

breves cindes 62

**Acordos, regras e iniciativas
internacionais aplicáveis a IDEs:
mapeamento, evolução e implicações**

apoio



Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit DEZA
Direction du développement et de la coopération DDC
Swiss Agency for Development and Cooperation SDC
Agencia Suiza para el desarrollo y la cooperación COSUDE

CINDES é o coordenador da LATN no Brasil



Pedro da Motta Veiga

Janeiro de 2012

Sandra Polónia Rios



Acordos, regras e iniciativas internacionais aplicáveis a IDEs: mapeamento, evolução e implicações

*Pedro da Motta Veiga**

*Sandra Polónia Rios**

1. Introdução

Os fluxos de investimentos internacionais foram, no pós-guerra, objeto de intensa atenção e de muitas iniciativas dos países emissores e receptores de capital. A Carta de Havana de 1948 pretendia criar uma Organização Internacional do Comércio para lidar com temas comerciais, mas também com as “regulações nacionais relativas a firmas internacionais e com as práticas empresariais restritivas” (Sarafian, 1992).

Abstraindo-se esta iniciativa frustrada, pode-se afirmar que datam do final dos anos 50 e início dos 60 as primeiras iniciativas de negociação de acordos especificamente voltados para o tema de investimentos.

De lá para cá diferentes mecanismos e instrumentos, mesclando atores públicos e privados, e tendo como objeto as políticas estatais e a atuação empresarial foram desenhados e postos em prática, configurando um cenário complexo e no qual as diferentes iniciativas não necessariamente convergem. Este *patchwork* que constitui hoje um regime internacional de investimentos de facto expressa, em suas diferentes camadas, ambientes e tendências políticas diversas, reunindo iniciativas que expressam tanto a hegemonia do paradigma liberal de políticas públicas nos anos 90 quanto a evolução recente do cenário global, marcado por críticas crescentes ao modelo liberal de globalização.

* Do CINDES

Enquanto no período liberal os acordos de proteção de investimentos foram o modelo por excelência de acordo internacional nesta área, hoje eles convivem com uma safra mais recente de instrumentos, em geral voluntários, de responsabilização das empresas transnacionais e de comprometimento destas com certos padrões de governança e de responsabilidade social – definida de maneira cada vez mais extensa e profunda.

As evoluções ocorridas em todas estas dimensões de *rules-setting* são descritas nas seções 2 a 4 deste trabalho. A seção 5 explicita a posição do Governo e das empresas transnacionais brasileiras frente a este conjunto de iniciativas. A seção 6 apresenta as principais conclusões do trabalho.

2. Os acordos de proteção de investimentos

No primeiro acordo bilateral firmado, em 1959, entre um país desenvolvido (a Alemanha) e um país em desenvolvimento (o Paquistão), o foco central era a proteção dos direitos do investidor e o acordo não se preocupava com os direitos do país anfitrião do investimento.

Uma razão forte para essa evolução estaria vinculada ao ambiente político dominante nos países em desenvolvimento, naquele período: os processos de descolonização e de formação de novos Estados nacionais faziam da expropriação e da nacionalização dos ativos estrangeiros naqueles países um risco constante e bastante real.

Mesmo quando este risco tornou-se menos importante, os acordos bilaterais de investimento mantiveram-se dentro deste padrão, focados na proteção dos direitos dos investidores e envolvendo pares de países com níveis distintos de desenvolvimento. As regras e disciplinas estabelecidas por estes acordos passaram a basear-se, em grande medida, em princípios trazidos do regime comercial gerenciado pelo GATT – tratamento nacional, NMF – mas também introduzindo regras de uma natureza nova – *standards absolutos* (isto é, não relativos como os *standards* de TN e NMF

do GATT) de tratamento do IDE, conceito de expropriação indireta, etc – que viriam a estar, mais tarde, no centro das críticas endereçadas aos acordos de investimentos.

Uma característica central do quadro resultante deste padrão de disseminação dos acordos de investimento é o fato de, embora incorporando princípios e conceitos do GATT, estes se terem desenvolvido à margem do quadro institucional de regulação multilateral do comércio.

A “geração 90” de acordos de investimentos traduz claramente a prioridade concedida aos objetivos (i) de prover aos investidores externos proteção e garantias ampliadas, inclusive com novos mecanismos institucionais e com novas disposições substantivas incluídas nos acordos; e (ii) de definir regras liberais de admissão e de estabelecimento dos investidores estrangeiros nos países receptores e, se possível, de ampliar o grau de liberalização aplicável, no momento da assinatura dos acordos, aos fluxos de investimentos entre as Partes contratantes dos acordos.

A dinâmica de assinatura de acordos bilaterais baseados na proteção ampliada dos direitos do investidor e na liberalização das regras aplicadas aos fluxos de investimentos começou a perder fôlego no final dos anos 90, sob a pressão de tendências políticas que emergem e se consolidam, nos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

O fracasso das negociações do Acordo Multilateral de Investimentos (*Multilateral Agreement on Investments – MAI*) da OCDE, em 1998, foi um momento emblemático da reversão de tendências, ao sinalizar o esgotamento do impulso liberalizante que os acordos de investimentos traduziam melhor - e de forma mais completa do que qualquer outro tipo de acordo.

Num ambiente político menos favorável à liberalização dos fluxos de comércio e investimentos, os acordos de investimentos tornaram-se o alvo privilegiado até mesmo de experts, governos e instituições que, sem serem críticos da globalização, vêem naqueles acordos mais custos do que benefícios.

A crítica aos acordos de investimentos aponta para um conjunto de características que dizem respeito à interface entre Estados nacionais e compromissos internacionais e cujo resultado essencial seria o de limitar os direitos dos Estados anfitriões para regular, tal limitação se dando em nome do respeito aos direitos do investidor.

Embora seja possível identificar um “núcleo duro” de disposições dos acordos baseados em diferentes modelos, a intensificação das críticas a muitas dessas disposições, nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, tem produzido, nos últimos anos, um movimento “revisionista” na área dos acordos de investimento. Como resultado desse movimento, registra-se um processo de crescente diferenciação dentro do universo de acordos, identificável menos no nível da arquitetura destes e mais no plano do conteúdo concreto de suas disposições.

As principais inovações introduzidas nos acordos nos últimos anos envolvem precisamente aqueles modelos mais ambiciosos, que incluem cláusulas de pré-estabelecimento (acesso a mercado) e regras para disciplinar expropriações indiretas.

Frente às críticas e às controvérsias geradas pelo uso de conceitos muito amplos nessas áreas, os acordos mais recentemente assinados pelos EUA passaram a limitar a abrangência de certas definições e cláusulas. Em acordos de investimento assinados em diferentes regiões do mundo registra-se também a proliferação de exceções gerais que isentam das obrigações dos acordos medidas voltadas para garantir objetivos de política pública em áreas como saúde, segurança, meio ambiente e promoção de direitos sociais, trabalhistas e humanos.

Em suma, nos últimos anos, o regime internacional de investimentos vem se distanciando do paradigma dos anos 80 e 90 do século XX, caracterizado pela difusão de acordos essencialmente focados na liberalização dos fluxos de IDEs, em sua proteção e na harmonização dos regimes nacionais de IDEs (em torno de um vetor liberal). Embora o número de acordos bilaterais de proteção de investimentos continue a crescer (UNCTAD, 2011), os custos e benefícios dos acordos de investimento típicos das décadas anteriores passaram a ser mais questionados, tanto em países desenvolvidos quanto naqueles em desenvolvimento.

Ao lado das críticas aos acordos de investimentos originadas de preocupações com o direito dos Estados nacionais a regular e com a provisão de bens públicos globais, a questão dos direitos humanos tem-se consolidado, nos últimos anos, como uma nova fonte de críticas àqueles acordos. Este tipo de questão passa a ganhar relevância – acrescentando-se à agenda ambiental e social – na medida em que crescem os investimentos (não só externos) em setores intensivos em recursos naturais, muitas vezes feitos em regiões habitadas por povos indígenas, minorias étnicas e outros grupos sociais econômica e culturalmente vulneráveis (mulheres e crianças, especialmente).

3. Os investimentos na agenda do multilateralismo comercial

Assim como os acordos bilaterais, o segundo vetor de constituição de um regime internacional de investimentos – o regime multilateral de comércio, expresso pelas negociações e acordos do GATT e de sua sucessora, a OMC – se volta para o estabelecimento de disciplinas que limitem o grau de discricionariedade dos Estados nacionais frente aos investidores externos. No entanto, o grau de alcance e cobertura dos instrumentos multilaterais nesta área temática (os investimentos internacionais) nunca chegou perto daquele alcançado pelos instrumentos bilaterais.

Não há um acordo de proteção de investimentos no âmbito da OMC. No entanto, há, na arquitetura da normativa multilateral, acordos e disposições com diferentes níveis de relevância para os investimentos externos e para os investidores estrangeiros. Há acordos que, de forma direta, protegem o investimento internacional e ajudam a criar um ambiente mais liberal para o investimento internacional e há aqueles que não protegem os investimentos externos, mas tratam de questões regulatórias que têm relevância imediata para os investidores internacionais e seus investimentos.

Em meados da década de 80, os investimentos internacionais foram, juntamente com o comércio de serviços e os direitos de propriedade intelectual (DPI), um dos

“novos temas” da agenda de negociações comerciais internacionais a ser tratada pela Rodada Uruguai do GATT. Nesta Rodada, assinou-se o acordo de Medidas de Investimento Relacionadas a Comércio (TRIMs), que proíbe os Estados nacionais de exigir dos investidores externos certos requisitos de desempenho associados a conteúdo nacional e a desempenho comercial.

O Acordo de TRIMs não se refere especificamente a empresas ou a investimentos estrangeiros, aplicando-se suas disposições a todas as empresas. No entanto, como as empresas multinacionais tendem a ser mais intensivas em comércio que suas contrapartes domésticas, o ônus das medidas de investimento relacionadas ao comércio tendem a recair de forma mais forte sobre aquele grupo (OECD, 2003).

O Acordo não especifica a totalidade das medidas que se pretende eliminar, apenas indicando, à guisa de ilustração, medidas que são consideradas incompatíveis com as regras do GATT, essencialmente as medidas de conteúdo local - assimiladas a restrições quantitativas às importações - e as obrigações de equilíbrio comercial¹ - cujos efeitos combinam os de restrições quantitativas às importações e de subsídios às exportações.

As disposições do Acordo de Comércio de Serviços (GATS) cobrem os investimentos diretos em setores de serviços, mas os governos nacionais mantêm, graças à arquitetura deste acordo, ampla margem para manter proteção a seus setores de serviços e para manter restrições contra investimentos estrangeiros nestes setores.²

¹ Este tipo de obrigação impõe à empresa estrangeira a manutenção de determinada relação entre importações e exportações.

² Outros acordos firmados no âmbito da OMC têm implicações para os investimentos internacionais, embora não os tenham como objeto. É o caso dos Acordos de Compras Governamentais (de âmbito plurilateral) e de TRIPs (este último, por exemplo, protege os direitos de propriedade intelectual, parte crescentemente importante dos ativos dos investidores internacionais). Ambos os acordos incluem disposições sobre não discriminação, tratamento nacional, etc. Também o acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias tem alguma relevância para a área de investimentos, pelo fato de que certos tipos de incentivos ao investimento podem ser classificados como subsídios e são considerados proibidos ou “acionáveis” à luz das disciplinas do Acordo. No entanto, as implicações do ASCM para os investimentos externos são apenas indiretas e sua relevância é contingente à utilização, pelos governos anfitriões destes investimentos, de incentivos classificáveis como subsídios para atraí-los.

O mandato de Doha, estabelecido em novembro de 2001, além de prever a continuação das negociações de serviços – o que tem implicações diretas para as negociações de investimentos nestes setores – estabeleceu que o início das negociações sobre “comércio e investimentos” deveria ocorrer após a Quinta Conferência Ministerial da OMC (realizada em Cancun, em setembro de 2003) com base em modalidades de negociação que seriam definidas nesta Conferência. A recusa de países em desenvolvimento em negociar os chamados temas de Cingapura (entre os quais, investimentos) foi um dos fatores que estiveram na origem do fracasso da Conferência de Cancun. Na sequência, as negociações em Genebra, durante o primeiro semestre de 2004, levaram à eliminação do tema de investimentos da agenda da Rodada de Doha.

4. As normas e padrões de comportamento empresarial

O terceiro vetor de constituição de um regime internacional de investimentos envolve o estabelecimento de normas e padrões cujo objeto são, não os Estados nacionais e suas regulações aplicáveis a investimentos diretos (como no caso dos dois outros vetores), mas as práticas e políticas das empresas transnacionais.

De maneira geral, as críticas aos acordos de investimentos apontam para a busca de um maior equilíbrio de direitos entre investidores externos e governos dos países hóspedes. Já os instrumentos gerados sob inspiração da matriz de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) atacam o desequilíbrio entre deveres de investidores e governos, buscando aumentar a “cota” de deveres dos primeiros nos países de destino de seus investimentos. Tais instrumentos são, em sua imensa maioria, voluntários – daí serem classificados como “*soft law*” - mas seu número e seu alcance cresceu fortemente na última década.

O universo de instrumentos inspirados no modelo de RSC inclui hoje:

- padrões gerados por organizações intergovernamentais, derivados de princípios universais expressos em declarações e acordos internacionais, formulados nas Nações Unidas (*Global Compact*, por ex.), na OCDE e na OIT. Os princípios estabelecidos nestes documentos são referência para os demais tipos de iniciativas inspiradas na “matriz RSC”;
- padrões produzidos por iniciativas *multistakeholders*. Este tipo de iniciativa envolve diferentes atores (empresas, trabalhadores, sociedade civil, consumidores) e em geral os padrões que define se referem aos processos e métodos de produção, bem como às implicações ambientais e sociais destes (por exemplo, padrões ISO 26.000).
- códigos de associações industriais. Estes códigos, em geral setoriais, envolvem a adoção, pelas principais empresas de uma indústria, de normas e padrões para lidar com aspectos sociais e ambientais das cadeias de fornecimento e de suas operações internacionais; e
- códigos de empresas individuais. Há milhares destes códigos e mais de ¾ das grandes transnacionais de países desenvolvidos e em desenvolvimento têm políticas específicas para as áreas ambiental e social (UNCTAD, 2011).

Enquanto as iniciativas de primeiro tipo são intergovernamentais, as demais podem ser estritamente privadas ou envolver arranjos público-privados, incluindo na dimensão privada não apenas as empresas, mas representações de outros segmentos da sociedade.

Embora haja manifestações deste vetor no último quarto do século XX, elas ganham impulso na primeira década do século XXI, no bojo de um processo de reversão de tendências políticas, que colocou sob intensas críticas o modelo liberal de acordo de investimentos e o desequilíbrio de direitos e deveres que tais acordos instaurariam entre Estados nacionais e investidores – em benefício destes.

4.1. As iniciativas da OCDE

Iniciativas de estabelecimento de padrões para empresas transnacionais prosperaram em um foro de negociação reservado até recentemente aos países desenvolvidos: a OCDE. Em 1976, foi assinada, nesta organização, a Declaração sobre Investimento Internacional e as Empresas Multinacionais, objeto de diversas atualizações desde então.

Em muitos aspectos, a Declaração da OCDE retoma temas e preocupações políticas caras aos países desenvolvidos e expressas no empenho destes em “empurrar” a agenda internacional de proteção de investimentos internacionais e em restringir o grau de discricionariedade dos Estados nacionais face aos investidores externos.

No entanto – e é neste sentido que a Declaração é uma expressão relevante do terceiro vetor de constituição do regime internacional de investimentos – o seu Anexo I são as Diretrizes sobre Empresas Multinacionais, que estabelecem princípios e padrões voluntários de conduta empresarial “responsável” que deveriam ser seguidos pelas empresas transnacionais. Nesta mesma linha, já no início da década de 90, as Diretrizes incorporaram a seu texto as questões da proteção ambiental e do emprego e relações industriais, sinalizando a emergência de uma novíssima geração de temas na arena das negociações econômicas internacionais.

Embora a adesão a seus princípios e padrões de responsabilidade social corporativa pelas empresas seja voluntária, as Diretrizes comprometem os Estados signatários com a sua implementação, cabendo a cada um deles definir um ponto focal nacional, responsável pela aplicação do instrumento e pelo encaminhamento de denúncias e queixas contra as empresas, amparadas pelas Diretrizes.

Até o momento, as Diretrizes já sofreram cinco revisões – 1979, 1984, 1992, 2000 e 2011. Em suas duas últimas revisões, as Diretrizes incorporaram novas áreas de responsabilidade social da empresa, como a luta contra a corrupção e a proteção dos consumidores. Também a cobertura da dimensão social se amplia considera-

velmente a partir da versão de 2000, que contém recomendações para acabar com o trabalho infantil e o trabalho forçado, além de incluir todas as chamadas normas fundamentais do trabalho, consagradas nos instrumentos internacionais da OIT. Em relação ao meio ambiente, são feitas recomendações para que as empresas multinacionais melhorem seu comportamento do ponto de vista ambiental adotando medidas tais como uma melhor gestão ambiental interna, regras mais rígidas envolvendo a publicação de informações ambientais e medidas de intervenção mais eficazes sobre os efeitos no meio ambiente.

A última versão das Diretrizes, publicada em 2011³, promove nova ampliação do escopo da responsabilidade social atribuída às empresas, ao incorporar um capítulo sobre direitos humanos, que busca operacionalizar os princípios desenvolvidos pelo representante especial da ONU para negócios e direitos humanos. Juntamente com esta ampliação do campo temático das Diretrizes, a versão 2011 introduz o conceito operacional de *due diligence*, um processo através do qual as empresas podem identificar, prevenir mitigar e prestar contas de como elas lidam com os impactos adversos atuais e potenciais de suas atividades, considerando-os como parte integral de seus processos decisórios e de seus sistemas de gestão de riscos. Este processo se aplica tanto às atividades da empresa transnacional, quanto às de seus parceiros locais (fornecedores, sócios, etc) que tenham vinculações diretas com suas operações, bens e serviços.

As Diretrizes inovam também ao estabelecer, no que se refere a direitos humanos:

- a idéia de que “falhas de Estado” não eximem as empresas de suas próprias responsabilidades. Nos termos das Diretrizes, “*a State’s failure either to enforce relevant domestic laws, or to implement international human rights obligations or the fact that it may act contrary to such laws or international obligations does not diminish the expectation that enterprises respect human rights*”.

³ Embora não seja membro da OCDE, o Brasil é um dos signatários da Declaração.

- o reconhecimento de que há circunstâncias que requerem que as empresas vão além da atenção aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Isso porque “*in practice, some human rights may be at greater risk than others in particular industries or contexts, and therefore will be the focus of heightened attention*” Por isso, “*depending on circumstances, enterprises may need to consider additional standards. For instance, enterprises should respect the human rights of individuals belonging to specific groups or populations that require particular attention, where they may have adverse human rights impacts on them. In this connection, United Nations instruments have elaborated further on the rights of indigenous peoples; persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities; women; children; persons with disabilities; and migrant workers and their families. Moreover, in situations of armed conflict enterprises should respect the standards of international humanitarian law, which can help enterprises avoid the risks of causing or contributing to adverse impacts when operating in such difficult environments*”.

Estas disposições acerca de responsabilidades empresariais em situações em que há falhas de Estado ou em que as atividades das transnacionais (e de sua cadeia de valor) as colocam em contato com contextos difíceis e /ou populações vulneráveis traduzem um tipo de preocupação que ganhou densidade, nos últimos anos, nos debates sobre IDEs e seus impactos positivos e negativos sobre as economias que os recebem.

Outro instrumento da OCDE - *Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones* - aprovado em 2006, aprofunda as preocupações das Diretrizes, levando em consideração os contextos políticos em que muitos investimentos externos são feitos e, em especial, aqueles que se caracterizam por falência ou distorção da capacidade pública para assegurar a proteção dos cidadãos (*weak governance zones*).

Alimentadas por estas preocupações, diversas iniciativas viram à luz, tanto em âmbito exclusivamente empresarial quanto em instituições intergovernamentais, voltadas para o estabelecimento de padrões desenhados seja para setores específicos, seja para contextos “críticos”. Em alguns casos, as iniciativas e os instru-

mentos que dela emergem definem padrões que combinam setores e contextos, como o caso dos instrumentos que têm como objeto as cadeias de suprimento de minérios de áreas afetadas por conflitos e de alto risco (caso que é tratado tanto por instrumentos da OCDE quanto pela nova legislação sobre o setor financeiro recentemente adotada pelos EUA – o *Dodd Frank Act*).

O setor de mineração tem sido, nos últimos anos, um objeto privilegiado deste tipo de iniciativas. A OCDE aprovou em 2010 um documento intitulado *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, uma iniciativa focada nos importantes investimentos externos em mineração em países da África Central (Região dos Grandes Lagos), uma zona marcada por intensos conflitos armados nas últimas décadas.

Assim como o documento da OCDE sobre investimentos em zonas de governança frágil, este instrumento, mais focado no setor mineral, pretende definir os passos que as companhias deveriam dar para identificar e lidar com os riscos atuais e potenciais para prevenir ou mitigar impactos adversos associados às suas atividades ou relacionamentos de negócios e políticos. Para fazê-lo, define um processo de *due diligence* aplicável à cadeia de suprimento do setor mineral e propõe que as empresas atuando no setor o integrem a seus sistemas de gerenciamento corporativo.

De acordo com o documento, as empresas se comprometeriam a evitar qualquer ação que contribua para o financiamento dos conflitos e a cumprir sanções determinadas pelas Nações Unidas. As políticas detalhadamente explicitadas no documento (sob a forma de uma *Model Supply Chain Policy*) deveriam ser adotadas pelas empresas atuando no setor de minérios em áreas de alto risco ou afetadas por conflitos.

4.2. Iniciativas não governamentais no setor de mineração: o exemplo da EITI

O crescimento acelerado da demanda por commodities minerais e o acirramento da disputa pelo acesso aos recursos naturais que a ele se associa – ambos os pro-

cessos envolvendo, como ator de primeira grandeza, a China e suas empresas – gerou, nos últimos anos, um forte incremento nos preços daqueles produtos e a multiplicação de novos projetos de investimentos, muitos deles transnacionais. Estas evoluções, associadas aos potenciais impactos ambientais e sociais de projetos de mineração – frequentemente projetos de larga escala desenvolvidos em áreas habitadas por populações indígenas ou pobres ou em zonas ainda pouco submetidas à atividade humana – fez do setor mineral um alvo preferencial de iniciativas não governamentais de “regulação” destes investimentos à luz de objetivos de desenvolvimento sustentável e de respeito aos direitos das populações e comunidades locais.

Como seu nome indica, a EATI – *Extractive Industries Transparency Initiative* é um projeto multistakeholder voltado não apenas para a indústria de mineração, mas também para a de petróleo e gás, todas elas reunidas sob a rubrica de “indústrias extrativas”. Todas as principais empresas privadas – e algumas estatais – do setor de mineração fazem parte da iniciativa, que foi criada em 2003 e pretende definir um padrão global de transparência para as relações entre as empresas e os governos dos países que recebem os investimentos.

A transparência em questão se refere à publicação integral tanto dos valores pagos pelas empresas aos governos (a título de impostos, *royalties*, etc), quanto das receitas auferidas pelos governos a partir das atividades daquelas empresas, sendo todo o processo é supervisionado por instâncias *multistakeholders*.

Embora a iniciativa seja não governamental, ela se dirige às empresas e aos governos, estes últimos sendo responsabilizados pela implementação da iniciativa em seus países. Na realidade, os membros da EATI são países que se comprometem com os princípios da iniciativa, aceitam compromissos para tornar-se membros candidatos e, ao cabo de um período de 18 meses, podem aplicar para o status de membro cumpridor (*Compliant Member*). Cabe ao governo garantir que todas as companhias estabeleçam seus relatórios com os valores pagos, bem como que todas as entidades governamentais façam o mesmo com os valores recebidos, com base em dados audi-

tados segundo padrões internacionais. A validação do processo através do qual um país se torna “membro cumpridor” é feita por um ente externo ao EITI.

Há hoje 12 membros plenos do EITI, seis dos quais africanos, quatro asiáticos e um europeu (Noruega). Em processo de acessão (candidaturas), há outros vinte e três países, quinze dos quais africanos, quatro asiáticos, três latino-americanos (Peru, Guatemala e Trinidad e Tobago) e um europeu (Albânia). A iniciativa é apoiada por sessenta das maiores empresas dos setores extrativistas, inclusive a Vale e a Petrobrás, e estas empresas devem declarar publicamente seu apoio à iniciativa, promovendo-a nacionalmente nos países em que opera, além de publicar anualmente relatório de sustentabilidade global ou de RSC. Também apoiam, inclusive financeiramente a iniciativa, investidores institucionais e privados, além de organizações internacionais, como o FMI, o Banco Mundial e os bancos regionais de desenvolvimento das Américas, África, Ásia e Europa.

4.3. Iniciativas de transparência e questionamento dos contratos investidor-Estado

Os contratos individuais entre investidores externos e Estados hóspedes dos IDEs têm sido submetidos a crescente escrutínio de iniciativas *multistakeholders*, ONGs, etc. Parte significativa do esforço intelectual e de *advocacy* até há pouco dedicado à análise e crítica dos acordos intergovernamentais de proteção de investimentos tem se deslocado, nos últimos anos, para os contratos entre investidores e Estados.

Porque o foco nos contratos? Segundo Cotula (2011), “juntamente com a legislação nacional e internacional aplicável, os contratos investidor-Estado definem os termos de um projeto de investimento e a maneira pela qual os riscos, custos e benefícios são distribuídos”. Como estes contratos envolvem apenas o investidor e o Estado, suas provisões não recebem a publicidade que acordos intergovernamentais de proteção de investimento usualmente têm. Isso aumentaria os riscos de captura regulatória de órgãos de Estado pelos investidores, tornando ainda mais importante o foco no conteúdo, mas também no processo de negociação destes contratos.

Nesta visão, conhecer e avaliar os contratos à luz de objetivos de desenvolvimento sustentável permitiria reduzir riscos de projetos de investimentos – especialmente os de grande porte voltados para a exploração de recursos naturais – e maximizar oportunidades a ele associadas. Mas mesmo autores que enfatizam a importância desta abordagem reconhecem que “a análise dos contratos não substitui as avaliações de impactos econômicos, sociais e ambientais do investimento” já que “contratos bem negociados podem ser implementados de forma precária e gerar resultados decepcionantes” (Cotula, 2011).

Na visão deste autor, os aspectos-chave dos contratos que deveriam ser objeto de revisão, com destaque para o fato de que o equilíbrio entre aspectos econômicos, sociais e ambientais do projeto pode evoluir durante o tempo de vida do contrato, exigindo do Estado a adoção de medidas regulatórias não previsíveis no momento da assinatura dos contratos.

Esse aspecto tem recebido muita atenção dos analistas, que põem o foco na discussão e no questionamento das “cláusulas de estabilização” presentes nos contratos entre investidores e Estado. Na realidade, estas cláusulas replicam, no âmbito destes contratos, as cláusulas de “expropriação indireta”, presente nos acordos de proteção de investimentos e que constituem uma salvaguarda dos investidores contra medidas regulatórias do Estado hóspede que possam comprometer os resultados esperados do investimento.

As cláusulas de estabilização referem-se a questões fiscais (pagamento de impostos, *royalties*, rendas, etc) e a questões regulatórias de outra ordem, como as relativas a meio ambiente, temas sociais e trabalhistas, etc. As cláusulas podem ser do tipo “congelamento” (*freezing*) e de “equilíbrio financeiro”. As primeiras congelam o quadro regulatório que se aplicará ao ciclo de vida do projeto e acordo com o status quo vigente no momento em que o investimento é feito, enquanto as demais estabelecem compensações que o Estado deve pagar se o investidor tiver custos adicionais para adequar a mudanças regulatórias ou concedem ao investidor uma isenção de cumprimento de novas regulações introduzidas após a realização do investimento (Mann, 2011).

Além da constatação de que as cláusulas de estabilização podem desincentivar as empresas beneficiadas a buscar as melhores práticas por seus próprios meios – elas prefeririam repassar os custos de *compliance* com novas regulações ao Estado, recorrendo para isso às cláusulas de estabilização - os críticos deste tipo de instrumento observam que elas podem restringir a capacidade dos Estados para adotar e melhorar padrões ambientais e sociais.

4.4. A responsabilidade social corporativa na nova legislação financeira dos EUA

Em julho de 2010, o Congresso dos EUA aprovou uma nova regulamentação das atividades financeiras no país – o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* - visando a evitar a repetição dos problemas que estiveram na origem da crise de 2008. Esta nova e abrangente regulamentação inclui duas disposições que pouco têm a ver com os objetivos principais da lei e que visam a promover maior transparência e respeito aos direitos humanos por parte das empresas dos setores extrativistas (mineração, óleo e gás) e daquelas que utilizam minérios originários da República Democrática do Congo e de outros nove países vizinhos.

A motivação central destas disposições relaciona-se com o fato de que há evidências de que atividades de mineração na RDC e países vizinhos ajudam a financiar conflitos armados envolvendo governos e milícias diversas, responsáveis por uma longa lista de atrocidades contra populações vulneráveis e de violações de direitos humanos. O tema mobilizou intensamente agências das Nações Unidas e a opinião pública nos países desenvolvidos, estando inclusive na origem de iniciativas internacionais *multistakeholders* já aqui referidas, como a EITI, além da iniciativa da OCDE concretizada no documento *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*. Relatório da Nações Unidas revelaram vínculos diretos entre a violência nestas regiões e a competição por recursos naturais por parte dos grupos armados estatais e não estatais (Global Witness, 2011).

Estas disposições se aplicam às empresa listadas em Wall Street, sejam elas domésticas ou de capital estrangeiro, e estão consubstanciadas nas Seções 1502 e 1504 do Dodd-Frank Act. A Seção 1502 estabelece um mecanismo de *disclosure* e transparência pelo qual as companhias listadas em Wall Street que utilizem certos minérios (“*conflict minerals*”) devem tornar pública a participação de minérios originados na RDC ou países vizinhos em suas cadeias de fornecimento e/ou em seus produtos. Os minérios listados no texto da lei e caracterizados como “*conflict minerals*” são utilizados em equipamentos e artefatos eletrônicos em setores como o de telecomunicações, automóveis, informática, bens de consumo eletrônicos, etc. As empresas cobertas pela disposição devem empreender um processo de *due diligence* para determinar a presença de *conflict minerals* em seus produtos, identificando não apenas os países de origem destes insumos, mas também, com a maior precisão possível, as minas de que são extraídos estes minérios.

Os produtos somente poderão ser considerados “*conflict free*” se a empresa for capaz de demonstrar que os minérios não financiam ou beneficiam direta ou indiretamente grupos armados (também definidos na lei) na RDC e países vizinhos. A Seção 1502 não proíbe a utilização destes minérios, nem veda o provisionamento de insumos originários das zonas de conflito, mas pretende atuar indiretamente sobre as empresas que os consomem, impactando sua reputação.

A Seção 1504 do Dodd-Frank Act requer a abertura da informação relativa ao pagamento a governos estrangeiros feitos por empresas listadas em Wall Street e que atuem nos setores da indústria extrativa (mineração, petróleo e gás). A disposição baseia-se na proposta legislativa denominada *Energy Security Through Transparency Act* (ESTT), apresentada ao Senado e que insta a Administração a tornar os EUA um país associado (como “*implementing country*”) à EITI. A inspiração de ambas as propostas – a contida na ESTT e a explicitada na Seção 1504 do Dodd-Frank Act – é de fato a EITI, de quem elas importam o foco – as indústrias extrativas – e o mecanismo – a divulgação pública dos pagamentos feitos. A diferença é que a Seção 1504, como legislação nacional dos EUA, requer apenas que as empresas divulguem seus pagamentos, não podendo fazer o mesmo

com os governos dos países de onde se extraem os recursos minerais (como faz a EITI). Esta disposição converge com as preocupações que estão na origem das disposições anti-suborno e corrupção do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)⁴.

5. O Brasil frente às regulações de investimento: implicações para as empresas brasileiras

A postura do Governo Brasileiro em relação a iniciativas intergovernamentais relacionadas a investimentos externos tem combinado certa distância em relação a iniciativas consideradas como “portadoras de riscos” para a estratégia industrial do país com, naqueles foros com agendas mais amplas e de que o Brasil participa (por ex., a OMC), a adoção de posturas defensivas voltadas para limitar o escopo das negociações e o alcance das disciplinas.

Estas posições estão enraizadas tanto na tradição brasileira de ativismo em políticas industriais e no objetivo de preservar dos regimes internacionais sua autonomia para formular e implementar tais políticas, quanto no fato do Brasil ser um tradicional receptor de IDEs e, até recentemente, um marginal emissor deste tipo de fluxos.

O Brasil continua sendo um grande receptor de IDEs e mantém – e tem mesmo aprofundado, nos últimos anos - sua preferência por políticas industriais ativas. O que vem mudando, entre os condicionantes das posições oficiais do Brasil, é o peso dos IDEs originários do país. Estes cresceram significativamente ao longo da primeira década do século XXI.

Esta evolução não alterou a posição brasileira frente aos acordos de proteção de investimentos. De fato, se o Brasil tem participação limitada na rede de acordos intergo-

⁴ Nenhuma destas duas disposições encontra-se ainda em vigor. Versões preliminares foram disponibilizadas para consulta pública pela SEC – *Securities and Exchange Commission* em dezembro de 2010. A versão final das duas Seções deveria ter sido divulgada pela SEC em abril de 2011, mas esta divulgação somente deverá ocorrer no final deste ano.

vernamentais que constituem um dos eixos do regime internacional de investimentos vigente, isso se deve essencialmente ao fato de que o país não ratificou nenhum dos mais de 2.800 acordos de proteção de investimentos (em vigor no mundo).

Como membro da OMC, o Brasil tem o compromisso de cumprir os acordos firmados nesta organização, inclusive aqueles que se aplicam a políticas de investimentos: Acordos de TRIMs e de Subsídios e Medidas Compensatórias, além do GATS (modo 3 – investimentos em serviços). Nas negociações da Rodada Doha, o Brasil sempre teve posição defensiva nas negociações de investimentos, tema que foi introduzido como tal no início da Rodada.

Entre os instrumentos da OCDE aqui considerados, o Brasil assinou as Diretrizes sobre Empresas Multinacionais, embora não seja membro da organização. Na realidade, o Brasil tornou-se signatário deste documento quando de sua revisão de 2000.

No setor de indústrias extrativas, o Brasil não participa da EITI, iniciativa que exigiria do governo o cumprimento de certos requisitos aplicáveis tanto a empresas estrangeiras com investimentos no país quanto a empresas brasileiras com investimentos no exterior.

Independentemente da posição oficial do Governo brasileiro e de seu relativamente baixo grau de envolvimento com iniciativas de proteção de investimento, as empresas brasileiras que investem no exterior tendem a preocupar-se com a proteção dos seus investimentos. Especialmente no caso de firmas atuando em setores intensivos em recursos naturais ou de infra-estrutura, estas buscam mecanismos para garantir padrões elevados de proteção.

Em alguns casos, empresas brasileiras atuando na América do Sul logram incluir em seus contratos com entes estatais dos países em que investem cláusulas de proteção – como as “cláusulas de estabilização” - e de arbitragem internacional no caso de litígio. Em outros, empresas brasileiras firmam contratos através de suas filiais em países que têm acordos de proteção de investimentos com aqueles em

que fazem seus investimentos. De maneira geral, especialmente na América do Sul, as empresas brasileiras tendem a esperar que o bom relacionamento político do Brasil com seus vizinhos - em particular aqueles cujos governos vêm com restrição os IDE - sirva como mecanismo de proteção aos seus investimentos.

Os dois primeiros tipos de recurso - a inclusão de cláusulas contratuais e o uso de filiais estabelecidas em países que tenham APPIs com o país de destino dos investimentos na região - somente estão disponíveis para as grandes transnacionais brasileiras. O terceiro tipo - “a garantia” oferecida pelo bom relacionamento político do Brasil com seus vizinhos - já se provou no mínimo questionável à luz da experiência recente de empresas brasileiras na região. Além disso, ambos os instrumentos encontram-se hoje sob intenso questionamento e escrutínio da sociedade civil, em âmbito internacional.

Por outro lado, empresas transnacionais brasileiras com atuação em setores extrativistas associam-se a iniciativas como a EITI e outras focadas na responsabilidade social corporativa. As que são listadas na NYSE passarão a estar também sujeitas às disposições do Dodd-Frank Act, que estabelecem exigências de transparência no uso de “*conflict minerals*” e nos pagamentos feitos a governos de países africanos (RDC e vizinhos).

6. Conclusão

Até recentemente, o foco dos instrumentos internacionais aplicáveis a fluxos de IDE foi quase que exclusivamente a proteção dos direitos dos investidores externos e a redução do risco político enfrentado por estes e associado a decisões e políticas dos governos dos países hóspedes do IDE. Mais recentemente, os contratos investidor-Estado vêm desempenhando papel complementar aos acordos intergovernamentais na função de garantir proteção aos IDEs.

Na primeira década do século XXI, estes instrumentos passaram a ser crescentemente objeto de críticas, tanto nos países desenvolvidos quanto naqueles em desenvolvimento. A ênfase dos acordos intergovernamentais e dos contratos investidor-Estado na proteção dos direitos dos investidores sem contrapartida no estabelecimento de deveres destes ou na definição “positiva” de espaços de política para os Estados receptores dos investidores externos passou a ser fortemente questionada.

Nada disso impediu que acordos de proteção de investimentos e contratos entre investidores e Estados continuassem a se difundir pelo mundo, mas estes questionamentos deram um forte impulso à revisão, nos últimos anos, das disposições mais controversas de muitos acordos e a vasta gama de iniciativas (intergovernamentais, *multistakeholders*, privadas, unilaterais, etc) voltadas para definir:

- deveres de supervisão e controle dos Estados sobre atividades das empresas transnacionais; e
- compromissos ou obrigações de transparência e de mapeamento de riscos associados a violações de direitos humanos por parte das empresas transnacionais.

No que se refere ao grau de *enforcement* e de sanção das regras estabelecidas, parece haver ainda uma importante assimetria entre os mecanismos de proteção dos IDEs – que comprometem legalmente os Estados e contam com mecanismos de solução de controvérsias – e as iniciativas que engajam a responsabilidade e as obrigações das empresas transnacionais, que se apóiam principalmente nos “riscos à reputação” empresarial para fazer valer suas disposições.

Mecanismos como as Diretrizes da OCDE ou a EITI, que engajam também os Estados nacionais que a eles se vinculam, tendem a contribuir para a redução desta assimetria. As condicionalidades do Dodd-Frank Act também têm maior poder de *enforcement* e de eficácia, embora somente se apliquem às empresas que buscam determinados mecanismos de financiamento ou de capitalização através da NYSE.

No que se refere às iniciativas tipicamente privadas e voluntárias, embora as declarações a acordos intergovernamentais funcionem como referência para muitas iniciativas delas – setoriais ou não – há uma grande heterogeneidade entre tais iniciativas, no que se refere a temas cobertos, ao envolvimento de diferentes *stakeholders* e, associado a este ponto, à legitimidade social do instrumento.

Em suma, há uma clara tendência, no cenário internacional, a submeter a maior escrutínio, nos países hóspedes de investimentos, acordos intergovernamentais de proteção de investimentos, assim como contratos entre investidores e o Estado. Sobretudo na África, em que o déficit de governança doméstico é elevado, iniciativas internacionais tendem a ganhar força como mecanismos suplementares de *enforcement* de certos padrões de conduta pelas empresas e pelos governos hóspedes.

Para as empresas transnacionais brasileiras, o quadro é um pouco diferente daquele com que se enfrentam as multinacionais da grande maioria de países, pelo fato do Brasil não ter acordos bilaterais de proteção de investimentos. Como se disse, algumas transnacionais brasileiras contornam este problema, investindo através de filiais em países que têm este tipo de acordo com os países de destino do investimento ou assinando contratos diretamente com os governos destes países. Ao mesmo tempo, as iniciativas de “responsabilização” das empresas as afetarão, como às suas concorrentes de outros países.

Impactos destas evoluções sobre a competitividade das transnacionais brasileiras serão provavelmente neutros ou moderadamente positivos. Se a não assinatura pelo Brasil de acordos de proteção de investimentos constitui um fator de desvantagem competitiva das empresas brasileiras – o que não é nada óbvio – a tendência de redução da abrangência destes acordos diminuiria o tamanho daquela desvantagem. Por outro lado, supondo que as empresas concorrentes das transnacionais brasileiras também terão que se adaptar aos requisitos de iniciativas de “responsabilização” das empresas, estas ou não afetarão a competitividade atual das firmas brasileiras – vis à vis das empresas originárias de países desenvolvidos – ou poderão lhe ser benéficas – vis à vis das empresas originárias de países em desenvolvimento, especialmente aqueles submetidos a regimes não democráticos, como a China.

Referências bibliográficas

Cotula, L. (2011) - *Rethinking investor-state contracts through a sustainable development lens*, in Investment Treaty New, Issue 1, volume 2, October.

Global Witness (2011) – *The Dodd-Frank Act’s Section 1502 on conflict minerals*, 16 September.

International Institute for Sustainable Development (2005) - *IISD model international agreement on investment for sustainable development – Negotiator’s Handbook*.

Mann, H. (2011) - *Stabilization in investment contracts: rethinking the context, reformulating the result*, in Investment Treaty New, Issue 1, volume 2, October.

Motta Veiga, P. (2006) – *El régimen internacional de inversiones: un problemático status quo, un futuro incierto*, in Bouzas, R. (ed.) – *Después de Doha: la agenda emergente del sistema de comercio internacional*, Marcial Pons, 2007.

OCDE (2011) – *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: recommendations for responsible business conduct in a global context*, 25 May.

OCDE (2010) - *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*.

OCDE (2006) – *OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones*.

OECD (2003) – *The investment architecture of the WTO*, TD/TC/WP(2002)41/FINAL, 14 April.

Sarafian, A.E. (1992) - *Direct investment issues for the 1990's: an overview* - Centre for International Studies, University of Toronto

Schekulin, M. (2011) – *Shaping global business conduct: the 2011 update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Columbia FDI Perspectives, n. 47, 26 September.

UNCTAD (2011) – *World Investment Report 2011 - non-equity modes of international production and development*.

UNCTAD (2007) - *Bilateral Investment Treaties 1995 - 2006: trends in investment rulemaking*.