 2001. **Public Citizen**. Disponível a partir de <http://www.citizen.org/trade/nafta/CH__11/articles.cfm?ID=6444>. Acesso em 26 jun. 2003.

GRUPO PARLAMENTÁRIO DEL PARTIDO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA (PRD). Voto particular sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Democracia, soberanía y desarrollo económico nacional. v. 2. **Colección Propuesta Alternativa**. Diputado Jorge A. Calderón Salazar (coord.). Cámara de Diputados. LV Legislatura. México DF: Edición Área de Economía - Grupo Parlamentario PRD, octubre de 1994.

GRUPOS DE NEGOCIAÇÃO e COMITÉ TÉCNICO DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS DA ALCA. **Tercera Minuta do Acordo**. 21 de Novembro de 2003. Disponível a partir de <http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_s.asp>. Acesso em 06 jun. 2004.

HARGROVE, Basil "Buzz". Evaluación de una década. Efectos y nuevas posibles direcciones. **Foreign Affairs en Español**. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Enero-Marzo, 2004. Disponível a partir de <<http://www.foreignaffairs-esp.org/20040101faenesessay040104-p0/basil-buzz-hargrove/evaluacion-de-una-decada-efectos-y-nuevas-posibles-direcciones.html>> Acesso em 22 de mar. 2004.

HART, Michael M. e DYMOND, William. A. **Nafta Chapter 11: precedents, principles and prospects**. Disponível a partir de <<http://www.carleton.ca/ctpl/download.htm>>. Acesso em 12 dez. 2002.

HEFTI, Thomas. **La protection de la propriété étrangère en droit international public**. Zurich: Schulthess Polygraphischer, 1989.

HEFTYE ETIENNE, Fernando. El capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica. **Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II**. México: Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1993.

HENDERSON, David. **The MAI Affair: A Story and Its Lessons**. London-Paris-New Zealand: Royal Institute of International Affairs/Fondation Nationale des Sciences

Politiques/Melbourne Business School/New Zealand Business Roundtable, July 1999.

HERNANDEZ YEPEZ, Cynthia. **Acceso a la Justicia en materia ambiental desde una perspectiva internacional**. México DF: Facultad de Derecho de la UNAM, 2003. (mimeo)

HILL, Roderick e WONNACOTT, Ronald J. **Free trade with Mexico: what form should it take?** CD Howe Institute Commentary. n. 28. Toronto, 1991.

HORLICK, Gary N. e MARTI, Alicia L. NAFTA Chapter 11B: A private right of action to enforce market access through investments. **Journal of International Arbitration**. v. 14. n. 1. Geneve, march/1997.

HUERTA G., Arturo. La globalización como causante de la crisis económica atual. **Problemas Del Desarrollo**. v. 30. n. 117. Abril-Junio. México DF, 1999. pp. 93-116.

HUFBAUER, Gary Clyde e SCHOTT, Jeffrey J. **North american free trade - issues and remomendations**. Washington: Institute for International Economics, 1992.

HUSBAND, Davis et. al. **The opportunities and challenges of North American Free Trade: a Canadian perspective**. Ottawa: Investment Canada Working Paper n° 7, 1991.

HUSSAIN, Imtiaz. **Dispute settlement, domestic institutions and political integration in North America: a comparative study**. Documento de Trabajo n. 28. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 1997.

_____. **National laws, NAFTA panels and multilateral provisions: sovereignty or supranational rules at bay?** Documento de Trabajo n. 20. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 1995. 76p.

HUSTIS, Brenda S. The environmental implications of the North American Free Trade Agreement. v. 28. n. 3. **Texas International Law Journal**. Austin, spring, 1993.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **IISD's note on the NAFTA Comission's recent initiative to clarify Chapter 11 investment provisions**. Disponível a partir de <www.iisd.org/pdf/2001/trade_nafta_aug2001.pdf>. Acesso em 19 dez. 2002.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Balance of Payments Manual**. 5. ed. Washington: IMF, 1993. 188p.

JACKSON, Andrew. Why the "big idea" is a "bad idea". A critical perspective on deeper economic integration with the United States. **The Canadian Center for Policy Alternatives**. Disponível a partir de <<http://www.policyalternatives.ca>>. Acesso em 22 jul. 2003.

JACKSON, John H., DAVEY, William J. e SYKES JR., Alan O. Legal Problems of International Economic Relations – cases, materials and text on the national and international regulation of transnational economic relations. **American Casebook Series**. 4. ed. St. Paul: West Group, 2002.

JIMÉNEZ ESCOTO, José Alfredo. **El derecho general internacional. La organización de la comunidad internacional**. Universidad Abierta. Disponível a partir de <<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/J/Jimenez%20Jose-Derecho%20gral%20inter.htm>> Acesso em 14 out. 2004

JOHNSON, Pierre M. e BEAULIEU, André. **The environment and NAFTA – understanding and implementing the new continental law**. Washington D. F. e Covelo: Island Press, 1996.

KAPLAN, Marcos. Estado y globalización. **Serie Doctrina Jurídica**. n. 90. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

_____. Estado y globalización. Regulación de flujos financieros. In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). Regulación de flujos financieros internacionales. *Serie Doctrina Jurídica*. n. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 33-73.

KASS, Stephen L. NAFTA's chapter 11: Regulatory takings revisited. **NAMI News**. n. 27. Santa Fe/New Mexico: 2000-2001.

KEOHANE, Robert O. e NYE, Joseph S. Realism and Complex Interdependence. **International Relations – critical concepts in Political Science**. 2. ed. 2. vol. London and New York: Routledge – Andrew Linklater, 2001. pp. 718 a 731.

_____ e _____. **Power and interdependence**. 2. ed. HarperCollins Publishers, 1989.

KEOHANE, Robert O. **After hegemony**. Baltimore: Princeton University Press, 1984.

KIRTON, Jonh, RUGMAN, Alan e SOLOWAY, Julie. **Environmental regulations and corporate strategy: a NAFTA perspective**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

KIRKLAND, Charles C. **Liability of the Government of Great Britain for the depredations of rebel privateers on the commerce of the United States considered**. New York: A.D.F. Randolph, 1863.

KOBRIN, Stephen J. The MAI and the clash of globalizations. **Foreign Policy**. n. 112. Fall, 1998. pp. 97-109.

KURTZ, Jürgen. **A general investment agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of Nafta and the OECD Multilateral Agreement on Investment**. Jean Monnet Working Paper 6/02. New York: NYU School of Law, 2002.

LALUMIÈRE, Catherine, LANDAU, Jean-Pierre and GLIMET, Emanuel. **Rapport sur l'Accord Multilatéral sur l'investissement. Rapport Intérimaire.** Sept. 1998. Disponível a partir de: <http://www.finances.gouv.fr/pole_ecofin/international/ami0998/ami0998.htm#p1>. Acesso em 17 mai. 2004.

LAZAR, Lydia. **NAFTA: structural damage to the ship of state?** Chicago: Kent University, 2001. Disponível a partir de <<http://www.kentlaw.edu/gipi/glapi/media/chapter6.htm>> Acesso em 28 de fev. 2004.

LEHMAN, Karen. Au Mexique, les fausses promesses de l'Alena. **Le Monde Diplomatique.** Novembro de 1996, p. 26. Disponível a partir de <www.monde-diplomatique.fr/1996/11/LEHMAN/7412>. Acesso em 28 nov. 2002.

LEGUM, Barton. The innovation of investor-state arbitration under NAFTA. **Harvard International Law Journal.** v. 43. n. 2. Cambridge: summer 2002.

LEVIN, Richard C. e ERICKSON-MARIN, Susan. NAFTA Chapter 11: investment and investment disputes. NAFTA: **Law & Business Review of the Americas.** Kluwer, 1996.

LEVY, Tali. NAFTA's provision for compensation in the event of expropriation: A reassessment of the 'prompt, adequate and effective' standard'. **Stanford Journal of International Law.** v. 31. Stanford: summer 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. 344p.

LEYCEGUI, Beatriz e FERNÁNDEZ DE CASTRO, Rafael. (coord.) **¿Socios naturales? Cinco años del TLCAN.** México: Instituto Autónomo Tecnológico de México e Miguel Ángel Porrúa, 2000.

LEZAMA, José Luis. **La construcción social y política del medio ambiente.** México: El Colegio de México, 2003.

LIN, Chiang-Feng. Investment in Mexico: a springboard toward the NAFTA market - an asian perspective. **North Carolina Journal of International and Commercial Regulation.** v. 22. n. 01. Fall. Chapel Hill/NC: University of North Carolina School of Law, 1996. pp. 73-145.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. El Estado y la regulación del sistema financiero internacional. In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). Regulación de flujos financieros internacionales. Serie Doctrina Jurídica. n. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 159-178.

MACARTUR JR., John R. The selling of Free Trade: NAFTA, Washington and the subversion of American democracy. **Le Monde Diplomatique.** Abril de 2001, p. 34.

Disponível a partir de <www.monde-diplomatique.fr/2001/04/WARDE/15017>. Acesso em 28 nov. 2002.

MANN, Howard. **Private rights, public problems; a guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights**. Winnipeg: IISD, 2001.

_____. NAFTA and the environment: lessons for the future. **Tulane Environmental Law Journal**. v. 13. n. 2. New Orleans, summer 2000.

MANN, Howard. e VON MOLTKE, Konrad. **Protecting investor rights and the public good: assessing NAFTA's Chapter 11**. Disponível a partir de <<http://www.sice.oas.org/geograph/north/naftama.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2003.

_____ e _____. **NAFTA's Chapter 11 and the Environment – Addressing the impacts of the investor-state process on the environment**. Disponível a partir de <<http://iisd.ca/pdf/nafta.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2003.

MARGADANT SPAMJAERDT-SPECKMAN., Guillermo Floris. **Introducción a la historia del derecho mexicano**. 18. ed. Naucalpan/ Estado de México: Esfinge, 2001. 296p

MARGÁIN, Eduardo. **Los intereses, el poder y la distribución del ingreso en relaciones internacionales altamente asimétricas: el Tratado de Libre Comercio y la crisis del neoliberalismo mexicano**. 2. ed. Universidad de Guadalajara. México DF: Juan Pablos Editor, 1997.

MARQUEZ ROJANO, Jacqueline. **Inversion en el Tratado de Libre Comercio con América del Norte y el Tratado México-Unión Europea**. México DF: Facultad de Derecho de la UNAM, 2002. (mimeo)

MARTÍNEZ, Gabriel. Inversión en el Tratado de Libre Comercio. In: KESSEL, Georgina (comp.). *Lo negociado del TLC; un análisis económico sobre el impacto sectorial del tratado trilateral de libre comercio*. México: McGraw-Hill, 1994.

MARTÍNEZ-ESCAMILLA, Ramón. Internacionalización del capital y función económica del Estado. In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). Regulación de flujos financieros internacionales. *Serie Doctrina Jurídica*. n. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 179-208.

MARTINS, Pedro A. Batista. **A arbitragem no Brasil. Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo**. Disponível a partir de <http://www.camaradearbitragemsp.org.br/documentos/arbitragem_brasil.pdf>. Acesso em 24 nov. 2004

MATHEWS, Jessica Power shift. **Foreign Affairs**. n. 76. v. 1. 1997. pp. 50-66.

MILANI, Carlos. Governança global e meio ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. Konrad Adenauer Stiftung. Centro de Estudos. **Séries Pesquisas Avançadas**. n. 16, 1990.

_____. **Les rapports commerce-environnement et les dangers de l'ecoprotectionnisme**. (mimeo)

MINUSHKIN, Susan e Parker III, Charles W. **Government-financial sector regulations and the new financial structure in Mexico**. Documento de Trabajo n. 84. México DF: Centro de Investigación y Docencia Economicas, 2001.

MOLTKE, Konrad von. Investment and the environment: Multilateral and North American perspectives. In: KIRTON, John J. e MACLAREN, Virginia W. (eds.). *Linking trade, environment, and social cohesion: NAFTA experiences, global challenges*. England: Ashgate Publishing, 2002.

MOLTKE, Konrad von e MANN, Howard. Misappropriation of institutions: some lessons from the environmental dimension of the NAFTA investor-State dispute settlement process. **International Environmental Agreements**. 1. v. n. 1. Dordrecht/Boston/New York/London: Kluwer, January 2001. pp. 103-123.

MORALES ARAGÓN, Eliezer e DÁVILA PÉREZ, Consuelo. (coord.) **La nueva relación de México con América del Norte**. México: UNAM/Facultad de Ciencias Políticas e Sociales, 1994. 507p.

MORAN, Theodore. H. **The relationship between trade, foreign direct investment and development: new evidence, strategy and tactics under the Doha development agenda negotiations**. Disponível a partir de <http://www.adb.org/Documents/Events/2002/ADF/theodore_moran.pdf>. Acesso em 01 jul. 2003.

MORERA CAMACHO, Carlos. La nueva corporación transnacional mexicana y la inversión extranjera directa: notas para su estudio. In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). Regulación de flujos financieros internacionales. Serie Doctrina Jurídica. n. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 309-333.

MUCHLINSKI, Peter. What went wrong with the MAI? Lessons for the future. Paper presented at the **MAI Coalition Conference on "An international Architecture for Investment Rules"**. 17 March 1999. (mimeo)

MYRVANG, Anna. K. An illustration of how traditional arbitration is being changed by modern international investment law: investor-state arbitration under NAFTA Chapter XI and the Energy Charter treaty. **University of Dundee Journal**. v. 13. July/2003. Disponível a partir de <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/assets/images/AnnaMyrvang.pdf>>. Acesso em 01 jul. 2003.

NADAL, Alejandro; AGUAYO, Francisco; e CHÁVEZ, Marcos. Seven Myths About NAFTA and Three Lessons for Latin America. **Crossborder Updater**. 2. v. no. 2.

Interhemispheric Resource Center (IRC). Americas Program. 13 de fevereiro de 2004. Disponível a partir de <http://www.americaspolicy.org/articles/2003/0311_7-myths.html> Acesso em 24 de fev. 2004.

NOGALES, Francisco S. The NAFTA environmental framework, chapter 11 investment provisions, and the environment. v. 8. n. 1. **Annual Survey of International and Comparative Law**. Spring, 2002.

NOLAN, Matthew; e LIPPOLDT, Darin. Obscure NAFTA clause empowers private parties: investor's protection clause lets companies haul signatories into arbitration for violation of pact. **National Law Journal**. v. 20. n. 32. Americanlawyermedia: New York, abril/ 1998. Disponível a partir de <<http://www.law.com/jsp/nlj/index.jsp>> Acesso em 14 mai. 2004.

NORTH AMERICAN COMMISSION FOR ENVIRONMENTAL COOPERATION. **Final Cominiqué. 6th Annual Meeting of the Council of the Comission for Environmental Cooperation**. Banff/Alberta, 1999. Disponível a partir de <http://www.cec.org/files/PDF/COUNCIL/99-00COM_EN.pdf>. Acesso em 13. jun. 2004

NOVELO URDANIVIA, Federico. **Hacia la evaluación del TLC**. Universidad Autónoma Metropolitana - Unidad Xochimilco. México DF: Miguel Ángel Porrúa, 2002.

NOVOA MANDUJANO, Carlos. Reformas a la Ley de Inversión Extranjera. **Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado**. n. 2. México, abril de 1997.

OGARRIO, Alejandro; e PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Mexico-United States relations: Economic integration and foreign investment. **Houston Journal of International Law**.v. 12. n. 2 1990. p. 223-234.

O'HOP JR., Paul A. Hemispheric integration and the elimination of legal obstacles under a NAFTA-based system. **Harvard International Law Journal**. v. 36. 1995. Disponível a partir de <<http://www.saj.oas.org/Legalaspectsintegra/Paul%20A%20OHop%20JR%20article%2003.doc>>. Acesso em 07 jun. 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional**. Feita em 30 de janeiro de 1975 na Cidade do Panamá. Disponível a partir de <http://www.amcham.com.br/arbitragem/documento2004-04-05d_arquivo> Acesso em 12 dez. 2004.

ORME JR., William. A. **Understanding NAFTA: México, free trade and the new North América**. Austin: University of Texas Press, 1996.

ORREGO VICUÑA, Francisco. El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución de alternativa de controversias. **Anuário Mexicano de Derecho Internacional**. vol. IV. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004. p. 439 a 456.

ORTIZ AHLF, Loretta; VÁZQUEZ PANDO, Fernando A.; e DÍAZ, Luis Miguel. Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos. **Colección Ensayos Jurídicos**. México, DF: Themis, 2000.

PAQUEROT, Sylvie. Vers une zone de libre-échanges des Amériques – Mise à l'écan de l'eau du Canada. **Le Monde Diplomatique**. Abril de 2001, p. 08. Disponível a partir de <www.monde-diplomatique.fr/2001/04/PAQUEROT/15056>. Acesso em 28 nov. 2002.

PATIÑO MANFFER, Ruperto. Los mecanismos alternativos para la solución de controversias internacionales a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **In:** CARDERO, María Elena (comp.). Qué ganamos y qué perdimos con el TLC. 2. ed. México DF: Siglo XXI e Unidad Académica de los Ciclos profesional y de Posgrado - Colegio de Ciencias y Humanidades de la UNAM, 2003. pp. 321-338.

PENCIER, Joseph de. Investment, environment and dispute settlement: Arbitration under NAFTA chapter eleven. **Hastings International and Comparative Law Review**. v. 23. n. 3-4. San Francisco. spring-summer, 2000.

PEÑALOZA MÉNDEZ, Andrés. Tratadod e Libre Comercio de América del Norte: trato nacional para la empresa y la inversión extranjera. **in** CALDERÓN SALAZAR, Jorge A. (coord.) Estudios de Evaluación del TLCAN. Análisis, crítica y propuestas. Área Internacional - Grupo Parlamentário PRD. Senado de la República Mexicana. México DF: Praxis, julio de 2000.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel; e SILVA SILVA, Jorge Alberto. **Derecho internacional Privado. Parte Especial**. México: Oxford university Press, 2003. 896p.

PETERSON, Luke. Investmente law and policy weekly news bulletin. **International Institute for Sustainable Development**. January 21, 2005. *Mailing list* disponível a partir de <<http://www.iisd.org/investment>>.

PICCIOTTO, Sol. Linkages in international investment regulations: the antinomies of the draft MAI. **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**. n.19. v. 3. 1998. pp. 731-768.

PIRES, Adilson Rodrigues. **Práticas abusivas no comércio internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PRICE, Daniel. An overview of the NAFTA investment chapter. Substantive rules on investor-State dispute settlement. **The international lawyer**. ABA v. 27. n. 3. Fall. 1993.

_____. Mayor substantive rules and investor-state dispute settlement. **In:** BOZA, Beatriz (ed.). *The North American Free Trade Agreement: provisions and implications; an introduction*. México: Association Internationale des Jeunes Avocats, 1993.

RÁBAGO DORBECKER, Miguel. La interpretación del Capítulo XI del TLCAN: la práctica por parte de los tribunales arbitrales en los que ha participado México. *Crónica Jurídica. The University Journal*. II v. n. I. Ciudad de México: Universidad Anáhuac del Sur, primavera de 2002.

RÊGO, Elba Cristina Lima. **Do GATT à OMC: o que mudou, como funciona e para onde caminha o sistema multilateral de comércio**. Disponível a partir de <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/gatt.pdf>> Acesso em 10 nov. 2004

REY ROMAY, Benito. (coord.) **La integración comercial de México a Estados Unidos y Canadá. ¿Alternativa o destino?** 5. ed. Ciudad de México: IIE - UNAM e Siglo Veintiuno, 1998.

RIESENFELD, S. A. Foreign Investments. **Encyclopedia of International Law**. t. 8. Rudolph Bernhardt: Amsterdam/New York: 1985.

ROBLES FARÍAS, Diego. **El régimen jurídico de los extranjeros que participan en sociedades mexicanas**. México, Themis, 1999.

ROCHA, Antônio Jorge Ramalho da. **Relações Internacionais: teorias e agendas**. Coleção Relações Internacionais. Brasília: IBRI, 2002.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos. **México ante el arbitraje comercial internacional**. México DF: Porrúa, 1999.

ROMERO JIMÉNEZ, Máximo. Considerations of NAFTA chapter 11. **Chicago Journal of International Law**. 2. v. n. 1. Chicago: University of Chicago, 2001. pp. 101-109.

RUBIO, Luis. Apoio e oposição ao Nafta no México. **Política Externa**. v. 3. n. 2. (set.) São Paulo: USP, 1994. p. 84 a 89.

RUGMAN, Alan M. e GESTRIN, Michael. Las cláusulas de inversión del TLC. In: GLOBERMAN, Steven y WALKER, Michael (comps.). *El TLC; un enfoque trinacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SADER, Emir. Vers une zone de libre-échanges des Amériques – que les peuples se prononcent. **Le Monde Diplomatique**. Abril de 2001, p. 06. Disponível a partir de <www.monde-diplomatique.fr/2001/04/SADER/15053>. Acesso em 28 nov. 2002.

SALINAS DE GORTARI, Carlos. Diez años de TLCAN y el fracaso de Cancún. **Foreign Affairs en Español**. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Enero-Marzo, 2004. Disponível a partir de <<http://www.foreignaffairs-esp.org/20040101faenespessay040102-p0/carlos-salinas-de-gortari/diez-anos-de-tlcan-y-el-fracaso-de-cancun.html>> Acesso em 22 de mar. 2004.

SALOMÓN, Alfredo. Inversión extranjera directa en México en los noventa. **Comercio Exterior**. v. 48. n. 10. México, octubre de 1998.

SALOMÓN GONZÁLEZ, Mónica. La teoría de las Relaciones Internacionales en los albores del siglo XXI: diálogo, disidencia, aproximaciones. **Revista CIDOB d'afers internacionals**. n. 56. Dezembro de 2001/Janeiro de 2002. Disponível a partir de <<http://www.cidob.org/Castellano/Publicaciones/Afers/56salomon.html>>. Acesso em 10 jan. 2003.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso. **Las inversiones extranjeras en México**. México, Porrúa, 2003.

SANTOS, Rui da Silva. **A importância de Brasil e México no contexto da integração latino-americana**. Disponível a partir de <http://www.revistaautor.com.br/artigos/2002/W13/RSS_13.shtml>. Acesso em 23 set. 2004.

SAUVÉ, Pierre. **Multilateral attempts at investment rule making: why so difficult?**. Harvard University, 1998. (mimeo)

_____. **Needed: A Post-MAI Road Map on Investment at the WTO**. Presentation to the House of Commons Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade. Ottawa: 12 May, 1999. (mimeo).

SAXE-FERNÁNDEZ, John. América Latina: globalización e imperialismo en México. **Problemas del Desarrollo**. v. 30. n. 117. Abril-Junio. México DF, 1999. pp. 59-92.

_____. Soberanía, territorio y seguridad nacional. In: CALDERÓN SALAZAR, Jorge A. (coord.) Estudios de Evaluación del TLCAN. Análisis, crítica y propuestas. Área Internacional - Grupo Parlamentário PRD. Senado de la República Mexicana. México DF: Praxis, julio de 2000.

SCHOLZ, Wesley. International regulation of foreign direct investment. **Cornell International Law Journal**. v. 31. N. 3. Ithaca/New York: 1998. pp. 485-490.

SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo. Jurisdicción nacional, agotamiento de los recursos locales y protección de inversiones extranjeras: los riesgos del TLCAN. In: ALBA HERNÁNDEZ, Franciasco e VEGA CANOVAS, Gustavo Florentino. México-Estados Unidos-Canadá. 1995-1996. México DF: El Colégio de México, 1997. pp. 193-217.

SEYMOUR, Courtney N. The NAFTA Metalclad appeal; subsequent impact or inconsequential error? Only time will tell. **University of Miami Inter-American Law Review**. v. 34. n. 1. Coral Gables, Florida: winter 2002.

SHIHATA, Ibrahim. Recent trends relating to entry of foreign direct investment. ICSID Review. **Foreign Investment Law Journal**. 1994.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. v. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Mozart Foschete da. **Relações econômicas internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

SILVA-HERZOG F., Jesús. regionalismo contra globalización. **In:** Olloqui, José Juan (coord.). Jornadas sobre México y los tratados de libre comercio. *Serie Doctrina Jurídica*. n. 132. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. pp. 23-26.

SINCLAIR, Scott. (org.) NAFTA chapter 11 investor-state disputes to march 2003. **The Canadian Center for Policy Alternatives**. Disponível a partir de <<http://www.policyalternatives.ca>>. Acesso em 22 jul. 2003.

SMITH, Steve. New approaches to International Theory. **The globalization of World Politics**. Nova Iorque: Oxford university Press – John Baylis and Steve Smith, 1995. pp. 165 a 188.

SOLÍS, Leopoldo. **Crisis Económico-Financeira 1994/1995**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

SOLOWAY, Julie A. NAFTA's chapter 11: Investor protection, integration and the public interest. **Choices; Canada's Options in North America**. v. 9. n. 2. march 2003.

_____. Environmental expropriation under NAFTA chapter 11: the phantom menace. **In:** KIRTON, John J. e MCLAREN, Virginia (eds.). *Linking trade, environment, and social cohesion: NAFTA experiences, global challenges*. England: Ashgate Publishing, 2002.

STERN, Brigitte. O contencioso dos investimentos internacionais. **Série entender o mundo**. Barueri: Manole, 2003.

STUMBERG, Robert. Sovereignty by subtraction: the Multilateral Agreement on Investment. **Cornell International Law Journal**. v. 31. n. 3. Ithaca/New York: 1998. pp. 491-598.

SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. **The United Mexican States v. METALCLAD Corporation. Reasons for Judgement of the Honourable Mr. Justice Tysoe**. Vancouver: Supreme Court of British Columbia, May 2nd, 2001. Disponível a partir de <http://www.worldbank.org/icsid/cases/metalclad_reasons_for_judgment.pdf>. Acesso em 23 mai. 2003.

_____. **The United Mexican States v. METALCLAD Corporation. Supplementary reasons for judgement of the Honourable Mr. Justice Tysoe**. Vancouver: Supreme Court of British Columbia, October 31st, 2001. Disponível a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>>. Acesso em 23 mai. 2003.

TEMPONE, Rubén Eduardo. **Protección de inversiones extranjeras**. Buenos Aires/Madrid: Ciudad Argentina, 2003.

THE WORLD BANK GROUP. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. **Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros**

Estados (Convenio del CIADI). Em vigor desde 14 de outubro de 1966. Disponível a partir de: <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm>>. Acesso 18 nov. 2004.

_____. **Reglamento del mecanismo complementario para la administración de procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI).** Versão atual em vigor desde 1º de janeiro de 2003. Disponível a partir de: <<http://www.worldbank.org/icsid/facility-spa/partA.htm>>. Acesso 18 nov. 2004.

_____. (MECANISMO COMPLEMENTÁRIO). **Caso n. ARB (AF)/97/1. Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos. Laudo Arbitral. 30 de agosto de 2000.** Disponível a partir de <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-awards.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2003.

THOMAS, J. C. Reflections on article 1105 of NAFTA: history, state practice and the influence of commentators. *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. v. 17. n. 1. Baltimore/Mariland: Spring, 2002. p. 21 a 101.

TOLLEFSON, Chris. Metalclad v. United Mexican States revisited: Judicial oversight of NAFTA's chapter eleven investor-state claim process. *Minnesota Journal of Global Trade*. v. 11. n. 2. Minneapolis, summer 2002.

TORRES, Blanca. Las ONG ambientalistas en las relaciones México-Estados Unidos. *Foro Internacional*. v. XXXIX. n.158(4). Oct/Dic. México, 1999.

TRAMHEL, Jeannette. M. E. Symposium: international law in the Americas: rethinking national sovereignty in an age of regional integration: articles & essays: free trade in the Americas: a perspective from the Organization of American States. *Houston Journal of International Law*. v. 19. 1997. Disponível a partir de <<http://www.saj.oas.org/Legalaspectsintegra/Jeanette%20M%20E%20Tramhel%20article%2003%20Houston%20Journal.doc>>. Acesso em 24 mai. 2003.

TRIGUEROS, Ignacio. El sistema financiero mexicano y el TLC. In: BULMER-THOMAS, Víctor; CRASKE, Nikki e SERRANO, Mónica (coords.). México frente al TLC : costos y beneficios. México: El Colegio de México, 1994.

TSCHEN, Ana. Chapter 11: The efforts to define expropriation. *Currents: International Trade Law Journal*. v. 8. n. 2. Houston: winter 1999.

TWOMEY, Michael J. **Las corporaciones multinacionales y el Tratado de Libre Comércio de América del Norte.** México DF: Fondo de Cultura Económica, 1996.

UGALDE SALDAÑA, Vicente. Las relaciones intergubernamentales en el problema de residuos peligrosos: el caso de Guadalcázar. *Estudios Demográficos y Urbanos*. v. 17. n. 01. México: El Colegio de México, 2002.

_____. La gestión ambiental en el ámbito municipal: dos estudios de caso. **Tesis de maestría en desarrollo urbano.** El Colegio de México. (mimeo).

UNITED NATIONS. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)**. Done at New York, 10 June 1958. Entered into force, 7 June 1959. United Nations. Treaty Series. v. 330. p. 38. n. 4739. Washington: UN, 1959. Disponível a partir de <http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/newyork_conv_eng.html> Acesso em 12 dez. 2004.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). **Arbitration Rules (1976)**. Adopted by the General Assembly on december 15, 1976. Disponível a partir de <<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>>. Acessos em 18 nov. 2004.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Lessons from the MAI. **UNCTAD Series on issues in international investment agreements**. New York and Genève: United Nations, 1999. 43p. <http://r0.unctad.org/en/subsites/dite/ia/IIA_Series/lessons.pdf>. Acesso em 22 mai. 2003.

UNITED STATES OF AMERICA. **Papers Relating to the Treaty of Washington**. 6 volumes. Washington: GPO, 1872-4.

_____. **The Case of the United States, to be Laid Before the Tribunal of Arbitration, to be Convened at Geneva Under the Provisions of the Treaty Between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain**. Washington: GPO, 1872. 204p.

UNITED STATES CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. **The world factbook**. Disponível a partir de: <<http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/us.html>>. Acesso em 29 set. 2004

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. **The Alabama Claims**. Disponível a partir de <<http://www.state.gov/r/pa/ho/time/cw/17610.htm>> Acesso em 24 nov. 2004

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE. **North American Free Trade Agreement: U.S. experience with environment, labor and investment dispute settlement cases. (GAO-01-933, July 20, 2001)**. Disponível a partir de <<http://www.gao.gov>>. Acesso em 25 jun. 2003.

VALADÉS, Diego. Aspectos constitucionales de los flujos financieros internacionales. Consideraciones preliminares. In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). Regulación de flujos financieros internacionales. *Serie Doctrina Jurídica*. n. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 15-31.

VALDEZ, A. L. Strengthening the United States-Mexico Relation: a proposal for establishing a free-trade zone and co-production zone. **California Western International Law Journal**. v. 18. n. 1. 198701988. pp. 65-74.

VALVERDE, Miguel Ángel. **Coping with US-Mexican interdependence: the NAFTA response**. Documento de Trabajo n. 36. México DF: Centro de Investigación y Docencia Económicas, 1997.

VARGAS, Jorge A. Mexico's Foreign Investment Act of 1993. **Mexican Law: A treatise for legal practitioners and international investors**. v. 1. St. Paul, Minnesota, West Group, 1998.

VELARDE ESTRADA, Rogelio López. Breves apuntamientos en torno al capítulo de inversión del TLCAN. **PEMEX Lex**. n. 75-76. México: Petróleos Mexicanos, 1994.

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Miguel A. La controversia en materia de inversiones entre METALCLAD Corporation y los Estados Unidos Mexicanos, a la luz del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. v. I. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001. pp. 543-556.

VILELA CARBAJAL, Jorge Eduardo. **La protección diplomática y la cláusula calvo**. Universidad de Piura/Perú. Disponible a partir de <<http://www.monografias.com/trabajos11/clausu/clausu2.shtml>>. Acceso em 14 out. 2004.

VIVES CHILLIDA, Julio A. **El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**. Madrid: McGrawHill, 1998.

Von WOBESER, Claus. El régimen legal de la inversión extranjera en el TLCAN y sus efectos en los flujos de capital hacia México. In: LEYCEGUI, Beatriz e FERNÁNDEZ DE CASTRO, Rafael (coord.). ¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. México DF: Instituto Tecnológico Autónomo de México e Miguel Ángel Porrúa, 2000. pp. 225-280.

_____. Arbitraje entre estados e inversionistas de acuerdo al TLCAN y a los APPRIS suscritos por México. **El Foro**. Undécima Época. v. XII. n. 2. México DF: 1999. pp. 20-38.

WEILER, Todd. Current legal trends in the Americas: NAFTA Chapter 11 jurisprudence: coming along nicely. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**. v. 9. n. 245. Georgetown: Southwestern University School of Law, 2002/2003.

_____. Foreign investment law and the United States: you can't tell the players without a score card. **The International Lawyer**. 37. v. n. 2. Chicago: American Bar Association, 2003. pp. 279-303.

_____. Nafta claim info. **Naftalaw.org**. Disponible a partir de <<http://www.naftaclaims.com>>. Acceso em 09 abr. 2003.

_____. Trade Ministers say the darndest things. **Naftaclaims**. 2001. Disponible a partir de <<http://www.naftaclaims.com/Papers/Newsletter%20Commentary.pdf>>. Acceso em 12 fev. 2005.

_____. **2000 in review: NAFTA investor-state dispute settlement gains steam.** Disponível a partir de <<http://www.naftaclaims.com/Papers/2000%20Article%20Final.pdf>>. Acesso em 01 jul. 2003.

_____. **Metalclad v. México: a play in three parts.** Disponível a partir de <<http://www.naftaclaims.com/Papers/JWI%20Article%20Final.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2003.

WEISBROT, Mark. Globalization for whom? **Cornell International Law Journal**. v. 31. n. 3. Ithaca/New York: 1998. pp. 631-655.

WHEELER, Marina. Greening the EEC Treaty. In: SANDS, Philippe. (ed.) *Greening International Law. Law and Sustainable Development Series*. New York: New Press, 1994. pp. 85-99.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge. **Introducción al derecho económico**. México: Harla, 1995.

_____. Aspectos regulatorio-institucionales de la inversión extranjera directa (IED). In: KAPLAN, Marcos e MANRIQUE CAMPOS, Irma (coord.). *Regulación de flujos financieros internacionales. Serie Doctrina Jurídica*. n. 34. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2. ed. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. pp. 75-121.

_____. **Social and economic rights within the context of the free trade area of the Americas**. 2002 (mimeo)

YAGHMAIAN, Behzad. Globalization and the State: the political economy of global accumulation and its emerging mode of regulation. **Science & Society**. vol. 62, n. 02. Summer 1998. pp. 241-265.

YMAZ VIDELA, Esteban M. **Protección de Inversiones Extranjeras**. Buenos Aires: La Ley, 1999.

ZAMORA, Stephen. NAFTA and the harmonization of domestic legal systems: the side effects of free trade. **Arizona Journal of International and Comparative Law**. v. 12. n. 2. 1995. pp. 401-428.

_____. The americanization of Mexican law: non-trade issues in the North American Free Trade Agreement. **Law and policy in International Business**. n. 24. 1993. pp. 391-459.

ZARSKY, Lyuba; e GALLAGHER, Kevin P. NAFTA, Foreign Direct Investment, and Sustainable Industrial Development in Mexico. **Crossborder Updater**. 2. v. no. 2. Interhemispheric Resource Center (IRC). Americas Program. 13 de fevereiro de 2004. Disponível a partir de <<http://www.americaspolicy.org/briefs/2004/0401mexind.html>> Acesso em 24 de fev. 2004.