

DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA

Lauriana de Magalhães Silva *

RESUMO: O artigo indica que a relação entre investimentos internacionais e desenvolvimento não é recente. A celebração de tratados de investimento representa condição institucional importante para fornecer segurança ao investidor. Aliados a tais tratados, percebe-se, no entanto, a necessidade de redução de custos, entre eles a tributação sobre a renda. Entende-se que, nesse ponto há um enlace essencial entre o Direito Internacional dos Investimentos e os Tratados Contra a Dupla Tributação da Renda.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Internacional Público. Investimento. Desenvolvimento. Tratados sobre Investimentos. Tratados Contra a Dupla Tributação da Renda.

ABSTRACT: The article shows that the relationship between international investments and economic development is not new. Celebrating treaties on investments represents an important institutional condition to assure investor. Besides this treaties, there is, therefore, a reduction costs necessity, among them, income taxation. It means that, it can be identified an essential link that involves International Investment Law and Treaties against Double Income Tax.

KEYWORDS: International Public Law. Investment. Economic Development. Treaties on Investments. Treaties against Double Income Tax.

* Bacharel em Direito e Mestranda em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).

SUMÁRIO

1. Introdução

2. Algumas Considerações sobre Investimentos

2.1. Conceito: Perspectiva Econômica e Jurídica

2.2. Classificação

3. O Estado Receptor do Investimento e Investidor Estrangeiro

3.1. Investimento e Desenvolvimento Econômico

3.2. Tratados Bilaterais

3.3. Tratados Multilaterais

3.3.1. Principais Assuntos em Pauta na OMC sobre Investimentos

3.3.2. Acordo Multilateral sobre Investimento – OCDE

3.3.3. Garantia de Investimentos e Soluções de Controvérsias

4. Investimentos Internacionais e Tratados contra Dupla Tributação da Renda

4.1. Fatores que Influenciam o Fluxo de Investimento

4.2. Investimento e Tributação da Renda

4.2.1. Dupla Tributação da Renda e Investimentos Diretos

4.2.2. Dupla Tributação da Renda e Investimentos Indiretos

4.2.2.1. Investimento e Planejamento Tributário

5. Conclusões

6. Referências

1. Introdução

A decisão de investir requer, para a sua configuração, a soma de diversos fatores. Além da propensão a investir, da disponibilidade, da expectativa favorável e da rentabilidade, requer condições institucionais favoráveis.

Tais condições institucionais tanto do país de onde emana o investimento quanto do receptor, tende a formar garantias jurídicas que se traduzem na possibilidade de se exigir a eficácia dos compromissos assumidos. Em outras palavras, o investidor pode, em razão dos tratados internacionais sobre investimentos, pedir o cumprimento dos tratados bilaterais.

Esse fato é sensível quando se trata de países em desenvolvimento. Na busca pelo progresso, especialmente a partir da década de 1990, eles tendem a celebrar tais tratados bilaterais (e participar de tratados multilaterais) de investimento a fim de proporcionar atrativos para facilitar-lhe o ingresso e a permanência.

A busca por atrair investimentos internacionais não é fórmula recente. Desde os tempos remotos, a noção de investimento constitui uma troca: o dispêndio de recursos do investidor é permutado pelas benesses quanto à expansão das riquezas. Essa idéia é associada ao esperado progresso e ampliação do poder do Estado.

Desse modo, a soberania não se torna flexível apenas para a garantia jurídica quanto aos tratados de investimento propriamente ditos. Urge também reduzir os custos de investir, entre eles, a tributação dos rendimentos advindos dos investimentos realizados.

Feitas essas considerações, admite-se como propósito deste estudo explorar, brevemente, as principais noções que circundam a idéia de investir, as discussões essenciais que se fazem em torno do entrelaçamento entre investimento e desenvolvimento econômico e a relação desses com os tratados contra a dupla tributação da renda.

2. Algumas Considerações sobre Investimentos

2.1. Conceito: Perspectiva Econômica e Jurídica

Entende-se ser indispensável ao leitor esclarecimentos acerca do que vem a ser o termo investimento para fins do presente estudo. Dentre concepções do termo que procuram definir investimento, poder-se-ia delinear pelo menos dois pontos de vista essenciais.

O primeiro ponto de vista acerca de investimento concerne a idéia de se tomar parte de algo que possa representar benesse futura. O segundo, é do dispêndio para que essa benesse futura seja possível.

O termo investir, portanto, engloba em seu cerne, necessariamente, a noção de custo de oportunidade e a de expectativa, na qual o benefício seja maior que o sacrifício para obtê-lo.

A literatura econômica é vasta quando da análise do comportamento dos agentes, especialmente, tendo como parâmetro a realização de escolhas que envolvem as diversas expectativas.

Destaca-se, sobre as expectativas econômicas e as escolhas dos indivíduos, o trabalho de John Maynard Keynes.

O empreendedor (incluindo tanto o produtor quanto o investidor nessa descrição) têm que formar as melhores expectativas que pode para que os consumidores sejam preparados a pagar quando ele está pronto para lhes oferecer (direta ou indiretamente) depois de um certo lapso de tempo, e ele não tem escolha senão ser guiado por essas expectativas.

¹ “[T]he entrepreneur (including both the producer and the investor in this description) has to form the best expectations he can as to what the consumers will be prepared to pay when he is ready to supply them (directly or indirectly) after the elapse of what may be a lengthy period; and he has no choice but to be guided by these expectations” em KEYNES, John

Em outras palavras, o investidor, assim como o empreendedor, não vêem em suas ações econômicas de investimento, as melhores expectativas possíveis no longo prazo para que sejam propensos ao sacrifício de dispor sobre os seus ativos.

É importante verificar que a ciência econômica fornece um arcabouço de explicações que se mostram, dada sua visão instrumental – busca explicar a formação e utilização da riqueza – bastante úteis para o aprimoramento deste estudo.

A UNCTAD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) entende que existem três abordagens possíveis para o termo quanto a tratados sobre investimentos: a) definição baseada sob o critério de ativos; b) definições baseadas em transações e empreendimentos; c) a presença comercial.

No entanto, sem descurar das observações acerca dessas visões de investimento adotadas nos tratados, admite-se, neste estudo, a primeira das abordagens da UNCTAD, mais especificamente, o seguinte conceito:

O termo investimento engloba genericamente todo tipo de ativo que compreende:

- a) propriedades móveis e imóveis e outros direitos de propriedades como hipotecas, empréstimos e garantias;
- b) ações, debêntures e qualquer outro tipo de participação em companhias;
- c) solicitação de dinheiro ou qualquer formulação de contrato de modalidade financeira;
- d) direitos intelectuais de propriedade e valor intelectual da empresa (*goodwill*);
- e) concessões advindos da lei ou de contratos, incluindo concessões para cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.²

Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London: Macmillan, 1960. p. 154. (tradução livre da autora).

² “The term ‘investment’ shall mean every kind of asset and in particular shall include, though not exclusively: a) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens and pledges; b) shares, stocks and debentures of companies or interests in the property of such companies; c) claims to money or to any performance under contract

Entende-se que esse é um conceito abrangente o suficiente para abarcar, em seu cerne, as várias modalidades possíveis a partir do vocábulo investimento. A noção de ativo, em linguagem própria da ciência contábil, refere-se à aplicação de recursos. Nada adiantaria restringir a idéia de investimento como a única via de aplicação. Essa é a que irá, por fim, implicar o resgate, a melhoria econômica, que o proprietário do ativo espera.

Sob o ponto de vista jurídico, existe a preocupação com a finalidade dessa aplicação de recursos, que se coloca sob o prisma do Direito: a relação entre a realização de investimentos em vista dos aspectos normativos e a noção de justiça.

Segundo o ponto de vista do Direito, os investimentos são negócios jurídicos. A apreciação jurídica da expectativa do sujeito ativo se dá no plano da intenção em aplicar recursos seguida da obtenção de benefícios. Para a validade do investimento, do ponto de vista jurídico, é necessário verificar a capacidade do agente (investidor), a validade e possibilidade jurídicas do objeto de investimento e se há necessidade de obedecer alguma formalidade intrínseca ao ato de investir.

A questão toma contornos mais sofisticados quando o negócio jurídico – investimento – é realizado por agentes que se localizam fora do território nacional. A capacidade jurídica a ser auferida para a realização do investimento, se no Brasil, deve ser verificada segundo as leis de domicílio do

having a financial value; d) intellectual property rights and goodwill; e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract, or exploit natural resources”, em UNCTAD – IIA Issues Paper Series: Keywords. pp. 93-100. (tradução livre) Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/iteit20042_en.pdf> Acesso em: 25 de setembro de 2007.

agente, visto que, de acordo com o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.³ De modo diverso, a validade, a possibilidade jurídica e as formalidades relativas ao investimento externo no país se realizam conforme as leis locais.

É necessário admitir que, além da importância das características de validade dos investimentos, a idéia de direito dos investimentos ultrapassa a esfera de “como” ele se aperfeiçoa e atinge os propósitos a que se destina. O Estado amplia ou não a regulação acerca dos investimentos de modo setorial, tendo como parâmetro os interesses e dos propósitos de política econômica. Essa visão será mais bem explorada no próximo capítulo.

2.2.Classificação

Adota-se, neste trabalho, a classificação de investimentos proposta por Patrick Julliard, pois se baseiam em critérios que se aplicam de modo cumulativo: a natureza, a origem e a destinação do aporte de recursos.

Desse modo, os investimentos podem ser classificados, quanto ao demandante, em públicos e privados. Segundo Julliard:

O investimento público resulta de uma vontade soberana e do poder público que tem por objeto a satisfação de um bem de interesse público; o investimento privado resulta de uma determinação livre de iniciativa individual e está orientado para a busca de lucros em benefício de interesse particular.⁴

³ BRASIL. Decreto-Lei nº4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro. DOU 9.9.1942.

⁴ “L’investissement public résulte d’une volonté souveraine de la puissance publique et a pour objet la satisfaction d’un besoin d’intérêt public; l’investissement privé résulte d’une libre détermination de l’initiative individuelle et est orienté vers la recherche du profit au bénéfice

Quanto à destinação do aporte, pode-se observar a distinção entre investimentos industriais e comerciais. Os industriais visam lucro a partir da melhoria do aparelho produtivo das empresas; os comerciais a partir de vetores multiplicadores de exportações

Quanto à participação, podem-se dividir em investimentos diretos ou em portfólio. Os investimentos diretos se operam pela via de controle das operações. Os investimentos em bolsa ou de portfólio, consubstanciam participações desprovidas de comando sobre os destinos da empresa em que se investe.

3. O Estado Receptor do Investimento e Investidor Estrangeiro

3.1. Investimento e Desenvolvimento Econômico

O desenvolvimento econômico é um direito humano, no sentido que vai além do simples crescimento econômico, por constituir caráter qualitativo às alterações quantitativas positivas da economia, englobando a melhoria da capacidade técnica em vista de processos dinâmicos que proporcionam a da sociedade como um todo.

Tanto a recepção de investimentos quanto a sua realização são fundamentais para a produção de riqueza. Mesmo diante desse fato, é possível reconhecer a existência de dilema entre países e investidores.

Os investidores não têm segurança absoluta de que os contratos de investimentos e que os acordos feitos com os governos do país hospedeiro não

d'interêts peticuliers” em JULLIARD, Patrick. **Droit International Économique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978. p. 364. (tradução livre da autora)

serão sujeitos a alterações unilaterais por aqueles governos em algum momento posterior.

Isso torna instável a relação entre as partes, provocando uma exclusão tácita dos movimentos de fluxo de capital e de pessoas. Do lado dos países, conforme explica Salacuse:

Flexibilizar a soberania com a admissão do livre fluxo de investimentos significaria prejudicar o mercado doméstico e o poder de influência política de grupos dominantes.⁵

O receio se fundamenta no sentido de oposição entre o poder soberano do Estado e a autonomia da vontade do investidor. O Estado goza da prerrogativa de impor a regulamentação que pretender no interior de sua fronteira, conforme seus interesses políticos, não havendo, especialmente perante a arena internacional, instrumentos capazes de forçá-lo a cumprir o acordo celebrado.

Ao se submeter às leis que produz, o Estado se compromete à solução ao dilema: permitira o ingresso de investimentos sem comprometer as suas expectativas políticas. A realização de tratados representa um compromisso jurídico perante o ambiente internacional.

A partir desse argumento, é possível formular a seguinte questão: por que seria interessante para o país pobre constranger sua soberania concluindo um tratado cujo propósito é limitar o governo de agir no futuro com medidas

⁵ SALACUSE, Jeswald W. **The Treatification of International Investment Law.** *Law and Business Review of the Americas*; Winter 2007; 13, 1; ABI/INFORM Global pg. 154 (tradução livre)

administrativas e legislativas para proteger os interesses nacionais? Salacuse entende que existem cinco explicações, que são aqui resumidas como:⁶

- a) Promoção do investimento internacional – a barganha da abertura em troca de maiores recursos a ingressar no futuro.
- b) Construção de relacionamentos – a obtenção de benesses que ultrapassam a questão dos investimentos em si, tais como a ampliação do comércio e transferência de tecnologia.
- c) Liberalização econômica – o aumento do intercâmbio entre diversos países por intermédio de investimentos provoca crescimento econômico.
- d) Encorajamento do investimento doméstico – o respeito ao tratado sobre investimentos tende a formatar uma atmosfera de confiança entre o capital privado e o governo
- e) Melhoria da governança e fortalecimento do estado de direito – desenvolvimento de regimes internacionais que impelem a política interna do Estado, obrigando-o indiretamente, a um maior respeito aos compromissos aos quais se submete.

Esse rol apresentado por Salacuse, não é isento de críticas. Isso por que, a melhoria da governança e o fortalecimento do Estado de Direito, por exemplo, não se enquadram em razões essenciais que levam um país em desenvolvimento a celebrar um tratado sobre investimentos. Cumpre afirmar que essa expectativa pode ser fruto de um longo processo político, o qual pode incluir, ou não, a realização de acordos internacionais.

3.2 Tratados Bilaterais

Patrick Julliard realiza, na obra *L'Évolution des Sources du Droit des Investissements*, uma questão essencial: como os países desenvolvidos

⁶ SALACUSE, Ibidem. p. 155.

poderiam conduzir os países em desenvolvimento a consentir as limitações de soberania que exigem a promoção dos investimentos?⁷

A força, certamente, não conduzirá a uma solução durável em matéria de investimentos, uma vez que implica em animosidade entre os envolvidos. Somente as negociações, com vistas a adequar os interesses dos países em desenvolvimento com os de onde emanam os investimentos poderá levar a uma maior segurança jurídica.

Desse modo, a convenção bilateral, apoiada sobre os princípios gerais de direito internacional, permitiria chegar a um nível de proteção que conferiria maior estabilidade que a apreciação do costume internacional dos diversos países em matéria de proteção aos investimentos.⁸ Os acordos bilaterais dão forma legal aos compromissos realizados a fim de haja resistência a forças que freqüentemente demandam a economia política da vida nos chamados países hospedeiros.

O efeito psicológico que se espera com a realização desses acordos é o de encorajar o investimento. Para tanto, é essencial o cumprimento das seguintes exigências:

- a) Equidade: a matéria que regula internamente os investimentos aplicarem-se com a mesma força que aos investimentos internacionais.
- b) Publicidade: transparência e respeito aos textos dos acordos, agir em conformidade com os acordos celebrados.
- c) Estabilidade: obediência ao Estado de Direito, sem movimentações unilaterais bruscas que afetem o investimento internacional. Estímulo à

⁷ “Comment les pays développés pouvaient-ils amener les pays en développement à consentir les limitations de souveraineté qu’exigeait la promotion des investissements?” JULLIARD, Patrick. **L’Évolution des Sources du Droit des Investissements**. Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye, p. 137 (tradução livre da autora)

⁸ JULLIARD, Patrick, op. cit., p. 137.

proteção por meio de tratados e regramentos que auxiliem dando suporte legal e estabilidade para a manutenção dos investimentos no país receptor.⁹

Desde o início dos anos noventa, o número de Tratados Bilaterais de Investimentos (em inglês BIT's) têm crescido de modo significativo. Um grau considerável de conformidade tem emergido em termos dos principais conteúdos desses tratados, embora com diferenças importantes envolvendo detalhes substantivos. Por outro lado, o surgimento dos BIT's foi acompanhado por um grau de evolução normativa. Esse desenvolvimento apresenta novos desafios para os tomadores de decisão. Enquanto os BITs limitam a flexibilidade regulatória dentro da qual as partes contratantes podem perseguir suas políticas de desenvolvimento econômico, os tratados mais recentes incluem uma ampla variedade de disciplinas que afetam mais áreas do país hospedeiro da atividade de modo mais detalhado e complexo.

Ao mesmo tempo, esses tratados colocam mais ênfase nas questões de política pública, em particular por meio, entre outros, da inclusão de salvaguardas e exceções relativas à saúde pública, meio-ambiente e segurança nacional. Além disso, segundo a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento):

A interação dos BIT's com outros acordos em diferentes níveis, incluindo bilateral, regional, plurilateral e multilateral se torna mais complicada. Como a integração econômica global se aprofunda, gerenciar os impactos da integração sobre a economia doméstica se torna mais árduo e os desafios envolvidos em concluir Tratados Bilaterais de Investimentos correspondentemente maiores.¹⁰

⁹ Ibidem, p. 48-53.

¹⁰ UNCTAD - **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking**. Disponível em: http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf. P. 11 Acesso em: 27/10/2007 (tradução livre)

Segundo informa Wenhua Shan, os países latino-americanos não se engajaram em tais tratados até fins de 1980.¹¹ Por volta de 1992, esses países realizaram um total de 300 tratados entre os quais 93% foram assinados na década de 90. Em nível regional o Mercosul seguiu a abordagem bilateral e o Pacto Andino foi revisto para acomodar as necessidades do estado em relação a doutrina Calvo.

O Brasil, apesar de signatário de diversas convenções bilaterais de proteção a investimentos, até o momento, não ratificou quaisquer delas, segundo se depreende da tabela a seguir:

Tabela 1 - Convenção das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento
Número total de Convenções Bilaterais sobre Investimentos concluídos (jun 2007)

País	Parceiro	Data de Assinatura	Data de
Ratificação			
<u>Brasil</u>			
	Bélgica e Luxemburgo	6-Jan-99	----
	Chile	22-Mar-94	----
	Cuba	26-Jun-97	----
	Dinamarca	4-May-95	----
	Finlândia	28-Mar-95	----
	França	21-Mar-95	----
	Alemanha	21-Sep-95	----
	Itália	3-Apr-95	----
	República da Coreia	1-Sep-95	----
	Países Baixos	25-Nov-98	----
	Portugal	19-Feb-94	----
	Suíça	11-Nov-94	----
	Reino Unido	19-Jul-94	----
	Venezuela	4-Jul-95	----

Fonte: UNCTAD Disponível

em: <http://www.unctad.org/sections/dite_pcb/docs/brazil.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2007. (tradução livre da autora)

¹¹ SHAN, Wenhua. **From "North-South Divide" to "Private-Public Debate": Revival of the Calvo Doctrine and The Changing Landscape in International Investment Law**. Northwestern Journal of International Law & Business; Spring 2007; 27, 3; ABI/INFORM Global pg. 631

3.3. Tratados Multilaterais

Não obstante a realização de uma ampla rede de tratados em matéria de investimentos, especialmente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, resta um fator: movimentos de livre circulação de investimentos em escala universal.

O tema da regulamentação dos investimentos vem sendo tratado no âmbito internacional desde o final da Segunda Guerra Mundial. Já em 1948, a Carta de Havana (constitutiva da malograda Organização Internacional do Comércio)* conferia certa disciplina aos investimentos estrangeiros. Desde então, diversos instrumentos vêm sendo negociados como forma de conferir maior segurança e estimular o fluxo de investimentos entre os países.

Durante a Rodada Uruguai (última rodada de negociações no âmbito do GATT), foi negociado um acordo multilateral sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio, denominado Acordo TRIMs (*Trade-Related Investment Measures*). Em vigor desde 1995, o Acordo passou a conferir maior segurança aos investimentos internacionais, em relação ao comércio de bens. Foram estendidos aos investimentos estrangeiros o princípio do tratamento nacional (art. III do GATT), bem como a obrigação de eliminação das restrições quantitativas (art. XI do GATT), limitando a possibilidade para os Estados de estabelecerem requisitos de desempenho e transferência de tecnologia. Tais restrições vêm sendo bastante questionadas pelos países em desenvolvimento, que desejam garantir ou ampliar seus espaços para a adoção de políticas industriais.

Tendo em vista que o Acordo TRIMs somente regulava as medidas de investimento em relação a comércio de bens, passou-se a discutir uma

regulamentação mais ampla, que abrangesse os fluxos de investimentos referentes ao comércio de serviços, bem como aos fluxos financeiros em geral. Durante a Conferência Ministerial de Doha, foi definido o seguinte mandato negociador: alcance e definição do tema investimentos, transparência, não-discriminação, modalidades para pré-estabelecimento baseadas em listas positivas do tipo GATS (Acordo de Serviços da OMC), dispositivos sobre desenvolvimento, exceções e salvaguardas para balanço de pagamentos, e consultas e solução de controvérsias.

3.3.1. Principais assuntos em pauta na OMC sobre investimentos.¹²

- Escopo e definição: Um dos pontos mais controvertidos da negociação envolve a definição da abrangência do termo investimentos, inclusive se serão incluídos os investimentos indiretos (ou de portfólio).
- Transparência: Algumas delegações consideram que as provisões de transparência da OMC oferecem elementos suficientes para fixar as obrigações que poderiam ser incorporadas em um acordo-quadro multilateral sobre investimentos, enquanto outras acreditam que as provisões já existentes deveriam ser consideradas como ponto de partida.
- Não-discriminação: As discussões sobre não-discriminação levantaram dois pontos: primeiro, a não-discriminação entre os investidores dos territórios dos diferentes Membros (princípio NMF) e o segundo, não-

¹² About WTO Investment Issues. Disponível em: <www.wto.org> . Acesso em 25 de agosto de 2007.

discriminação entre o investidor estrangeiro e o investidor doméstico (princípio do tratamento nacional).

- Modalidades para os compromissos de pré-estabelecimento baseados em lista positiva do tipo GATS: Os Membros têm debatido uma aproximação por meio de listas positivas ou negativas de compromissos. A maior parte dos Membros indicaram sua preferência por uma lista positiva do tipo GATS.
- Provisões de desenvolvimento: O Grupo de Trabalho tem discutido estratégias para atingir um equilíbrio entre as necessidades dos Membros em assegurar "espaço para políticas" de desenvolvimento, e criar uma base transparente, estável e previsível para o investimento. Duas possibilidades de incorporar este espaço em um eventual acordo multilateral de investimentos são: (i) assegurar flexibilidade no tipo das disposições substantivas do acordo; e/ou (ii) formular disposições especiais ou exceções em razão do desenvolvimento.
- Exceções e salvaguardas para a balança de pagamentos: Existência de flexibilidade em discutir as necessidades relativas à balança de pagamentos, o que pode ser parte integral de um acordo de investimento. Ao mesmo tempo, alguns Membros têm enfatizado a necessidade de garantir a livre transferência de todas as transações correntes e de capital, e que condições claras sejam relacionadas a quaisquer disposições de salvaguarda para assegurar que eles não envolvam discriminação arbitrária e injustificada, ou criem restrições indevidas.

- Solução de controvérsias entre os Membros: O relacionamento entre a aplicação dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC no contexto de um acordo multilateral de investimentos, por um lado, e a aplicação das disposições sobre solução de controvérsias contida em acordos de investimento bilaterais e regionais por outro, precisa ser melhor discutido. A principal questão reside na possibilidade ou não de que investidores individuais possam acionar Estados através de um mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado.
- Requisitos de desempenho: Serão discutidas as disciplinas relacionadas ao estabelecimento de requisitos de desempenho pelos Estados em relação aos investimentos recebidos.

3.3.2. Acordo Multilateral sobre Investimentos - OCDE

Negociações sobre acordos multilaterais sobre investimentos (AMI) foram lançados pelos governos no encontro anual do Conselho da OCDE, em nível ministerial em maio de 1995. O objetivo proposto dessas negociações era promover um amplo diálogo para o investimento internacional com altos padrões de liberalização do investimento e redimes de proteção ao investimento e com procedimentos efetivos de solução de controvérsias abertas a não-membros. As negociações foram descontinuadas em abril de 1998 e não foram concluídas.

3.3.3. Garantia de Investimentos e Soluções de Controvérsias

Preocupações sobre o ambiente de investimentos e percepções sobre o risco político frequentemente inibem o investimento estrangeiro direto, com a maioria dos fluxos indo para países mais seguros e deixando as economias mais pobres amplamente ignoradas.

A Convenção para Garantia dos Investimentos (conhecida como Convenção MIGA) direciona essas preocupações oferecendo três serviços-chave: seguro sobre o risco político para investimentos internacionais em países em desenvolvimento; assistência técnica para promover o clima de investimento; oportunidades de investimento em países em desenvolvimento e serviços de mediação de disputas para remover possíveis obstáculos para o investimento futuro.¹³

A estratégia operacional do MIGA está na sua maior força no mercado – atrair investidores e seguradores privados para ambientes de difícil operação. A estratégia de agência visa áreas específicas em que pode haver maiores receios por parte do investidor, especialmente quanto a:

- Desenvolvimento de Infraestrutura;
- Mercado de Fronteira (desenvolver investimentos em fronteiras de alto risco);
- Investimentos em países atingidos por conflitos;
- Investimento Sul-Sul (investimentos entre países em desenvolvimento).

O MIGA consubstancia uma rede de acordos e contratos que possibilitam setores da iniciativa privada garantias quanto à realização de investimentos em países e regiões, em especial, aqueles que estão em

¹³ Disponível em: <www.miga.org>. Acesso em: 21 de agosto de 2007.

situação de risco ou que dificilmente teriam condições políticas de oferecer a segurança institucional necessária a esses investidores.

Quanto às controvérsias, o Centro Internacional para o Estabelecimento de Disputas sobre Investimentos (em inglês ICSID) foi estabelecido sob a Convenção para o Estabelecimento de Disputas acerca de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, que tomou forma em 14 de outubro de 1966. Em relação à sua estrutura, o ICSID tem um Conselho Administrativo e um Secretariado. O Conselho é comandado pelo presidente do Banco Mundial e é composto por um representante de cada Estado que ratificou a Convenção.

A idéia do Centro é facilitar a conciliação e arbitragem das disputas entre países membros e investidores que são qualificados como nacionais de outros Estados membros. Importante salientar que não há, entre os seus signatários, renúncia à possibilidade de recorrer ao poder judiciário, uma vez que o recurso à conciliação e à arbitragem é inteiramente voluntário. Contudo, assim como regulamentado nas normas gerais sobre arbitragem da Convenção de Nova Iorque, uma vez as partes consentindo sobre a Convenção, nenhuma delas pode se retirar unilateralmente dessa concessão.

Interessante notar que além de promover facilidades para a conciliação e arbitragem sob a Convenção do ICSID, o Centro tem, desde 1978, tido uma série de Regras Facilitadoras Adicionais autorizando o Secretariado a administrar certos tipos de procedimentos entre Estados e nacionais estrangeiros que estão fora da Convenção. Elas incluem conciliação e procedimentos de arbitragem entre o Estado parte ou o Estado de origem do estrangeiro que não é membro do ICSID. Também são disponíveis tais procedimentos para caso em que a disputa não é uma disputa sobre

investimentos que se relacione a uma transação que se distingam de uma transação comercial comum.¹⁴

As decisões do ICSID têm tido cunho de proteção aos investidores, muitas vezes desconsiderando proposições do país receptor. No entanto, a prova desse argumento necessitará ser consubstanciada em uma análise mais profunda, que não é objeto do presente trabalho. Cabe informar ainda que o Brasil não faz parte nem da Convenção MIGA e nem do ICSID.

4. Investimentos Internacionais e Tratados contra Dupla Tributação da Renda

4.1. Fatores que Influenciam o Fluxo de Investimento

A partir do exposto nas seções anteriores, é pertinente tecer algumas considerações acerca dos fatores que influenciam o fluxo de investimentos.

Quando a atividade produtiva das empresas aumenta e esse aumento se reflete no valor de suas ações, há um aumento pela demanda na participação dos lucros. Esse acréscimo estimula a elevação dos valores das fusões e aquisições internacionais, impelindo o reinvestimento.

Isso significa, em outras palavras, que o investimento internacional em ações, a depender do desempenho econômico da companhia, tende a fomentar o reingresso e aumentar o fluxo de investimentos nessa categoria.

Outro aspecto de grande monta é a questão política. É inegável que a liberalização das políticas de investimentos e dos regimes de comércio em diversos países tem proporcionado o maior fluxo de investimentos internacionais.

¹⁴ ICSID – Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2007

Resta claro que a maior abertura ao mercado internacional tem proporcionado maior liberdade de trânsito de ativos entre as fronteiras. Países que adotam postura de política econômica restritiva tendem a se afastar dos benefícios que o comércio internacional proporciona e, portanto, tendem a deteriorar seus próprios recursos.

Nesse quesito, retoma-se como essencial a idéia econômica de vantagem comparativa exposta na obra de David Ricardo. Segundo o pensamento do autor, o esforço de uma dada nação deve se concentrar no setor econômico em que há mais vantagem produtiva: seja ele industrial ou de commodities. A idéia subjacente nessa questão é que não há Estado que seja auto-suficiente. Isso quer dizer, em outros termos, que há deterioração da riqueza presente quando o Estado “fecha as portas” da sua economia ao mercado internacional.

Quando, além da abertura, são concedidas vantagens como empréstimos, isenções e devolução de tributos, há aumento no fluxo de investimentos. Quanto aos incentivos para o ingresso, há que se falar, inclusive, em concorrência internacional por investimentos. Esse fenômeno, concorrência tributária, é provocado essencialmente quando há oferta de vantagens tributárias dos Estados a investidores internacionais de segmento econômico semelhante. Por exemplo, quando duas soberanias oferecem alíquotas diferentes e uma terceira isenção a investimentos em indústrias de processamento de alimentos.

Feitas as abordagens acima, é verifica-se que o aspecto tributário influencia sobremaneira o fluxo de investimentos.

4.2 Investimentos e Tributação da Renda

Ao lado dos tratados de proteção aos investimentos, das garantias e da possibilidade de solução de controvérsias, existe ainda uma ampla rede de tratados bilaterais contra a dupla tributação da renda.

O fato é que o rendimento auferido pela realização de investimentos além-fronteiras é passível de tributação sobre a renda. Isso se dá por que esse acréscimo patrimonial é em geral tributado, em maior ou menor grau, a depender da orientação da política econômica tanto do Estado do investidor quanto do receptor de investimentos.

A dupla tributação da renda traz conseqüências prejudiciais para o comércio de mercadorias e serviços e para o movimento de capital, tecnologias e indivíduos. Assim, torna-se necessário remover os obstáculos que ela levanta para o desenvolvimento de relações econômicas entre os países.

A concepção corrente é que a existência de tratados internacionais contra dupla tributação da renda reduz os custos de investir (custos operacionais ou custos essenciais da transação), desse modo, os países que os celebram tendem a ser mais receptivos a depender das cláusulas de tratado que outros países. Vale ressaltar que o principal critério para a tributação utilizado em tais instrumentos é a fonte em que são produzidos os rendimentos tributáveis.

Do ponto de vista político, no entanto, existe o argumento de que ocorrem anomalias quando da realização de tais tratados entre países em desenvolvimento e os desenvolvidos. A alegação fundamental quanto à

ocorrência de transferência de riquezas quando o critério conexão é a fonte dos rendimentos.¹⁵

Desde logo, é preciso afirmar que aqui não se comunga dessa posição por dois motivos: a) os países em desenvolvimento não são meros reféns das negociações internacionais, isto é, quando assumem o compromisso internacional de receber investimentos e não tributá-los manifestam o direito subjetivo de celebração de tratados que a soberania lhes confere; b) o propósito de tais tratados não é pura e simplesmente a exploração. É necessário reconhecer que a ocorrência de rendimentos tributáveis na fonte é produto da produção de riqueza. Essa produção de riqueza favorece tanto os países em desenvolvimento quanto os desenvolvidos, na medida da contrapartida econômica necessária aos seus desdobramentos, conforme será visto a seguir. A relação é de troca, não de exploração.

O tipo de benefício ofertado, certamente, irá depender do quanto o tratado beneficia dados tipos de investimentos estrangeiros, tanto diretos ou mesmo indiretos.

Dada a impossibilidade de exame de todos os tratados contra a dupla tributação de rendimentos existentes para relacionar com as modalidades de investimento direto e indireto, tomar-se-á, neste estudo, como base, o modelo mais utilizado desse tipo de tratado: o da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

¹⁵ Tal posicionamento é frequentemente encontrado em discussões realizadas por autores africanos. Em especial, ver: IRISH, Charles. **International Double Taxation Agreements and Income Taxation at Source**. In: International and Comparative Law Quartely. Vol 23, abr. 1973. p. 292-316.

4.2.1. Dupla Tributação da Renda e Investimentos Diretos

As principais disposições do Modelo de Convenção contra a Dupla Tributação da OCDE que interessam para a questão do fluxo de investimentos diretos está contida nos artigos relativos à, rendas obtidas da exploração de bens imóveis, pagamentos a diretores, associação de empresas ganhos e investimentos em capital, conforme segue na tabela seguinte:

Tabela 2 – Principais Dispositivos do Modelo OCDE contra Dupla Tributação Relacionados a Investimentos Diretos

Renda obtida da exploração de imóveis		A renda derivada por um residente de um Estado Contratante da propriedade imóvel (incluindo a renda da agricultura e pastoreio) situada no outro Estado Contratante deve ser tributada nesse outro Estado.
Pagamentos a Diretores	a	Pagamentos a diretores e outros similares derivados de um residente de um Estado Contratante na sua capacidade de membro de um corpo de diretores de uma companhia que é residente do outro Estado Contratante deve ser tributada nesse outro Estado Contratante.
Empresas Associadas		Onde: a) uma empresa de um Estado Contratante participa direta ou indiretamente da gestão, controle ou capital de uma empresa de outro Estado Contratante ou b) as mesmas pessoas participam diretamente ou indiretamente na gestão, controle ou capital de uma empresa de um Estado contratante e de uma empresa do outro Estado contratante, em ambos os casos as condições são feitas ou impostas entre as duas empresas na suas relações financeiras que se diferem daquelas das quais poderiam ser feitas entre empresas independentes, então seus juros que seriam, por aquelas condições, se atribuído a uma das empresas, mas em razão dessas condições devem ser incluídos nos lucros daquela empresa e tributados dessa forma.
Ganhos de Capital		Os ganhos derivados por um residente de um Estado Contratante na alienação de propriedade imóvel e situada no outro Estado Contratante deve ser tributada nesse outro Estado. Ganhos da alienação de propriedade móvel formando parte da propriedade do empreendimento de um estabelecimento permanente de uma empresa que um Estado Contratante tem em outro Estado Contratante, incluindo tais ganhos da alienação desse estabelecimento permanente (isolado ou com todo o empreendimento), deve ser tributado nesse outro Estado.

Tabela 2 – Principais Dispositivos do Modelo OCDE contra Dupla Tributação Relacionados a Investimentos Diretos

Lucros de Empreendimentos	Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante devem ser tributáveis apenas naquele Estado a menos que a empresa realize negócios em outro Estado por meio de um estabelecimento permanente situado neste último. Se o empreendimento é realizado como dito anteriormente, os lucros da empresa devem ser tributados no outro Estado mas apenas aqueles atribuíveis ao estabelecimento permanente.
Navegação, transporte aquático e aéreo.	Lucros de uma operação de navios ou aviões no tráfego internacional devem ser tributados apenas no Estado Contratante no qual o lugar de gerenciamento efetivo do negócio é situado.
Royalties	Os royalties emergentes de um Estado Contratante e que o beneficiário proprietário seja do outro Estado contratante devem ser tributados nesse outro Estado Contratante.

Fonte: OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/52/34/1914467.pdf>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2008. (elaboração e tradução livre da autora)

4.2.2. Dupla Tributação da Renda e Investimentos Indiretos ou de Portfólio

As disposições do Modelo de Convenção contra a Dupla Tributação que mais se relacionam aos investimentos indiretos dizem respeito, especialmente, aos dividendos e juros, segundo abaixo:

Tabela 3 - Principais Dispositivos do Modelo OCDE contra Dupla Tributação Relacionados a Investimentos Indiretos

Dividendos	Dividendos pagos por uma companhia que é residente em um Estado Contratante para um residente em outro Estado Contratante devem ser tributados nesse outro Estado. Contudo, tais dividendos devem ser também tributados nesse outro Estado Contratante o qual a companhia pagante dos dividendos é uma residente e de acordo com as leis desse Estado, mas se o beneficiário proprietário dos dividendos é um residente do outro Estado Contratante, a alíquota do tributo não poderá exceder: a) 5% do produto bruto dos dividendos é uma companhia (que não parceira) que mantém pelo menos 25 por cento do capital da companhia pagante dos dividendos; b) 15% do produto bruto dos dividendos em todos os outros
------------	--

casos.

As autoridades competentes dos Estados Contratantes devem, por acordo comum, estabelecer o modo de aplicação dessas limitações.

Este parágrafo não deve afetar a tributação da companhia a respeito aos lucros dos quais os dividendos são pagos.

Juros

Os juros emergentes em um Estado Contratante e pagos a um residente em outro Estado Contratante devem ser tributados nesse outro Estado.

Contudo, tais juros devem também ser tributados no Estado Contratante o qual emerge e de acordo com as leis desse Estado, mas se o beneficiário proprietário dos juros é um residente do outro Estado Contratante, a alíquota do tributo não deve exceder: 10% do produto bruto de juros. As autoridades competentes dos Estados Contratantes devem, por comum acordo, estabelecer o modo de aplicação dessa limitação.

Fonte: OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/52/34/1914467.pdf>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2008. (elaboração e tradução livre da autora)

4.2.2.1. Investimentos e Planejamento Tributário

No entanto, há uma íntima relação entre a realização de planejamento tributário e a realização de investimentos. Os investimentos em carteira, por não se constituírem em plantas industriais, mas em ações ou outros papéis que circulam em mercados abertos, possibilitam que determinados investidores residentes em países que não possuam tratados contra dupla tributação em relação a um dado Estado passem a buscar situações que tornem possível o uso da benesse, especialmente usando artifícios como a triangulação.

5. Conclusões

O fenômeno da globalização tem proporcionado aos investidores ambiente propício ao desenvolvimento das mais diversas estratégias de negócios, bem como torna mais visível o triunfo da economia de mercado.

Percebe-se que a partir desse fenômeno as relações que já se desenvolviam, tanto por intermédio de tratados como de simples negociações em menor escala, estão mais amplas.

O reflexo dessa abertura é a busca dos países (em especial os em desenvolvimento) a apresentar um clima cada vez mais favorável ao ingresso e à permanência de investimentos. Nesse intento, intensifica-se a celebração de tratados sobre investimentos e contra a dupla tributação.

Nessa arena de negociação, não há espaço para a defesa da ingenuidade na condução da política externa. A soberania requer a maturidade dos países como atores capazes de defender seus próprios interesses.

Por isso, foi realizada uma breve abordagem sobre a idéia de expectativa associada com a iniciativa de investir e, para ilustrar o leitor, foi realizada uma ligeira classificação quanto aos tipos de investimento, bem como foi dedicada uma seção especial à apresentação dos desdobramentos recentes quanto aos tratados sobre investimentos.

A partir desse ponto, em relação à renda, mais especificamente ao acréscimo de renda obtido a partir do produto dos investimentos, foi feita uma leitura sintética acerca do principal modelo de tratado contra a dupla tributação: o da OCDE.

Tomando por base o exposto, constata-se que, de fato, estão se aprimorando mecanismos que forneçam o arcabouço institucional necessário à proteção e à criação de redes de investimentos internacionais. Investimentos essenciais à economia mundial, no sentido de proporcionar maior circulação de riqueza, em que a tendência é que esse fluxo seja expandido por todo o globo.

No entanto, cabe ressaltar que tal constatação não é imune à críticas de diversas naturezas, especialmente quanto aos ônus a serem suportados pelas sociedades que ainda não têm condições de se lançar no cenário internacional por suas próprias dificuldades de política interna. Nesse sentido, a negociação internacional de tratados será um árduo exercício que exige habilidade, paciência e sensibilidade, mas não impossível.

6. Referências

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro. DOU 9.9.1942

ICSID – Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2007

IRISH, Charles. **International Double Taxation Agreements and Income Taxation at Source**. In: International and Comparative Law Quarterly. Vol 23, abr. 1973

JULLIARD, Patrick. **Droit International Économique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978.

JULLIARD, Patrick. **L'Évolution des Sources du Droit des Investissements**. Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London: Macmillan, 1960.

MIGA.About MIGA.Disponível em: <www.miga.org>. Acesso em: 21 de agosto de 2007

OCDE Tax Model Agreement – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/52/34/1914467.pdf>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2008

SALACUSE, Jeswald W. **The Treatification of International Investment Law**. Law and Business Review of the Americas; Winter 2007; 13, 1; ABI/INFORM Global

SHAN, Wenhua. **From "North-South Divide" to "Private-Public Debate": Revival of the Calvo Doctrine and The Changing Landscape in International Investment Law.** Northwestern Journal of International Law & Business; Spring 2007; 27, 3; ABI/INFORM Global

UNCTAD – IIA Issues Paper Series: Keywords. pp. 93-100. (tradução livre)
Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20042_en.pdf> Acesso em: 25 de setembro de 2007

UNCTAD - **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking.** Disponível em: http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf. P. 11 Acesso em: 27 de outubro de 2007

UNCTAD Disponível
em:<http://www.unctad.org/sections/dite_pcbp/docs/brazil.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2007

WTO **Investment Issues.** Disponível em: <www.wto.org> . Acesso em 25 de agosto de 2007.