

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA
**DIREITO
TRIBUTÁRIO
ATUAL**

26



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

LUÍS EDUARDO SCHOUERI**Tax Sparing: uma Reconsideração da Reconsideração**

I. *Tax Sparing e Matching Credit*. II. O Relatório da OCDE: Razões para a Reconsideração. III. Reconsiderando a Reconsideração da OCDE. IV. Conclusão: *Tax Sparing*, Jurisdição e Territorialidade.

93

YARIV BRAUNER**Por que os Estados Unidos firmam Tratados Tributários? E por que não têm Tratado Tributário com o Brasil?**

I. Introdução. II. Política de Tratados Tributários dos Estados Unidos. III. Tem de ser assim? IV. Prospectos de Tratado Tributário entre Estados Unidos e Brasil. V. Conclusão.

109

DANIEL GUTMANN**Planejamento Tributário pode ser um Crime? Perspectivas Doméstica e Internacional**

I - Por que deveria haver uma Relação entre Planejamento Tributário e Direito Penal? II - Como desenhar uma Legislação Penal Adequada para combater o Planejamento Tributário?

129

Colaboração**ALEXANDRE DE OLIVEIRA NETTO****Análise Crítica acerca do ICMS Ecológico e Repartição Ecológica do ICMS**

Introdução. 1. Proteção ao Meio Ambiente. 2. Intervenção Estatal e Tributação como Mecanismos de Proteção do Meio Ambiente. 3. Sistemática do ICMS. 4. Repartição Ecológica do ICMS e o ICMS Ecológico. Conclusão.

137

ANDRÉ ELALI e FERNANDO LUCENA JR.**Visão Crítica sobre as Teorias da Neutralidade e não Discriminação da Tributação**

I. Objeto do Estudo. II. Tributação e Decisões Econômicas. III. Neutralidade e não Discriminação em Matéria Tributária. IV. Ponderações Finais.

158

ANDRÉIA COSTA VIEIRA**Tributação Ambiental na Organização Mundial do Comércio**

Introdução. 1 - Tributação Ambiental: Definição e Implicações no Comércio Internacional. 2 - O Comércio Internacional: Cenário, Estrutura Organizacional e Acordos. 3 - O Gatt, *Border Tax Adjustments* (BTAs) e as Exceções Ambientais. Considerações Conclusivas.

169

CAIO AUGUSTO TAKANO**A Competência do ICMS na Importação à Luz da Teoria das Causas**

1. Propedêutica Geral. 2. Competência Tributária e Interpretação da Norma Constitucional: Correntes Conceitual, Tipológica e Legalista. 3. A Competência Tributária para a Instituição do ICMS nas Operações de Importação na Consti-

DEMÉTRIUS AMARAL BELTRÃO**Isenção e Isonomia: Aspectos Econômicos da Tributação**

1. Nota Introdutória. 2. Circunscrição do Problema e Plano de Trabalho. 3. Do Regime Tributário Constitucional. 4. Os Incentivos Fiscais e os Limites da Extrafiscalidade. 5. Isenção. 6. Do Princípio da Isonomia. 7. Capacidade Contributiva. 8. Da Ordem Econômica. 9. Conclusão.

207

FERNANDO AURELIO ZILVETI**A Tributação sobre o Comércio Eletrônico - O Caso Amazon**

1. Introdução. 2. O Caso Amazon. 3. O Nexa no Direito Tributário. 4. Praticabilidade e Nexa na Tributação. 5. Conclusão.

231

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**Disciplina Tributária da Zona Franca de Manaus**

246

JOÃO FRANCISCO BIANCO e RAQUEL NEWTON**Beneficiário Efetivo**

I - Contexto Histórico. II - "Beneficial Owner" no Âmbito do Direito Tributário Internacional. III - "Beneficial Owner" nos Países de "Common Law". IV - Países de "Civil Law". V - Do Tratamento do Direito de Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. VI - Do "Beneficial Owner" no Direito Tributário Brasileiro - Regras de "Thin Capitalization". VII - Conclusão.

253

LUÍS FLÁVIO NETO**"Receitas Tributáveis" e "Hipóteses de não Incidência Tributária": IRPJ, CSL, PIS, Cofins e a Atividade de Intermediação de Serviços Turísticos**

1. Introdução. 2. "Receita" da Intermediação de Serviços Turísticos: um Signo Contábil. 3. "Receita" da Intermediação de Serviços Turísticos: um Signo do Direito Tributário. 4. "Normas Pedagógicas" para elucidar Hipóteses de não Incidência Tributária: Imprescindíveis? 5. Conclusões.

271

RICARDO LAGAZ MARTINS e EDUARDO SANTOS ARRUDA MADEIRA**Tributação de Recebíveis Imobiliários**

I - Introdução. II - Breves Considerações sobre os Recebíveis Imobiliários e a sua Comercialização. III - Natureza Jurídica da Securitização de Recebíveis. IV - Tributação dos Recebíveis - Aspectos Gerais sobre o Momento da Tributação. V - Tributação da Renda Imobiliária e o Conflito Contábil x Fiscal. VI - Conclusões: Tributação dos Diferentes "Tipos" de Recebíveis Imobiliários.

295

ROBERTO BIAVA JÚNIOR**A Incidência do ITCMD quando o Doador tiver Domicílio ou Residência no Exterior, ou quando o "de Cujus" possuía Bens, era Residente ou Domiciliado ou teve o seu Inventário Processado no Exterior - Análise de Constitucionalidade das Leis Estaduais que instituíram o ITCMD nestas Hipóteses**

1. Introdução. 2. Breve Histórico da Tributação sobre a Transmissão da Proprie-

determinados tratados recentes adotam medidas específicas. Por exemplo, o tratado fiscal dos Estados Unidos-Reino Unido, em seu recente protocolo alterado, incluiu um novo artigo 24.4.c para evitar a aplicação de legislação nacional combatendo determinados esquemas de HFI.

Outra abordagem adotada pelo Estado de residência que é muito seguida é alterar as disposições fiscais nacionais adequadamente para:

- limitar o escopo do regime de isenção de participação se os pagamentos sobre os instrumentos financeiros híbridos forem dedutíveis no nível da companhia emitente;
- restringir a dedutibilidade de juros no nível da companhia emitente se o instrumento for tratado como patrimônio no Estado de residência do investidor¹².

XI. Considerações Finais

Daquilo que foi dito, a qualificação do tratado fiscal não pode ser considerada um elemento chave decisivo para solucionar riscos, incertezas e inconsistências do tratamento fiscal da receita financeira híbrida internacional. Os tratados fiscais afetam seu regime fiscal apenas até certo ponto, apesar do fato de que o HFI pode usar os efeitos dos tratados fiscais para superar determinados resultados indesejados originados da simples interação entre os sistemas fiscais nacionais dos dois Estados citados.

Por outro lado, está clara a falta de desenvolvimento de uma abordagem internacional de consenso para o tratamento fiscal e a identificação das principais questões fiscais estrangeiras relacionadas a eles. Apesar do fato das limitações dos tratados fiscais, seria aconselhável que a OCDE desenvolvesse mais os padrões internacionais sobre a questão.

Nesse meio tempo, parecem necessários maior coordenação das medidas de tributação unilaterais e combate às medidas fiscais para evitar resultados indesejados, sendo que a maior parte deles resulta da aplicação de medidas fiscais nacionais dedicadas a combater os benefícios fiscais obtidos por meio do uso dos HFI que, por sua vez e ao final resultam na bitributação para os contribuintes.

Nesse aspecto, e considerando que um dos fatores relevantes do tratado fiscal para distinguir patrimônio de devoluções de dívida para as finalidades do tratado fiscal é a identificação dos riscos envolvidos, há uma clara necessidade de melhorar a identificação de risco e as técnicas de medição de risco dos instrumentos financeiros híbridos.

¹² Exemplos disso podem ser encontrados no Reino Unido: Lei de Finanças (nº 2) de 2005, artigos 24 a 31 e Anexo 3, mais as Notas de Orientação da HRMC FA 96/S91A-G, nos termos do título *Tributação dos relacionamentos de empréstimo: combate à evasão: ações como dívida* e nos termos de *Evasão envolvendo arbitragem fiscal*. A Alemanha também modificou sua isenção de participação nacional na Lei Fiscal Anual Alemã de 2007 diminuindo seu escopo. Na Dinamarca, disposições semelhantes foram introduzidas pela Lei nº 98, de 10 de fevereiro de 2009 (com base no Anteprojeto de Lei L23). Na Espanha, um resultado semelhante foi obtido por meio da interpretação administrativa da isenção da participação nacional sem uma alteração legislativa específica relativa a deter-

Tax Sparing: uma Reconsideração da Reconsideração

Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo.

Resumo

O presente artigo, ao rever as principais questões apresentadas pelo Relatório da OCDE sobre "Tax Sparing: a Reconsideration", pretende questionar a abordagem tradicional a respeito das cláusulas de *tax sparing*, segundo a qual este seria um mecanismo cuja adoção seria adequada apenas em tratados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Conforme se demonstrará, caso se considerar a cláusula como um mecanismo para o reconhecimento dos limites da competência tributária dos Estados, pode haver boas razões para se encorajar a sua adoção em todos os acordos de bitributação.

Abstract

This article, by reviewing the main issues presented by the OECD Report on "Tax Sparing: a Reconsideration", intends to question the traditional approach towards the tax sparing clauses, whereby this would be a mechanism whose adoption would be appropriate solely in tax treaties between developing and developed countries. As it will be shown, if one deems the clause as a mechanism for the recognition of the limits of States' tax jurisdiction, there may be good reasons to encourage its adoption in all tax treaties.

Em 23 de outubro de 1997, o Conselho da OCDE aprovou um relatório elaborado pelo Comitê de Assuntos Fiscais com o título "Tax Sparing: a Reconsideration"¹ (doravante "Relatório da OCDE"), o qual afirma refletir a posição mais relutante dos países membros da Organização *vis-à-vis* a adoção do *tax sparing*.

O propósito deste artigo é examinar as principais questões constantes do Relatório da OCDE, a fim de investigar se os argumentos nele apresentados podem ser considerados fortes o suficiente para convencer os países a rejeitar negociações de acordos de bitributação com cláusulas de *tax sparing*.

Após ter-se definido *tax sparing* e *matching credit* (I), o presente artigo revisará os principais argumentos constantes do Relatório da OCDE e apresentará algumas razões que se supõem suficientes para demonstrar sua falta de consistência (II) e, finalmente, contestará a própria ideia de que *tax sparing* e *matching credit* são mecanismos adequados apenas para acordos de bitributação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que o autor acredita haver boas razões para aplicá-los em todos os acordos, sob a premissa de que um Estado Contratante deve respeitar as decisões soberanas do outro Estado Contratante no que se refere ao

exercício de sua política fiscal (III). Este artigo concluirá que a (re)consideração do *tax sparing* foi realizada a partir de uma abordagem paternalista (subsídio de países desenvolvidos para países em desenvolvimento), que distorce a discussão quanto à possibilidade de esse mecanismo ser eficaz na ajuda aos países em desenvolvimento; entendendo-se o *tax sparing* como uma atitude de respeito às políticas internas dos Estados Contratantes, sua adoção deve ser encorajada.

I. Tax Sparing e Matching Credit

Territorialidade e tributação em bases universais é um debate sem fim. Há, certamente, diversos argumentos para ambos os lados², mas apesar de alguns autores acreditarem haver um consenso geral no sentido da universalidade, ao menos no que se refere a rendimentos passivos, no chamado "international tax regime"³, o mero fato de que nenhum país parece concordar em isentar não residentes da tributação na fonte leva a crer que, no futuro próximo, não se encontrará uma solução definitiva e uniforme para a bitributação internacional da renda. Medidas unilaterais e bilaterais para evitar esse fenômeno continuarão a ser o foco dos operadores do Direito que se ocupam do Direito Tributário internacional.

Embora diversos países aceitem isentar determinados rendimentos estrangeiros (a "participation exemption" parece ser uma tendência nos países desenvolvidos, ao menos na Europa), isso não significa que a territorialidade tenha sido reconhecida. Pelo contrário: até mesmo os países europeus adotam, geralmente, uma tributação universal; isenções unilaterais existem apenas para alguns rendimentos. Vários países tendem a tributar seus residentes em bases universais e a evitar a bitributação através do sistema de crédito, pelo qual a tributação no Estado da Fonte é compensada frente aos tributos devidos ao Estado da Residência.

O principal argumento para a tributação universal com sistema de crédito é a neutralidade de exportação ("capital export neutrality - CEN"): sustenta-se que os sistemas tributários devem ser neutros, *i.e.*, alcançar-se-ia a eficiência econômica caso os agentes decidissem onde investir independentemente de preocupações com tributos; além disso, o princípio da capacidade contributiva exigiria que residentes e não residentes tivessem a mesma carga tributária. Tais argumentos não são, certamente, definitivos, uma vez que a neutralidade pode ser examinada do ponto de vista do país importador de capital (neutralidade de importação - "capital import neutrality - CIN") e o princípio da capacidade contributiva também pode ser apontado a partir de uma perspectiva objetiva, dando azo - capacidade contributiva objetiva e CIN - à defesa da tributação na fonte. Ademais, o mero fato de os países limitarem o crédito⁴, *e.g.*, ao montante de tributo devido no Estado da Residência,

² Cf. VOGEL, Klaus. World-wide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdam: Kluwer, 1989. p. 117-166.

³ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁴ Pode ocorrer de o Estado da Residência, conquanto conceda o crédito prometido, impor limitações globais (*overall limitations*) ou por país (*per country limitation*), reduzindo, assim, a eficácia do crédito. Cf. SMITH, Dan Throop. Tax legislation in capital-exporting countries to encourage investment in less developed countries. IBDF. *Developments in taxation since World War I*. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 1966, p. VIII-14-15. VIII.

dência, mostra que os contribuintes investindo no exterior estarão sempre sujeitos à maior tributação, *i.e.*, caso a alíquota do Estado da Residência seja maior; o contribuinte estará sujeito a pagar a diferença ao seu país de residência; se a alíquota do Estado da Fonte for superior, o contribuinte não será reembolsado pelo excesso de tributação.

Por outro lado, ao assinarem acordos de bitributação, os países podem concordar com o método de isenção⁵, pelo qual a renda de fonte estrangeira não é tributada no Estado da Residência, ou insistir no método do crédito, semelhante a suas próprias legislações domésticas.

Enquanto o método da isenção deixa para o Estado da Fonte a decisão sobre tributar ou não, o método do crédito implica a neutralização de tal decisão. Ou seja, com a aplicação do método do crédito, o Estado da Residência tributará seus residentes em bases universais, mas concederá crédito (limitado) equivalente ao montante pago para o Estado da Fonte. Isso significa que a tributação pelo Estado da Residência tem um efeito residual, uma vez que depende do Estado da Fonte: quanto mais o último tributar na fonte, menor será o tributo (residual) devido ao Estado da Residência. Este método, obviamente, implica um conflito de interesses, já que a tributação pelo Estado da Residência aumentará caso o Estado da Fonte renuncie ao seu próprio direito de tributar. Por outro lado, o Estado da Fonte será encorajado a tributar não residentes no mais alto grau possível, uma vez que qualquer diminuição na sua alíquota não beneficiará o contribuinte, mas, sim, aumentará a tributação (residual) no Estado da Residência⁶.

Tal circunstância explica a ideia dos mecanismos de *tax sparing*: destinam-se eles, a assegurar que a tributação pelo Estado da Residência não aumentará devido a uma decisão unilateral do Estado da Fonte no sentido de não tributar (ou não tributar integralmente) não residentes, *i.e.*, que benefícios concedidos pelo Estado da Fonte terão impacto sobre os contribuintes.

Os mecanismos de *tax sparing* podem visar garantir a manutenção de benefícios do acordo ou podem ser destinados a manter isenções unilaterais de tributo. Embora ambos os fenômenos sejam bastante semelhantes, é comum na literatura referir-se ao primeiro caso como "matching credit", reservando-se a expressão "tax sparing" para uma situação mais restrita. Uma vez que o presente artigo pretende considerar ambos os casos, os mecanismos que dizem respeito a medidas unilaterais serão, daqui por diante, chamados de "tax sparing s.s." (ou "tax sparing stricto sensu").

Pelo *matching credit*, embora o Estado da Fonte concorde em não tributar não residentes além de determinado patamar fixado entre as partes no acordo, o Estado da Residência concorda em conceder um crédito correspondente a um montante

⁵ Os Estados Unidos rejeitam o método da isenção com base nas "saving clauses", que pretendem incluir em todos os seus tratados; o Brasil aceitou o método do crédito em poucos tratados, como os com a Áustria e a Espanha.

⁶ *Die Ermässigung kommt nicht dem Steuerpflichtigen, sondern dem Fiskus seines Wohnsitzstaates zugute* ("a redução não beneficia o contribuinte, mas o fisco de seu Estado de residência"). Cf. VOGEL, Klaus. *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*. 3. Völlig Neubearb. Aufl., München: Beck, 1996. p. 1.562.

fixo, geralmente mais alto que a tributação máxima permitida no Estado da Fonte⁷. Em outras palavras, o crédito concedido pelo Estado da Residência não depende do montante pago ao Estado da Fonte; pelo contrário: embora o Estado da Fonte esteja obrigado pelo acordo a tributar até certo limite, o crédito dado pelo Estado da Residência é determinado pelo mesmo acordo em um nível independente (e geralmente mais alto) da alíquota de tributação na fonte.

Diversos acordos brasileiros possuem cláusulas de *matching credit*, especialmente aqueles assinados na década de 1970. Como se sabe, o Brasil só veio a concordar em assinar acordos de bitributação nos anos 1960. A ideologia dominante naquela época, no Brasil e na América Latina, era a de que o Estado da Fonte deveria ter o direito exclusivo de tributar a renda derivada de sua economia. Pode-se constatar tal circunstância no fato de que a alíquota geral brasileira para não residentes era de 25% do montante bruto remetido ao exterior (em alguns casos, as remessas estariam sujeitas a tributação adicional). Sob tal ponto de vista, a bitributação derivaria de uma espécie de intromissão do Estado da Residência nos recursos do Estado da Fonte. Tornava-se claro, assim, que o Estado da Fonte não deveria concordar em reduzir sua tributação, já que isso poderia implicar um reconhecimento do direito do Estado da Residência de tributar a mesma renda.

Em 1964, houve uma mudança na política tributária internacional brasileira, que não ocorreu devido a uma ideologia diferente, mas sim por conta da política econômica do regime militar que havia assumido o poder: a ideia era a de que o desenvolvimento da economia brasileira dependeria da atração de investimentos estrangeiros, e a tributação internacional poderia ser usada como uma ferramenta para tal propósito. A partir de então, o Brasil estaria preparado para reconsiderar seus 25% de tributação na fonte, contanto que isso fosse feito em favor dos investidores estrangeiros. Sob esta perspectiva, negociadores brasileiros não concordariam em reduzir a tributação brasileira se o único efeito desta redução fosse o aumento da tributação (residual) no Estado da Residência. Em outras palavras, o Brasil não estaria preparado para reduzir sua tributação de 25% para 15%, caso não houvesse benefício ao contribuinte⁸. Considerando que o Brasil entendia ter o direito exclusivo (ou, ao menos, primário) de tributar rendimentos derivados de suas fontes, efetivamente parecia não haver razão para reduzir sua tributação (e, consequentemente, reduzir o crédito que o Estado da Residência deveria conceder).

O *matching credit* foi, então, a ferramenta encontrada para assegurar que, embora o Estado da Fonte limitasse seu direito de tributar, o Estado da Residência

⁷ Cf. MULLIN, Roque García. Tratados impositivos entre países desarrollados y países en desarrollo. *Revista de Direito Tributário*, n. 23/24, São Paulo: RT, janeiro-junho de 1983, p. 26-36 (33).

⁸ "Dentro da diretriz fixada pelo Governo brasileiro de que o país desejava utilizar o seu sistema fiscal, principalmente a Lei do imposto de renda, como instrumento de política econômica, e que pretendia recorrer ao capital estrangeiro para complementar o seu processo de desenvolvimento, foram inseridas nos acordos cláusulas que estimulavam o investimento direto e o reinvestimento e que impediam que os benefícios fiscais concedidos pelo Governo brasileiro fossem anulados pela legislação fiscal do Estado do investidor, com a consequente transferência do montante desses incentivos para o Tesouro do país do investidor." (Cf. DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. Acordos para eliminar a dupla tributação da renda. *Revista de Direito Tributário*, n. 3, ano 2. São Paulo: RT, janeiro-março de 1978, p. 251-257 (255)).

continuaría garantindo créditos como se não houvesse a limitação. Em termos gerais, devido a disposições específicas do acordo, o Brasil reduziria sua tributação na fonte para (e.g.) 15%, mas o Estado da Residência concederia um crédito de (e.g.) 25%. Evidentemente, tal situação seria um benefício imediato, derivado do acordo, aos contribuintes, visto que ganhariam ao menos 10%. O benefício poderia ser ainda maior, uma vez que o Estado da Fonte poderia decidir (unilateralmente) não tributar integralmente a sua alíquota de 15%: em todo caso, o Estado da Residência concederia o crédito como se o Estado da Fonte tivesse tributado à alíquota de 25%.

Embora isso pudesse ser visto como um benefício concedido pelos Estados da Residência aos Estados da Fonte (auxílio ao investimento em economias em desenvolvimento), é interessante notar que, da perspectiva do Estado da Fonte, não há favor algum: no exemplo acima, o Brasil argumentaria (convincentemente) que, antes da entrada do acordo de bitributação em vigor, o País tributava os não residentes a 25%, e o Estado da Residência apenas tributaria essa renda se a sua alíquota interna fosse mais alta; em outras palavras, a possibilidade de o Estado da Residência tributar começaria na alíquota de 25%. O mecanismo de *matching credit*, desse modo, não alteraria a situação do Estado da Residência, que continuaria a tributar a mesma quantia (i.e., o montante acima de 25%). O Brasil poderia argumentar, portanto, que o mecanismo de *matching credit* é neutro para os Estados da Residência, e que não deveria ser considerado, assim, um benefício concedido ao Estado da Fonte. Tendo em vista que a ideologia reinante era a de que o Estado da Fonte teria direito exclusivo à tributação, então este argumento deveria ser levado em conta.

O *tax sparing stricto sensu*, por outro lado, aponta para as medidas unilaterais tomadas pelo Estado da Fonte. Enquanto o *matching credit* relaciona-se ao caso onde a competência do Estado da Fonte para tributar é limitada pelo acordo, i.e., quando ambos os países concordaram em uma limitação de tributação no Estado da Fonte, o *tax sparing s.s.* tem uma abordagem diferente: em princípio, o Estado da Fonte tributaria até determinado limite e o Estado da Residência concederia um crédito para esta tributação; entretanto, caso o Estado da Fonte decida não tributar os não residentes no limite que lhe foi conferido pelo acordo, o Estado da Residência respeitará esta decisão e concederá um crédito equivalente ao montante máximo que o Estado da Fonte poderia ter tributado.

Como se pode ver, o *matching credit* é um mecanismo que deriva diretamente de uma decisão tomada pelos Estados Contratantes ao assinar um acordo: ambos os Estados pactuam que o Estado da Fonte deve limitar a sua tributação até certo montante, mas também concordam que o crédito do Estado da Residência será (geralmente) mais alto que o referido limite. Em outras palavras, concede-se aos contribuintes um benefício que é independente de decisões posteriores dos países. O *tax sparing s.s.*, por outro lado, apenas beneficia os contribuintes caso o Estado da Fonte decida unilateralmente reduzir seus tributos (redução, esta, independente de qualquer disposição do acordo), i.e., caso o Estado da Fonte decida conceder um benefício aos não residentes, o qual implica tributação abaixo do nível máximo permitido pelo acordo.

O *matching credit* é, portanto, independente de medidas unilaterais. Pode-se também falar em *matching credit* no caso de não haver diferença entre a tributação máxima na fonte e o crédito concedido pelo Estado da Residência, contanto que este crédito seja fixado pelo acordo independentemente de qualquer investigação sobre qual teria sido a efetiva tributação na fonte. Em outras palavras, o mecanismo de *matching credit* contempla um crédito fixo pelo Estado da Residência, que será sempre concedido sobre remessas do Estado da Fonte. Sob esta perspectiva, o *matching credit* tem um perfil pragmático, uma vez que as partes não precisam trazer nenhuma prova sobre o nível de tributação na fonte, que se torna irrelevante para fins de determinação do crédito a ser concedido pelo Estado da Residência.

II. O Relatório da OCDE: Razões para a Reconsideração

O Relatório da OCDE começa por abordar as mudanças no contexto econômico global. Conforme referido pelo Relatório, a presunção tradicional de que todos os membros da OCDE são grandes exportadores de capital, enquanto os não membros são grandes importadores de capital, pode ser questionada, assim como a globalização e a liberalização dos mercados financeiros teriam distorcido os arranjos tributários internacionais existentes⁹.

Dessa forma, levando em consideração as diferenças (notadamente uma suposta melhora na economia dos países em desenvolvimento) entre o atual contexto mundial e o de quatro décadas atrás, quando as primeiras cláusulas de *tax sparing* foram negociadas, o Relatório da OCDE afirma que o novo ambiente global encorajou, e em alguns casos até mesmo obrigou os países a reexaminarem as estruturas tributárias estabelecidas e as políticas sobre as quais os arranjos tributários se baseiam - tais estruturas e políticas compreenderiam o *tax sparing*¹⁰.

Neste sentido, o Relatório da OCDE sugere uma reconsideração das cláusulas de *tax sparing*, baseando-se no argumento de que, na visão da maioria dos membros da OCDE, o *tax sparing* não seria um mecanismo eficaz para a promoção de investimentos estrangeiros ou do crescimento econômico nacional. Tal visão teria sido reforçada por um suposto desapontamento geral experimentado pela maioria dos países membros no uso de incentivos fiscais, assim como pela ampla oportunidade de planejamento e evasão fiscal relacionada à utilização do mecanismo¹¹. Sob este ponto de vista, a negociação de cláusulas de *tax sparing* seria um exemplo de "boas intenções levando a maus resultados", já que suas consequências adversas suplantariam seus benefícios¹². Deve-se notar, entretanto, não haver evidências empíricas de "maus resultados"; pelo contrário: a mera continuidade do *tax sparing* como parte da política de acordos de diversos países mostra que o mecanismo pode ter bons resultados. Além disso, não está claro quem deve ser legitimado a avaliar se os resultados são bons ou ruins e, ademais, deve-se dizer que as partes envolvidas na negociação do acordo devem ser consideradas capazes de decidir sobre a concessão ou não do *tax sparing*.

⁹ OCDE. Op. cit., p. 9-10.

¹⁰ OCDE. Op. cit., p. 12.

¹¹ Ibid., p. 12.

¹² Cf. BROOKS, Kim. *Tax sparing: a needed incentive for foreign investment in low-income countries or an unnecessary revenue sacrifice?* *Queen's Law Journal*, v. 34, 2009. p. 508.

Outra razão para se reconsiderar o *tax sparing* basear-se-ia no efeito-carona ("free-rider"): haveria um equívoco relacionado à visão dos investidores estrangeiros, os quais não dependeriam ou nem mesmo seriam influenciados pelas cláusulas de *tax sparing* para tomar decisões sobre investimentos¹³. De acordo com o Relatório, as empresas baseariam suas decisões sobre onde investir em uma ampla série de fatores, que seriam ligados às condições políticas, mercadológicas e de infraestrutura do Estado da Fonte, sendo a tributação apenas uma questão dentre um conjunto de elementos que são levados em conta.

Em tal entender, o aumento dos investimentos estrangeiros independeria da existência de cláusulas de *tax sparing*, já que estas seriam fatores de influência irrelevante nas decisões sobre investimentos tomadas pelas empresas multinacionais¹⁴. Assim, a eficácia do *tax sparing* na atração de investimentos estrangeiros não se justificaria em face da suposta inadequação do mecanismo como uma ferramenta para o desenvolvimento econômico¹⁵.

Caso se levasse o referido argumento a sério, seria necessário saber qual é o efeito dos acordos de bitributação sobre os investimentos estrangeiros em geral. Não parece haver um estudo exaustivo sobre o tema, e tal pesquisa sempre tende a ser inconclusiva, já que, em tais estudos, dados efetivos (*i.e.*, o montante de investimentos em um país) são comparados com informações esperadas (desejáveis).

Demonstrando a falta de uma conclusão uniforme sobre o assunto, Barthel, Busse e Neumayer, após a análise de diversos estudos a respeito da influência dos acordos de bitributação sobre os investimentos estrangeiros, concluíram que, enquanto as pesquisas que empregam dados relativos a fluxos bilaterais de investimentos estrangeiros diretos (IED) falham em encontrar um efeito positivo dos acordos sobre estes investimentos, os estudos que se utilizam de dados de IED agregados, em uma amostra larga e representativa, chegam à conclusão oposta, *i.e.*, acordos de bitributação aumentando os investimentos estrangeiros diretos¹⁶. Portanto, não surpreende que tais autores, apesar de concluírem que os acordos de bitributação aumentam o aporte de IED bilaterais entre 27% e 31%, afirmem que o debate ainda está aberto, já que a evidência empírica dos estudos existentes seria qualquer coisa, menos conclusiva¹⁷.

Como um exemplo de como tais informações não podem ser confiáveis, deve-se tomar o acordo de bitributação entre Brasil e Alemanha, revogado recentemente: caso se compare o nível dos investimentos alemães cinco anos antes da revogação com o mesmo dado de cinco anos depois, é curioso notar que o número aumentou¹⁸. Isso poderia levar à surpreendente (e equivocada!!!) conclusão de que o

¹³ Cf. OCDE, 1998, p. 12.

¹⁴ Cf. MEIRELLES, Morvan. *Tax sparing credits in tax treaties: the future and the effect on ec law. European taxation*. Amsterdam: IBFD, maio de 2009. p. 263.

¹⁵ Cf. OCDE, 1998, p. 25.

¹⁶ BARTHEL, Fabian; BUSSE, Matthias; e NEUMAYER, Eric. The impact of double taxation treaties on foreign direct investments: evidence from large dyadic panel data. *Contemporary Economic Policy*, n. 3, v. 28, 2010. p. 366-377.

¹⁷ Ibid., p. 366.

¹⁸ Cf. Relatórios dos investimentos estrangeiros diretos no Brasil publicados pelo Banco Central brasileiro, disponível no site <http://www.bcb.gov.br/?INVED>.

acordo era um obstáculo aos investimentos alemães no Brasil. Mas tal entendimento ingênuo não resiste ao fato de que a economia mundial cresceu neste período, e a economia brasileira, em especial, tem atraído vultosos investimentos. Ademais, seria necessário computar o desvio de investimentos, *i.e.*, investimentos alemães feitos através de terceiros países. Isso é suficiente para demonstrar que não se trata de uma análise fácil e que o argumento do "free-rider" não deveria ser levado em conta para uma reconsideração.

O Relatório da OCDE também faz referência às preocupações de alguns países em desenvolvimento sobre o preço da obtenção de uma cláusula de *tax sparing*, que seria muito alto em face dos benefícios limitados de tais dispositivos¹⁹, uma vez que os Estados da Residência requerem uma tributação mais baixa na fonte como uma das condições para concordar com o *tax sparing*. O argumento está correto no que se refere à tributação mais baixa na fonte; no entanto, deve-se levar em consideração que a própria OCDE é que tem sempre sustentado que os acordos devem prever tributação mais baixa na fonte (exceto nos casos em que a tributação na residência seria muito difícil e uma baixa tributação na fonte aumentaria a deletéria competição fiscal internacional) e que, desse modo, o nível da tributação na fonte parece ser uma das mais relevantes diferenças entre as abordagens dos Modelos da OCDE e da ONU.

A partir desta perspectiva, pode-se entender a afirmação de Tsilly Dagan, segundo a qual acordos de bitributação, especialmente aqueles baseados no Modelo da OCDE, foram construídos pelos países desenvolvidos e para os países desenvolvidos, que apresentam ideologias e interesses mútuos²⁰. Neste sentido, o referido autor ressalta que os acordos de bitributação, sendo baseados em um Modelo primariamente desenhado para países desenvolvidos, tendem a distribuir as receitas em benefício dos Estados da Residência de tal forma que a recusa dos países em desenvolvimento em assinar acordos que não apresentem mecanismos para assegurar a melhora no nível de investimentos estrangeiros seria justificada²¹. Assim, antes de discutir a reconsideração do *tax sparing*, a OCDE deve reconsiderar seriamente sua visão relativa à limitação da tributação na fonte. Caso a OCDE concordasse na concessão de maior montante de tributação aos Estados da Fonte, então a sinceridade deste argumento poderia ser mais convincente.

O aumento nos padrões de vida nos países em desenvolvimento, apontado pelo Relatório da OCDE como uma razão para a reconsideração do *tax sparing*, também pode ser criticado. Neste sentido, deve-se seguir o argumento de Kim Brooks, de acordo com o qual as declarações da OCDE não corresponderiam às conclusões da ONU em seu relatório "2000 Millennium Development Goals Report", que aponta uma crescente desigualdade entre os países²². Algo semelhante pode ser extraído de um artigo escrito por Cristiane Coelho, que indica que o Relatório da OCDE não se baseia em nenhum dado específico quando lista países

¹⁹ OCDE. Op. cit., p. 13.

²⁰ DAGAN, Tsilly. The tax treaties myth. *Journal of international law and politics*, n. 939, v. 32, 2000. P. 47.

²¹ DAGAN, Tsilly. Op. cit., p. 51.

²² BROOKS, Kim. Op. cit., p. 528.

como Rússia, Cingapura, China e Índia como Estados que, devido a um suposto desenvolvimento econômico, seriam capazes de implementar suas políticas fiscais independentemente de concessões externas²³. Deve-se considerar, além disso, a análise de Coelho sobre a evolução do PIB per capita dos países, de 1985 a 2005, pela qual se pode concluir que, devido à enorme distância entre países como Estados Unidos e Inglaterra e China e Índia, não se poderia argumentar que os últimos têm a mesma condição econômica que os primeiros, que podem implementar suas políticas fiscais por si mesmos²⁴. Dessa forma, a vulnerabilidade da economia dos países em desenvolvimento ainda justificaria a adoção de cláusulas de *tax sparing*, já que não se poderia dizer que o crescimento econômico alegado pelo Relatório da OCDE foi compartilhado por todos os países em desenvolvimento²⁵.

Em relação ao argumento da OCDE a respeito das onerosas concessões feitas pelos negociadores de acordos para a obtenção da cláusula de *tax sparing*, Kim Brooks assinalou que tal afirmação poderia ser contestada pelo mero fato de a própria Convenção Modelo da OCDE privar o Estado da Fonte de receitas necessárias, como, por exemplo, pela previsão de que não haja retenção de tributo sobre os *royalties* na fonte²⁶. Em verdade, não há como saber se os negociadores fariam menos concessões caso as cláusulas de *tax sparing* não fossem consideradas, nem se as concessões não seriam menores que os ganhos derivados da referida cláusula. Em síntese, não se deve generalizar a ideia de que os negociadores de acordos não seriam maduros o suficiente para decidir o que conceder.

Devido a uma suposta maior conscientização em relação ao potencial de abuso derivado das cláusulas de *tax sparing* e à ineficácia dos incentivos fiscais em promover o desenvolvimento econômico, o Relatório da OCDE afirma que uma reavaliação dos benefícios do *tax sparing* estaria em curso tanto nos países membros quanto nos não membros da Organização²⁷.

Argumentar que uma revisão seria necessária devido ao potencial de abuso derivado das cláusulas de *tax sparing* não é convincente. Ora, caso a possibilidade de abuso fosse razão suficiente para se considerar não incluir determinada cláusula em um acordo, cedo ou tarde nenhum artigo dos acordos de bitributação sobreviveria. Uma abordagem mais consistente parece ser discutir o *treaty shopping* e o abuso nos acordos, adotando cláusulas que poderiam evitar ambos (*e.g.*, L.O.B.). O mero fato de poder haver abuso não é suficiente para rejeitar uma cláusula de um acordo que seria, por outro lado, interessante para as partes.

Ademais, deve-se questionar a afirmação da OCDE segundo a qual o posicionamento, tanto dos países membros quanto dos não membros, em relação à concessão de *tax sparing* estaria sob revisão. Em interessante pesquisa destinada a verificar a prática dos acordos de bitributação desde a publicação do Relatório da OCDE, Victor Thuronyi concluiu que as cláusulas de *tax sparing* podem ser encon-

²³ COELHO, Cristiane. *Tax sparing and Brazil's tax treaties. Tax notes international*, n. 8, v. 51, 2008. p. 690.

²⁴ *Ibid.*, p. 692.

²⁵ *Ibid.*, p. 693.

²⁶ BROOKS, Kim. Op. cit., p. 528.

²⁷ OCDE. Op. cit., p. 21.

tradas em cerca de um terço dos acordos de bitributação assinados entre 2000 e 2003²⁸. Além disso, conforme verificado na pesquisa, metade dos acordos de bitributação com cláusulas de *tax sparing* envolvem países membros da OCDE. Esta circunstância é suficiente para se questionar em que medida a suposta "reavaliação" relativa à concessão de *tax sparing* estaria em curso tanto dentro quanto fora da área da OCDE.

De acordo com o Relatório, a principal razão para a concessão de *tax sparing* tem sido a promoção do desenvolvimento econômico nos países em desenvolvimento - assim, o suposto desenvolvimento experimentado por tais países nos últimos anos justificaria a relutância dos membros da OCDE em conceder o *tax sparing* em novos acordos ou em sua renegociação. Entendendo o *tax sparing* como um instrumento de ajuda estrangeira, o Relatório da OCDE também critica o mecanismo através do argumento de que este não é transparente quando comparado a uma ajuda direta, já que a última poderia estabelecer, "em termos relativamente precisos", o destinatário, o montante e o uso da ajuda estrangeira²⁹.

Ademais, conforme assinalado pelo Relatório da OCDE, uma cláusula de *tax sparing* teria um efeito contraproducente como ferramenta para atrair investimentos estrangeiros diretos, uma vez que ela encorajaria uma excessiva repatriação de lucros³⁰. Neste sentido, quando confrontados com a existência de um crédito de *tax sparing* na distribuição dos lucros de suas subsidiárias, os investidores estrangeiros seriam encorajados a retornar tais lucros para o Estado da Residência ao invés de reinvesti-los no Estado da Fonte.

Dadas as razões apontadas por seu Relatório, a OCDE recomenda que a concessão de *tax sparing* deva ser considerada pelos países membros apenas em relação aos países cujo nível de desenvolvimento econômico esteja consideravelmente abaixo do nível dos países que se encontram dentro da "área da OCDE"; dessa forma, recomenda-se, no Relatório, que países membros empreguem critérios econômicos objetivos para a definição dos países "elegíveis" para o *tax sparing*³¹. Pelo menos no caso do critério do PIB per capita, pode-se apontar a ausência de razões para a negação do *tax sparing*, já que a ideia segundo a qual países em desenvolvimento atingiram um PIB per capita mais alto que muito dos países membros da OCDE é enganosa³².

III. Reconsiderando a Reconsideração da OCDE

Como se pode notar a partir do item anterior, a reconsideração da OCDE é baseada na ideia de que o *tax sparing* seria um mecanismo para Estados desenvolvidos assistirem os Estados em desenvolvimento. Partindo de uma perspectiva histórica, pode-se confirmar tal hipótese: no caso do Brasil, os primeiros acordos de

²⁸ THURONYI, Victor. Recent treaty practice on tax sparing. *Tax notes international*, n. 3, v. 29, 2003. p. 301. Tax Analysts.

²⁹ OCDE. Op. cit., p. 22.

³⁰ Ibid., p. 22-23.

³¹ Ibid., p. 42-43.

³² Cf. COELHO, Christiane. Op. cit., p. 693.

bitributação foram assinados com a Suécia e com o Japão porque ambos os países estavam preparados para conceder cláusulas de *tax sparing* como parte da sua política de assistência para países em desenvolvimento. Esta parece ser a visão dos negociadores de acordos atualmente. A revogação do acordo Brasil-Alemanha é um exemplo disso: autoridades alemãs exigiram revisão no tratado devido ao fato de que o Brasil, em seu entender, não seria mais um país em desenvolvimento e, portanto, cláusulas de *tax sparing* não seriam mais aceitáveis. A posição brasileira quanto à adoção de cláusulas de *tax sparing* é também apontada como uma das razões pelas quais as negociações de um acordo entre Brasil e Estados Unidos permanecem inconclusas³³.

Se as cláusulas de *tax sparing* forem consideradas um mecanismo de desenvolvimento, é compreensível que a OCDE sugira uma reconsideração. Na perspectiva do Estado da Residência, os acordos visam evitar a bitributação. Devido à neutralidade de exportação, espera-se que os Estados da Residência reduzam seus tributos a um montante equivalente aos tributos cobrados no Estado da Fonte; caso os tributos não sejam recolhidos pelo Estado da Fonte, não haveria razão para a concessão de crédito pelo Estado da Residência. Portanto, o *tax sparing* afetaria um dos principais princípios do chamado "international tax regime": a neutralidade tributária. Considerando-se a neutralidade tributária como uma ferramenta importante, cláusulas de *tax sparing* deveriam ser evitadas. Estados desenvolvidos deveriam escolher mecanismos diretos para promover ajuda aos Estados em desenvolvimento.

Uma reconsideração da reconsideração da OCDE poderia basear-se em diversos argumentos: (i) neutralidade de exportação não é único objetivo da tributação internacional; (ii) cláusulas de *tax sparing* não são um favor concedido pelos Estados da Residência; e (iii) isenção pelo Estado da Residência não aumenta as prerrogativas do Estado da Fonte.

Neutralidade de exportação

O principal argumento contra os mecanismos de *tax sparing* parece basear-se na neutralidade de exportação: Estados que adotam o método do crédito argumentam que os investidores devem sujeitar-se ao mesmo nível de tributação tanto em seus investimentos domésticos, quanto naqueles realizados no exterior. Isso evitaria uma distorção na decisão dos investidores e permitiria, assim, atingir-se a mais eficiente alocação de recursos.

Não há consenso internacional em relação a esta perspectiva. Pelo contrário, parece bastante convincente a afirmação de que a neutralidade de exportação não funciona de modo tão eficiente. Caso o mecanismo do crédito funcionasse de acordo com seu objetivo - *i.e.*, neutralizar a carga tributária - tal não implicaria neutralidade nas decisões dos investidores. Ao contrário: a equalização das alíquotas é um mecanismo para convencer investidores a não investir em países menos desenvol-

³³ Cf. TOAZE, Deborah. *Tax sparing: good intentions, unintended results*. *Canadian tax journal* 4, 2001. p. 885.

vidos. Pode-se facilmente presumir que há alguma relação entre alíquotas e serviços fornecidos pelos Estados. Embora algumas jurisdições exijam altos tributos e não ofereçam aos seus contribuintes um nível correspondente de serviços, devido às deficiências próprias do Estado, é verdade que um Estado não será capaz de oferecer bons serviços se a sua tributação for baixa demais. Em geral, pode-se dizer que, se a jurisdição cobra tributos mais baixos, os contribuintes devem estar preparados para suprir alguns serviços que, caso contrário, poderiam ser oferecidos pelo Estado. Caso se leve esta perspectiva para uma relação entre Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, pode-se considerar que os Estados desenvolvidos irão, geralmente, impor tributos mais altos, mas, por outro lado, seus contribuintes terão um Estado mais forte. Estados em desenvolvimento podem ter tributos mais baixos, mas algumas deficiências seriam facilmente notadas, inclusive em termos de infraestrutura. Neste cenário, neutralizar a carga tributária significa exigir que os contribuintes paguem tributos no mesmo nível, independentemente de investirem em seu próprio Estado de Residência ou no exterior. Isso não é neutralidade: sob o mesmo nível de tributos, investidores preferirão investir em um ambiente onde a infraestrutura corresponda ao nível de tributos que eles pagam. Não faz sentido investir em uma jurisdição que oferece menores condições de infraestrutura, uma vez que o investidor terá que pagar por serviços que, em outro caso, seriam oferecidos pelo Estado. Em outras palavras, quando um país desenvolvido adota a neutralidade de exportação, ele convida seu contribuinte a investir localmente (ou em outro país desenvolvido); investidores apenas arriscarão investir em Estados em desenvolvimento se o retorno for alto o suficiente para tornar este investimento atraente apesar da distância entre o nível de tributação (de Estado desenvolvido) e a infraestrutura (de Estado em desenvolvimento). Não é de se surpreender, portanto, que se constate uma relevante diferença ("spread") entre os juros pagos pelos Estados desenvolvidos *vis-à-vis* Estados em desenvolvimento.

Caso se leve tal circunstância ao âmbito de uma relação interestatal³⁴, a neutralidade de exportação será ainda mais inaceitável, uma vez que se constatará que tal postura implica manter recursos relevantes em Estados desenvolvidos, enquanto os Estados em desenvolvimento precisam destes recursos para se desenvolver. Além disso, Estados da Residência podem tributar a renda dos seus contribuintes residentes pelo consumo, ao passo que Estados da Fonte só podem tributar a renda pelo pagamento.

Finalmente, deve-se observar que a neutralidade de exportação não é um fim por si. Caso os Estados da Residência realmente acreditassem que as alíquotas devem ser neutras, eles não apenas tributariam a diferença (positiva) entre seus tributos e os tributos do Estado da Fonte: se os últimos fossem mais altos, os Estados da Residência deveriam estar preparados para reembolsar seus contribuintes pela diferença (negativa). Nenhum Estado reembolsaria tributos pagos a Estados estrangeiros, mas tal situação demonstra que o argumento da neutralidade de exportação não é sincero.

³⁴ Cf. VOGEL, Klaus. Op. cit., 1989. p. 117-166.

Tax sparing não é um favor concedido pelos países desenvolvidos

Por trás da reconsideração da OCDE, parece haver uma crença de que o *tax sparing* seria uma concessão feita pelos Estados da Residência aos seus investidores, como um subsídio aos Estados em desenvolvimento. Isso explica por que o *tax sparing* só seria aplicável a acordos de bitributação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, e por que deveria ser visto como uma medida excepcional.

Pode-se ver tal entendimento em David Rosenbloom e Daniel Hora do Paço, segundo os quais a revisão da "insistência brasileira" relativa ao *tax sparing* seria "imperativa", já que tal postura teria impedido "negociações sérias" nos últimos 40 anos³⁵. No entender dos referidos autores, a política brasileira de adoção de cláusulas de *tax sparing* seria "contraditória" *vis-à-vis* a posição atualmente ocupada pelo país no cenário internacional, *i.e.*, *tax sparing* deveria apenas ser concedido a países em desenvolvimento, o que não seria mais o caso brasileiro³⁶.

Outro pode ser o entendimento, entretanto, caso se considere o fato de que os acordos de bitributação dividem a competência tributária entre duas jurisdições. Sob tal perspectiva, o *tax sparing* não pode ser considerado um favor concedido pelo Estado da Residência.

Acordos de bitributação só têm lugar quando duas jurisdições são, simultaneamente, competentes para tributar o mesmo evento, relativo a um mesmo contribuinte. Ou seja, acordos aparecem onde a bitributação, em sua ausência, ocorreria. Quando um país aceita assinar um acordo de bitributação e, deste modo, concorda em limitar sua própria competência, reconhece que seu parceiro de acordo também tem competência sobre o mesmo evento. Em outras palavras, por meio de um acordo de bitributação, dois Estados limitam suas próprias competências, reconhecendo a competência dos seus parceiros. Ao assinar um acordo de bitributação, um Estado aceita não transgredir determinados limites materiais, os quais são reservados ao seu parceiro.

Ou seja: dada a sobreposição de competências tributárias (origem da bitributação), o acordo de bitributação se presta a impedir aquela sobreposição: cada um dos Estados contratantes reconhece a legitimidade da pretensão de seu parceiro e ambos fixam limites materiais a sua própria competência.

Considerando um rendimento que pode ser tributado na fonte até certo limite, nota-se com facilidade que ambos os países dividiram suas competências, determinando que a jurisdição do Estado da Fonte atinja o referido limite e que a jurisdição do Estado da Residência comece deste ponto em diante.

Esta circunstância é muito importante para atualizar a discussão a respeito do *tax sparing*: deve-se ter em mente que o mesmo rendimento estaria sujeito a duas jurisdições, mas estas dividiram seus poderes de tributar; uma jurisdição não deve tributar além de seus próprios limites, pois, caso contrário, tributaria um rendimento que era reservado, pelo acordo, à outra jurisdição.

³⁵ ROSENBLOOM, H. David; e PAÇO, Daniel Hora do. Considerações sobre a negociação de um tratado para evitar dupla tributação da renda com os EUA. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 174. São Paulo: Dialética, 2010. p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 18-19.

Destarte, se o Estado da Fonte tributa não residentes até o limite previsto no acordo de bitributação, o Estado da Residência concederá um crédito equivalente a esse tributo. Em outras palavras, a competência do Estado da Residência começa no exato ponto em que cessa a competência do Estado da Fonte.

Quando, todavia, o Estado da Fonte decide não tributar determinado rendimento, o Estado da Residência alega não haver crédito a ser concedido. Em tal situação, pode-se notar facilmente que, na verdade, a tributação do Estado da Residência estaria alcançando um montante originalmente reservado à jurisdição do Estado da Fonte.

Em outras palavras, o mecanismo do crédito só funciona como ferramenta para dividir as competências tributárias se o Estado da Fonte exercer seu poder de tributar positivamente, *i.e.*, se o Estado da Fonte tributar integralmente o rendimento concedido a ele.

Contudo, caso o Estado da Fonte decida exercer sua competência tributária de maneira negativa, *i.e.*, caso o Estado da Fonte decida não tributar o rendimento, então o Estado de Residência reivindica seu direito de tributar o mesmo rendimento.

Tal panorama demonstra que o Estado da Residência não parece estar preparado para reconhecer que, originalmente, dividiu a competência tributária com seu parceiro de acordo. O Estado da Residência não reconhece o direito do seu parceiro de exercer completamente a sua competência sobre o montante reservado ao último. O Estado da Fonte exerce sua competência - vale lembrar - tanto quando tributa, quanto quando isenta o rendimento. O poder de tributar contempla o poder de isentar.

A partir de tal perspectiva, constata-se que o método do crédito não funciona como um mecanismo para dividir competências entre duas jurisdições igualmente competentes. Pelo contrário, o Estado da Residência mantém uma espada sobre a cabeça do Estado da Fonte, forçando-o a tributar o montante que foi conferido à sua jurisdição. O direito soberano do Estado da Fonte de exercer sua competência é, assim, desconsiderado: o Estado da Residência acredita que a tributação pelo Estado da Fonte seria uma concessão nos termos do acordo, mas, caso o Estado da Fonte decida não tributar, então o Estado da Residência manteria sua competência tributária sobre o montante total³⁷.

Neste sentido, nota-se que o *tax sparing* (especialmente o *matching credit*) é um mecanismo para corrigir tal distorção: através destas cláusulas, os Estados da Residência reconhecem o direito dos Estados da Fonte de tributar ou não um rendimento que foi reservado à sua jurisdição.

Portanto, as cláusulas de *tax sparing* (*matching credit*) não são favores concedidos pelos Estados da Residência: por meio da sua adoção, os Estados da Residência simplesmente confirmam não ter direito sobre um rendimento que foi conferido ao Estado da Fonte.

Isenção pelo Estado da Residência

Quando os Estados da Residência afirmam que os acordos visam evitar a bitributação e que, desse modo, não haveria crédito a ser concedido caso o Estado da Fonte isentasse um rendimento, seria razoável questionar se o mesmo raciocínio seria aplicável no caso oposto, *i.e.*, se o Estado da Residência isentasse um rendimento que seria tributável no Estado da Fonte.

Por meio de acordos de bitributação, os Estados da Fonte geralmente limitam seu próprio poder de tributar a um nível neles estabelecido, o qual tende a ser menor que o montante que seria normalmente devido pelos não residentes. Uma boa explicação para isso é que os limites do Estado da Fonte são necessários a fim de se viabilizar um poder de tributar (residual) para o Estado da Residência.

Caso se utilize dos mesmos argumentos contra o *tax sparing*, então é razoável afirmar que, se o Estado da Residência não tributar um rendimento, nenhum limite deverá ser aplicável à tributação no Estado da Fonte, uma vez que não haveria risco de bitributação.

Deste modo, se um país rejeita as cláusulas de *tax sparing*, deveria também aceitar que as limitações do Estado da Fonte apenas são aplicáveis se o Estado da Residência tributa o mesmo rendimento. Em outras palavras, já que os Estados da Residência geralmente argumentam que o único objetivo dos acordos é evitar a bitributação, então estes não deveriam limitar a tributação dos Estados da Fonte se os Estados da Residência não tributarem determinado rendimento (ou se eles tributarem este rendimento até um nível inferior àquele que seria aplicado pelo Estado da Fonte).

Considere-se, neste sentido, situação ilustrativa em que um não residente presta serviço temporário no Brasil. Como se sabe, a alíquota geral do imposto na fonte sobre os rendimentos derivados de serviços prestados por não residentes é de 25%³⁸. Entretanto, dada a ausência de estabelecimento permanente (ou de base fixa) no País, estabelece o artigo 7º (ou 14) do acordo de bitributação aplicável ao caso a competência exclusiva do Estado da Residência para tributar o rendimento, negando a possibilidade de incidência do imposto brasileiro.

Imagine-se que, em seu país de residência, por conta da usual existência de deduções, a tributação do beneficiário do referido rendimento alcance meros 10% do rendimento bruto (25% da renda líquida, mas apenas 10% da renda bruta, em virtude das deduções e abatimentos). Ora, se o objetivo do acordo fosse apenas evitar a bitributação, então poder-se-ia imaginar que o Estado brasileiro pleitearia seu direito de tributar os restantes 15%, já que o Estado da Residência não "aproveitou" toda a sua oportunidade para tributar.

Tal situação implicaria um complexo mecanismo de crédito inverso, por meio do qual os Estados da Fonte teriam o direito de tributar o rendimento (ou de completar a tributação) se o Estado da Residência não o fizesse.

É claro que tal mecanismo - além de ser bastante complicado - nunca foi considerado em nenhum acordo de bitributação conhecido. Ele é apresentado aqui apenas como um argumento para evidenciar que a pretensão dos Estados da Resi-

³⁷ Neste sentido, assinala Vogel que o método do crédito "retira, noutras palavras, do Estado importador de capitais, a possibilidade de exercer sua política econômica por meio da estruturação de seus impostos sobre dividendos, juros e *royalties*" (cf. VOGEL, Klaus. Op. cit., 1989. p. 745).

³⁸ Lei n. 9.779/1999, artigo 7º.

dência em tributar um montante reservado ao Estado da Fonte tem outro lado, que também deve ser levado em conta. Apesar de parecer absurdo considerar uma competência "residual" para o Estado da Fonte, o argumento não é diferente daquele empregado pelos Estados da Residência quando reivindicam a prerrogativa de tributar um rendimento reservado, nos termos do acordo, ao Estado da Fonte.

IV. Conclusão: *Tax Sparing*, Jurisdição e Territorialidade

O presente artigo demonstra haver um mal entendido quando países discutem a adoção de cláusulas de *tax sparing* em seus acordos.

Em uma perspectiva tradicional (Estado da Residência), o *tax sparing* seria uma concessão dada pelos Estados desenvolvidos aos Estados em desenvolvimento; se tal afirmação estiver correta, então faz sentido reconsiderar o referido mecanismo e a sua eficiência.

Entretanto, o *tax sparing* (especialmente se adotada uma cláusula de *matching credit*) pode ser visto como um mecanismo de reconhecimento (parcial) de territorialidade³⁹, *i.e.*, Estados da Residência reconheceriam a competência exclusiva do Estado da Fonte sobre (uma parte) da renda. Caso os Estados da Fonte decidam conceder um incentivo fiscal, isso deve ser considerado um sacrifício unilateral feito por eles, que não afeta o Estado da Residência em nenhum aspecto, uma vez que o assunto está além da sua competência.

É hora de se reconsiderar o *tax sparing*, mas não no sentido da reconsideração da OCDE: em vez de simplesmente se rejeitar as cláusulas de *tax sparing*, estas deveriam ser estimuladas e estendidas também aos acordos entre países desenvolvidos. Não só os países em desenvolvimento, mas também os países desenvolvidos devem possuir a prerrogativa de decidir sobre sua política fiscal dentro dos limites da competência reservada a eles pelo acordo. O *tax sparing* seria um passo à frente na direção do reconhecimento da competência tributária dos Estados. O exercício da referida competência pode ser igualmente realizado pela tributação ou pela não tributação de um rendimento.

Em uma perspectiva prática, cláusulas de *matching credit* parecem mais convenientes do que o *tax sparing s.s.*, já que o último dependeria da análise da legislação interna do Estado da Fonte e, geralmente, os Estados listam os benefícios a serem observados; cláusulas de *matching credit*, por outro lado, simplesmente respeitam a competência do Estado da Fonte, estabelecendo o ponto onde começa a competência do Estado da Residência.

Em conclusão, parece acertada a posição dos negociadores brasileiros ao insistir na adoção de cláusulas de *tax sparing* nos acordos de bitributação. Devem eles sustentar seu posicionamento não mais sob a perspectiva de subsídio a investimento, mas antes em virtude de sua importância para respeitar a competência tributária dos Estados contratantes.

³⁹ VOGEL, Klaus; e LEHNER, Moris (Orgs.). *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*. 5. ed. München: Beck, 2008. Art. 23, Rz 195. p. 1.648.

Por que os Estados Unidos firmam Tratados Tributários? E por que não têm Tratado Tributário com o Brasil?*

Yariv Brauner**

Professor de Direito da University of Florida, Levin College of Law.

Resumo

Este artigo trata das razões que levam os EUA a assinarem tratados internacionais em matéria tributária. Aborda, por outro lado, os motivos que levariam o mesmo país a não manter um tratado com o Brasil. O autor explica como são negociados os tratados internacionais em matéria tributária. Conclui, afinal, com uma crítica à política fiscal dos EUA sob a perspectiva do Direito Tributário Internacional.

Abstract

This article is about the reasons that lead the US to sign international treaties on tax matters. It deals with, on the other hand, the reasons which prompt the same country to not keep a treaty with Brazil. The author explains how are negotiated the international treaties on tax matters. Concludes, after all, with a critical assessment of the fiscal policy of the USA under the perspective of international tax law.

I. Introdução

O Brasil chama a atenção como o mais importante parceiro comercial sem tratado tributário com os Estados Unidos.¹ Trata-se claramente do único entre os principais parceiros comerciais dos Estados Unidos nessa situação. Os Estados Unidos também não firmaram Tratados tributários com a maioria dos países latino-americanos.² Na verdade, Estados Unidos e Brasil assinaram um tratado tributário em 1967, contudo, o Senado recusou-se a aprovar a ratificação do tratado, que

* Tradução de Célia Korn.

** Agradeço a Luís Eduardo Schoueri, meu coapresentador no painel do Congresso de Direito Tributário Internacional do IBDT de 2011, São Paulo, Brasil, no qual este ensaio foi originalmente apresentado. Agradeço também a Reuven Avi-Yonah, Allison Christians e Willard Taylor por generosamente me oferecerem seus úteis comentários e orientação. Todos os erros ou inexatidões são, naturalmente, meus.

¹ O Brasil está entre os dez principais parceiros comerciais dos Estados Unidos e os Estados Unidos são um dos principais parceiros comerciais do Brasil. Veja, por exemplo, o site do USTR. *U.S.-Brazil Trade Facts*. Disponível em <http://www.ustr.gov/countries-regions/americas/brazil>, ou informações recentes da U.S. Census Bureau Information. *U.S. International Trade in Goods and Services (FT900)*. Exhibit 6. Exports, Imports and Trade Balance by Country and Area, not Seasonally Adjusted. Disponível em http://www.census.gov/foreign-trade/Press-Release/current_press_release/exh6s.pdf.

² Com exceção do México, integrante do Nafta, Venezuela (o efeito do tratado com esse país é bastante limitado devido a questões políticas) e Chile, o novo membro da OCDE, cujo tratado com os Estados Unidos deve entrar em vigor em breve.