

Instituto Brasileiro de Direito Tributário

ANAIS – VII CONGRESSO
BRASILEIRO DE DIREITO
TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

22 a 24 de agosto de 2018

Salão Nobre da Faculdade de Direito
do Largo de São Francisco



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

São Paulo – 2019



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 290 – 7º andar – conjuntos 71 e 72
CEP 01318-902 – São Paulo – SP – Fone/Fax: (11) 3105-8206
e-mail: ibdt@ibdt.org.br *site:* www.ibdt.org.br

Diretoria

Presidente: Ricardo Mariz de Oliveira
Vice-Presidente: Luís Eduardo Schoueri
Diretor-Tesoureiro: Salvador Cândido Brandão
Diretor-Secretário: Fernando Aurelio Zilveti
Diretores Executivos: Gerd W. Rothmann e João Francisco Bianco

Conselho Deliberativo

Argos Magno de Paula Gregório, Bruno Fajersztajn, Humberto Bergmann Ávila,
Luís Flávio Neto, Maria Teresa Martínez López, Roberto Catalano Botelho Ferraz,
Roberto França de Vasconcellos, Rodrigo Maito da Silveira e Sergio André Rocha

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional
(7: 2018): São Paulo, SP

C759 Anais [recurso eletrônico] / 7º Congresso Brasileiro
de Direito Tributário Internacional, 22, 23, 24 de agosto de 2018
em São Paulo, SP. – São Paulo, FDUSP, 2018.

436 p.; 23 cm.

ISBN 978-85-93713-05-7

1. Direito Tributário Internacional 2. Eventos
3. Brasil 4. Instituto Brasileiro de Direito Tributário
I. Instituto Brasileiro de Direito Tributário II. IBDT
III. Título.

DORIS 341.39103

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito Tributário Internacional : Brasil

ISBN 978-85-93713-05-7



Revisão: Sabrina Dupim Moriki
Editoração: Nelson Mitsuhashi

Single Taxation como Política Fiscal: o Caso dos Híbridos

Luís Eduardo Schoueri

*Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.*

Guilherme Galdino

*Mestrando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado em São Paulo.*

Introdução

Imagine a seguinte situação: a empresa matriz Alpha, localizada na jurisdição Ômega, recebe renda variável (lucros) em virtude de debêntures emitidas por sua subsidiária, empresa Beta, que reside no país Delta. Nesse caso, para Beta, a despesa com os pagamentos devidos em virtude da debênture é dedutível, ao passo que, para Alpha, o rendimento decorrente da debênture é tratado como lucro no exterior e não compõe a base tributável (*participation exemption*). Diante desse cenário, chegamos ao instrumento híbrido, marcado pela “dedução/não inclusão”, representado pela figura abaixo:

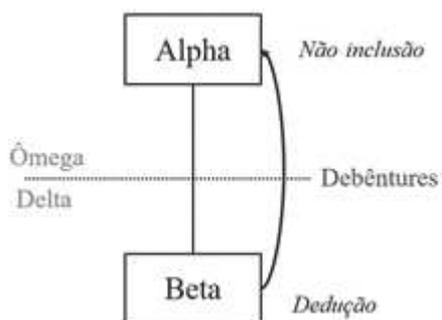


Figura 1 – Dedução/Não inclusão

A partir de situações como essa, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) criou a Ação 2¹, inserida no Plano de Ações² de sorte a combater a erosão da base tributável e a transferência de

¹ Cf. OCDE (2015), Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements, Action 2 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

² Cf. OCDE (2013), Action plan on base erosion and profit shifting, OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

lucros (“BEPS”), empreitada essa conhecida por Projeto BEPS. A Ação 2 recomenda inúmeras medidas domésticas (regras primárias e defensivas) que se destinam a harmonizar o tratamento tributário dos instrumentos e entidades híbridos em ambas as jurisdições. Dado que essas medidas poderiam não ser aplicadas em razão de dispositivos contidos em Acordos para evitar a Dupla Tributação (“ADTs”), recomenda-se a modificação destes a fim de garantir a eficácia daquelas. É nesse âmbito que o Instrumento Multilateral (“MLI”)³ procura introduzir, de uma só vez, em vários ADTs, dispositivos para tanto. Esse combate à “dupla não tributação” de arranjos tributários híbridos pela Ação 2 se inspira, ainda que implicitamente, no “single taxation” (Tributação Única).

Embora a busca pela ideia de Tributação Única tenha-se iniciado, embrionariamente, no trabalho da Liga das Nações⁴, ela se tornou célebre mediante a atuação de seu principal defensor, Avi-Yonah. Segundo este autor, haveria um “regime tributário internacional” composto tanto pela rede de ADTs como pelas leis domésticas, que apresentaria dois princípios gerais que lhe seriam definidores. Ao lado do Princípio do Benefício (“benefits principle”), haveria o chamado Princípio da Tributação Única (“single tax principle”)⁵, o qual determinaria que a renda obtida de transações internacionais deve ser tributada apenas uma vez, nem mais, nem menos⁶.

Apesar de haver muita controvérsia sobre a existência efetiva de um regime tributário internacional, este trabalho se propõe apenas a investigar a conveniência e a viabilidade da adoção do suposto Princípio da Tributação Única, à luz de sua inserção na Ação 2 do Projeto BEPS, que cuida dos arran-

³ OCDE (2016), *Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁴ Cf. Liga das Nações, *Dupla tributação e evasão fiscal*, Doc. G.216.Mj85 II, p. 23 (Liga das Nações, 1927), relatório apresentado pelo Comitê de Especialistas Técnicos em Dupla Tributação e Evasão Fiscal. Disponível, em inglês, em: <http://biblio-archiv.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-216-M-85-1927-II_EN.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2018.

⁵ R. S. Avi-Yonah, *International tax as international law – an analysis of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge Tax Law Series, 2007, p. 1.

⁶ Para autores em defesa do Princípio da Tributação Única, cf. R. S. Avi-Yonah, *International taxation of electronic commerce*, *Tax Law Review* v. 52, 1997, p. 517; Y. Brauner, *What the BEPS?*, *Florida Tax Review* v. 16, 2014, 55 (2014); and J. M. M. Rigoni, *The international tax regime in the twenty-first century: the emergence of a third stage*, *Intertax*, v. 45, n. 1, 2017, p. 205. Para autores rejeitando ou questionando o Princípio da Tributação Única, cf. H. D. Rosenbloom, *The David R. Tillinghast lecture international tax arbitrage and the “international tax system”*, *Tax Law Review* v. 53, 2000, p. 137; F. De Lillo, *In search of single taxation: the twilight of an idol?*, Monografia no âmbito do *Advanced Master’s International Tax Law*. Universidade de Amsterdã – IBFD (2017); e D. N. Shaviro, *The two faces of the single tax principle*, *Brooklyn Journal of International Law* v. 41, 2016, p. 1293 e ss.

jos híbridos. Desse modo, não se verificará se os Estados atualmente adotam o referido Princípio. Portanto, mais precisamente, o propósito deste trabalho é examinar o (1) significado da Tributação Única e a feição com que ela se apresenta na Ação 2 do Projeto BEPS, de modo a apurar (2) as razões que a procuram suportar como medida de política tributária bem como a (3) viabilidade de sua adoção consoante a referida Ação 2, considerando também a efetividade do MLI.

1. O que significa “Tributação Única”?

Em 1927, o Comitê de Especialistas Técnicos em Dupla Tributação e Evasão Fiscal da Liga das Nações afirmou a necessidade de coordenar a evasão fiscal e a dupla tributação. A ideia era chegar a um acordo – que seria “altamente desejável” – segundo o qual o contribuinte não teria a mesma renda tributada por diferentes países, e a cooperação internacional deveria evitar que certas rendas não fossem tributadas. Portanto, especialistas deveriam conceber um sistema pelo qual todas as rendas seriam tributadas uma vez, e apenas uma vez⁷. Surge, daí, o embrião a que se hoje denomina de Tributação Única.

Não obstante possam ser referidas certas políticas tributárias adotadas por alguns países e a atenção crescente a evitar a dupla tributação pela OCDE⁸, Avi-Yonah foi o principal responsável pela elaboração do Princípio da Tributação Única. Segundo esse autor, a renda derivada de transações internacionais deve sujeitar-se à tributação uma única vez (*i.e.*, nem mais, nem menos do que uma)⁹.

Se compreendido sob a (*i*) perspectiva formal, o Princípio da Tributação Única seria inócuo, uma vez que o número de incidências sobre a renda transnacional não diz nada. Por sua vez, se considerado (*ii*) substantivamente, por meio do qual a tributação seguiria o Princípio do Benefício, além de adotar premissas questionáveis, não indica precisamente o montante a ser tributado e ainda trata várias situações (bem distintas) da mesma maneira. Ademais, mesmo se compreendida em termos substantivos, a (*iii*) Ação 2 pretende instituir um conceito *híbrido* de Tributação Única, pois, de um lado, apresenta uma face jurídica e, de outro, uma face econômica.

⁷ Liga das Nações, *supra* n. 5, p. 23.

⁸ Cf. De Lillo, *supra* n. 7, p. 13-15; R. S. Avi-Yonah, Who invented the single tax principle?: an essay on the history of U.S. treaty policy, *New York Law School Law Review* v. 59, 2014-2015, p. 305; e Rigoni, *supra* n. 7.

⁹ Avi-Yonah, *supra* n. 9; Avi-Yonah, *supra*, n. 7, p. 517; R. S. Avi-Yonah, Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime, *Bulletin for International Taxation*, v. 61, Journals IBFD, 2007, p. 133; Avi-Yonah, *supra*, n. 6, p. 1; R. S. Avi-Yonah, Commentary (Response to article by H. David Rosenbloom), *Tax Law Review* v. 53, 2000, p. 169.

A partir da (i) abordagem formal, dizer que a renda transnacional deve ser tributada uma única vez não exige um nível “apropriado” de tributação. Presume-se somente que uma incidência é melhor do que nenhuma ou do que várias. Em que pese essa formulação pudesse ser justificada em termos de simplificação e segurança jurídica, ela é bem questionável. Do ponto de vista do contribuinte, não se trata de saber *quantas vezes*, senão *quanto se paga*. A maioria dos contribuintes preferiria ser tributado 20 vezes a 1% a ser tributada uma única vez a 35%¹⁰. Combater a dupla tributação atrela-se à excessiva tributação e não propriamente ao número de incidências que atingem a renda. Por outro lado, com objetivo de atrair investimentos ou impor tributação em outras fontes, um Estado pode querer afastar a tributação ou ao menos estabelecer regimes que criem possibilidade de planejamento tributário (*e.g.*, regras “check-the-box”, nos EUA)¹¹. Ademais, a abordagem formal seria facilmente contornável, pois bastaria impor uma alíquota baixíssima (*e.g.*, 0.01%)¹² que o efeito seria próximo ao de uma isenção, embora o Princípio da Tributação Única seria respeitado. Em poucas palavras, seja para evitar a bitributação, seja para evitar a dupla não tributação, a abordagem formal do Princípio da Tributação Única não enfrenta o problema que ela pretende resolver: o número de incidências não quer dizer absolutamente nada.

Já sob a (ii) perspectiva substantiva, segundo a qual, consoante delimitado por Avi-Yonah, caberia ao Princípio do Benefício definir o montante a ser tributado, há diversos entraves. Tal como formulado, o Princípio do Benefício implicaria que o país da fonte teria a competência precípua de tributar renda ativa, ao passo que o país da residência teria a competência precípua de tributar renda passiva¹³. Essa própria concepção já é questionável, uma vez que há países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que adota a política de tributar rendimentos entendidos por “passivos” a determinadas alíquotas enquanto país de fonte (*e.g.*, 15% sobre *royalties*). Além de a própria classificação entre renda ativa e renda passiva ser discutível, surge a controvérsia acerca das alíquotas aplicáveis. Mesmo considerando os países membros da OCDE no ano-calendário de 2017, é notória a amplitude da faixa de alíquotas que variam, no caso da tributação da renda corporativa, de 9.9% (Hungria) a 34.2% (EUA), e de 10,9% (Letônia) a 60,1% (Suécia) levando em conta a tributação da renda de pessoa física¹⁴. Nota-se, assim, a dificuldade de se chegar a um con-

¹⁰ D. N. Shaviro, *Fixing U.S. international taxation*, Nova York: Oxford U. Press, 2014, p. 11.

¹¹ Shaviro, *supra* n. 7, p. 1299-1301; e Rosenbloom, *supra* n. 7, p. 153.

¹² Shaviro, *supra* n. 7, p. 1294, nota 5.

¹³ Avi-Yonah, *supra* n. 6, p. 11-13. Para uma reconsideração do Princípio do Benefício, cf. R. S. Avi-Yonah & H. Xu, Evaluating BEPS: a reconsideration of the benefits principle and proposal for UN oversight, *Harvard Business Law Review* v. 6, 2016, p. 185 e ss.

¹⁴ Cf. OCDE, *Public sector, taxation and market regulation: taxation* (OECD 2017). Disponível em: <http://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=TABLE_I7>. Acesso em: 29 jan. 2018).

senso acerca da alíquota razoável a ser adotada. Ademais, pressupor determinada alíquota também implica uma concepção de Estado, o que será mais discutido adiante. De qualquer forma, não se pode concluir que uma abordagem substantiva do princípio da Tributação Única forneça uma alíquota apropriada de modo a alcançar o nível adequado de tributação.

Além disso, a concepção de Tributação Única adotada (iii) na Ação 2 possui duas faces distintas¹⁵. Sob a perspectiva de se evitar a dupla tributação (“não mais que uma vez”), a Ação 2 emprega um conceito jurídico. Isso porque, retornando ao exemplo da introdução, bastaria que a empresa titular das debêntures, Alpha, fosse tributada pela jurisdição Ômega e/ou por Delta, de modo que, se houvesse a bitributação, fosse esta evitada pelo crédito ou isenção. Assim, o mesmo contribuinte (Alpha) não sofreria dupla tributação decorrente da amortização das debêntures emitidas por Beta num mesmo período.

Portanto, a Tributação Única garante um “direito”¹⁶ ao contribuinte, que consiste em sofrer apenas um encargo econômico relativamente ao mesmo objeto tributável num certo período; nesse aspecto, pretende-se eliminar a *dupla tributação jurídica*. A circunstância de que uma certa renda possa ser tributada duas vezes não é um problema nos termos do Princípio da Tributação Única, desde que um Estado tribute a empresa que distribui os lucros e o outro Estado tribute o beneficiário dos dividendos. Em outras palavras, a *dupla tributação econômica* não é afetada pela Tributação Única.

Contudo, no contexto da Ação 2, o combate à dupla não tributação (“não menos que uma vez”) parte de um conceito *econômico*. Retomando o mesmo exemplo acima, bastaria que a empresa Beta não pudesse mais deduzir os juros pagos em razão das debêntures emitidas para que a Tributação Única fosse satisfeita. Nesses termos, seria irrelevante se um contribuinte não foi tributado, desde que a renda já o tenha sido. Tolerar-se-ia, portanto, a dupla não tributação jurídica, ao passo que o problema resumir-se-ia à dupla não tributação *econômica*¹⁷.

Como formulado pela Ação 2, as duas faces do Princípio da Tributação Única apresentam abordagens distintas, porque diferentes são as perspectivas encontradas em cada uma. Numa de suas faces, a Tributação Única enfrenta a dupla tributação jurídica, estabelecendo que a renda obtida pelo contribuinte no âmbito de transações internacionais não deve ser tributada mais de uma vez. É evidente que essa face da Tributação Única parte do ponto de vista do contribuinte. Todavia, em sua outra face, ao menos segundo os resultados

¹⁵ Shaviro, *supra* n. 7; e De Lillo, *supra* n. 7, p. 12.

¹⁶ De Lillo, *supra* n. 7, p. 12.

¹⁷ De Lillo, *supra* n. 7, p. 43-46.

verificados na Ação 2, a Tributação Única pode tolerar a dupla não tributação jurídica desde que a dupla não tributação econômica seja afastada. Essa segunda face da Tributação Única adota enfoque sobre a renda, e não sobre o contribuinte. Embora a abordagem adotada na Ação 2 possa apresentar outras consequências – a exemplo da ideia de que um elemento da renda é tributado, e não uma pessoa¹⁸ –, ela indica que o significado da Tributação Única tem problemas, uma vez que ele pode ser entendido como um conceito econômico a partir de um de seus aspectos.

De todo modo, assumindo que o Princípio da Tributação Única possui uma abordagem substantiva, por que ele (não) deveria ser uma meta de política tributária a ser perseguida pelas jurisdições?

2. Por que a Tributação Única é desejável como medida de política tributária?

O Princípio da Tributação Única pretende se fundamentar a partir de noções de (i) eficiência e de (ii) justiça.

A justificativa (i) atrelada à eficiência reside na ideia de que a Neutralidade de Exportação de Capital (*Capital Export Neutrality* – CEN) é o melhor caminho. Segundo tal concepção, a renda obtida por meio de transações internacionais deveria ser submetida ao mesmo tratamento que a renda advinda de operações domésticas, sob pena de: se incentivar (ineficientemente) investimentos internos caso a renda doméstica fosse menos tributada do que a renda decorrente de transações internacionais; ou de se incentivar (também ineficientemente) investimentos estrangeiros na hipótese de a renda doméstica ser mais tributada do que a renda transnacional. Diante de tal cenário, a Tributação Única evitaria o “peso-morto” resultante da falta ou do excesso de tributação, resultantes, respectivamente, da erosão da base tributável e do desestímulo ao investimento internacional¹⁹.

Esse argumento, porém, apoia-se no pressuposto de que a neutralidade depende exclusivamente do nível de tributação. Não apenas há outros fatores que impactam a política tributária de um país, tais como as *tax inversions* e as influências recíprocas entre os Estados, como também a CEN desconsidera a existência de outras distorções econômicas relevantes, a exemplo de outros tributos e do papel da infraestrutura. A neutralidade da exportação de capital só leva em consideração os impostos incidentes sobre a renda como fator de influência sobre o comportamento dos Estados e investidores, ignorando outros elementos que podem exercer o mesmo impacto²⁰. Por exemplo, os servi-

¹⁸ De Lillo, *supra* n. 7, p. 45-49.

¹⁹ Avi-Yonah, *supra* n. 6, p. 10.

²⁰ Para considerações sobre a adoção da neutralidade de exportação de capital, cf. L. E. Schoueri &

ços e a infraestrutura que um Estado oferece também influenciam a tomada de decisão dos investidores. Neutralidade, em sentido amplo, significa a não interferência dos tributos, mas também a não interferência das demais atividades do governo²¹. Desse modo, decisões de investimento apresentam uma dupla consideração, qual seja, a de onde a tributação é menor e onde os benefícios são maiores. Entretanto, oferecer mais serviços requer mais tributos: um fator depende do outro²².

No entanto, a afirmação de que Estados com maior carga tributária fornecem mais serviços é geralmente verdadeira para países desenvolvidos. Embora países em desenvolvimento possam impor alta tributação, em virtude de certas deficiências, eles podem não proporcionar o nível correspondente de serviços à sua população. O aumento da carga tributária pode não ser suficiente para fornecer mais benefícios. Há um conjunto de fatores envolvidos, tais como sistemas políticos e administrativos, capital humano e infraestrutura²³. Nesse sentido, pode ser que a uniformização das alíquotas ao redor do mundo mude o foco dos investidores, dado que eles poderiam investir apenas em países desenvolvidos, já que não seria conveniente investir num Estado com alta carga tributária e poucos benefícios (*i.e.*, países em desenvolvimento que estabeleçam alta tributação).

Além do argumento da suposta eficiência, procura-se sustentar a Tributação Única a partir de considerações relativas à equidade. Isso porque ela satisfaria a exigência de que indivíduos com a mesma riqueza sejam tributados igualmente (equidade horizontal), bem como a de que indivíduos mais ricos paguem mais impostos (equidade vertical)²⁴.

Entretanto, essa justificativa parte apenas da perspectiva dos países da residência. Deve-se ter em conta que um contribuinte que recebe renda advinda de fonte estrangeira deve ser comparado tanto com (a) seus concidadãos residentes quanto com (b) seus concorrentes no país da fonte. A última comparação se faz necessária porque investimentos no exterior ocorrem em condições muito diferentes em comparação aos investimentos domésticos. Por

R. A. Galendí, Jr., Justification and implementation of the international allocation of taxing rights: can we take on take one thing at a time?”, in S. A. Rocha & A. Christians (ed.), *Tax sovereignty in the BEPS Era*, Series on International Taxation v. 60. Amsterdã: Wolters Kluwer, 2017; e R. A. Galendí Jr., Fundamentos da tributação de lucros no exterior, *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: Dialética e IBDT, 2015, p. 389 e ss.

²¹ Cf. K. Vogel, World-wide vs. Source taxation of income – a review and reevaluation of arguments, C. E. McLure *et al.* (ed.), *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdã: Kluwer, 1989, p. 141.

²² Cf. L. E. Schoueri, Tax sparing: a reconsideration of the reconsideration, in Y. Brauner & M. Stewart, *Tax, law and development*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 119-120.

²³ Cf. Vogel, *supra* n. 22, p. 142.

²⁴ Cf. Avi-Yonah, *supra* n. 6, p. 10-13.

exemplo, o tratamento distinto pode surgir do fato de o país da fonte oferecer menos benefícios. Aliás, sequer é possível afirmar que investimentos domésticos e no exterior sejam realizados sob as mesmas condições. Os riscos envolvidos são sempre diferentes porque, apesar da existência de grandes semelhanças, o investimento no exterior depende de outro regime jurídico, sistema político e realidade econômica (*e.g.*, riscos monetários). Existem, assim, custos de transação que um residente que invista no exterior terá que suportar, os quais não são comparáveis com aqueles suportados por outro residente que invista em seu próprio país²⁵. Em suma, por se limitar apenas à perspectiva do Estado de Residência, o argumento da equidade traz considerações bem questionáveis.

Apenas para ilustrar, vale retomar o exemplo trazido na introdução. O que justifica tratar como não dedutível os juros pagos pela empresa Beta à Alpha? Em verdade, pode argumentar-se que essa situação viola a igualdade, uma vez que os critérios aplicados para diferentes contribuintes não são os mesmos. Além disso, a Tributação Única não promove a igualdade em nenhuma das jurisdições, já que o beneficiário do pagamento (Alpha) não é tributado na fonte e nem na residência.

Contudo, ainda que se acredite que o princípio da Tributação Única deve ser adotado, sua implementação é viável? É isso que se examina no próximo tópico.

3. A adoção da Tributação Única é viável?

Muitas jurisdições podem não querer adotar a Tributação Única porque sua implementação significa (*i*) um certo modelo de Estado (*i.e.*, um Estado com alta carga tributária); e (*ii*) um compromisso absoluto com a neutralidade. Mesmo que assim queiram, pode ser que (*iii*) não consigam, em razão de isso estar além de sua capacidade. Indício de que a Tributação Única está longe de ser adotada encontra-se no (*iv*) elevado emprego do poder de reserva dos signatários do MLI em relação aos artigos referentes aos arranjos híbridos.

Consoante formulado, o Princípio da Tributação Única pressupõe (*i*) que se esteja diante de um Estado que imponha alta tributação, da perspectiva do país da residência. Consequentemente, essa implementação só iria representar uma mudança relevante para os países que atualmente impõem alíquotas inferiores a determinado patamar escolhido como nível mínimo. Em outras palavras, jurisdições que impõem baixa tributação ver-se-iam forçadas a aumentar sua oferta de benefícios a fim de atender às expectativas dos contribuintes. Nesse sentido, por não conseguirem tal feito, poderiam perder a capacidade de atrair investimentos. Para um país, pode não ser conveniente

²⁵ Cf. K. Vogel, Tributação da renda mundial, *Revista dos Tribunais* v. 2, n. 7, 1994, p. 141-157.

aumentar sua oferta de serviços. Por exemplo, ele pode optar por atrair investimentos do exterior por meio de baixa tributação. Uma vez que tanto um país caracterizado pela baixa carga tributária e baixa oferta de serviços como um país com alta carga tributária e alta oferta de serviços podem ser tidos por eficientes, trata-se de uma escolha política qual tipo de Estado a jurisdição pretende ser. Cada país deseja encontrar seu próprio equilíbrio, de acordo com sua capacidade e suas necessidades. Portanto, pode ser conveniente a uma jurisdição impor baixa tributação e ter baixa ou nenhuma receita tributária (e consequentemente oferecendo pouca infraestrutura), e isso dificilmente significaria que esses países estariam comprometendo suas receitas. Alta receita tributária – e altos impostos – não podem ser tidos por desejáveis em si mesmos.

Ademais, políticas tributárias (ii) nem sempre servem ao propósito de atingir o máximo de neutralidade possível. Sob uma perspectiva mundial, a neutralidade exige que os países tomem decisões a fim de aumentar a eficiência econômica, onde quer que ela se dê. Isso significa que os países têm de aceitar a possível alocação do capital em outro lugar que não em seus próprios territórios. Todavia, há um interesse acentuado no lugar onde o capital é alocado e no lugar onde os tributos são recolhidos, visto que esses dois lugares podem não coincidir. Às vezes, pode ser conveniente a um país implementar políticas de neutralidade na exportação de capital, ao passo que, em outros momentos, investimentos domésticos ou estrangeiros são preferíveis. Ao final do dia, a decisão sobre qual é a melhor política a ser adotada consiste, em grande medida, numa questão empírica, porque dependente de diversas circunstâncias mutáveis não apenas de país para país, senão também temporalmente. Decisões políticas certamente continuarão a ser vistas como questões nacionais, e, como tais, permanecerão sujeitas aos contextos político, econômico, cultural e histórico específicos de cada país. A neutralidade assegura que o capital será eficientemente alocado no mercado internacional, mas essa neutralidade perfeita não é uma escolha óbvia para as jurisdições, na medida em que algumas políticas tributárias podem preferir uma maior interferência, dadas as circunstâncias específicas²⁶.

Para alcançar a neutralidade por meio da Tributação Única conforme almejado por Avi-Yonah, (uma faixa de) alíquotas deveria ser aplicada por países significativamente distintos com diversas opções políticas, condições econômicas e contextos históricos. Em alguma medida, essa ideia se baseia numa suposta indiferença de certas nações diante de seus próprios interesses.

²⁶ Cf. M. J. Graetz, The David R. Tillinghast lecture – taxing international income: inadequate principles, outdated concepts and unsatisfactory policies, *Tax Law Review* v. 54, 2001, p. 281-282. No mesmo sentido, cf. R. T. Santos, Instrumentos financeiros híbridos e a arbitragem fiscal internacional – as considerações de política fiscal na Ação 2 do Projeto BEPS, in L. E. Schoueri et al. (ed.), *A tributação internacional na era pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130.

No entanto, a conveniência e viabilidade de a Tributação Única ser uma meta de política tributária também é uma questão de saber o que ela – Tributação Única – almeja. Diversos países podem não querer adotá-la. Não apenas porque a elevação da carga tributária numa jurisdição pode não ser desejável, como também a neutralidade pode nem sempre ser uma meta perseguida pelos países. De todo modo, ainda que todos os países pretendessem adotar o Princípio da Tributação Única, seria possível fazê-lo?

Parece-nos que não. Embora muitos países possam querer adotar o Princípio da Tributação Única, permaneceria a questão acerca da capacidade de implementá-lo, bem como a dificuldade de coordenar uma tal política ao longo do tempo. A decisão sobre o nível de tributação não é livre e não se resume inteiramente num simples querer. Decisões de política tributária são condicionadas por inúmeras circunstâncias.

A adoção da Tributação Única não representaria uma mudança dramática para países de alta carga tributária em comparação aos de baixa carga tributária. Um alto nível de tributação deve ser acompanhado de um nível proporcional de benefícios. Não se trata de dizer que altos tributos implicam a criação de incentivos ineficientes, senão que eles exigem uma oferta proporcional de serviços. Contudo, sucede frequentemente que a implementação de uma certa política não está ao encontro da vontade de um país, mas sim além de sua capacidade (*iii*). Diferentemente de elevar a tributação, o que depende, em regra, apenas da maioria de uma assembleia legislativa, a oferta de serviços está sujeita à capacidade de o Estado fornecê-la. Dadas algumas deficiências, por exemplo, em infraestrutura, saúde pública, educação ou estabilidade econômica, pode não ser possível fornecer serviços a um nível proporcional à tributação. Em suma, países em desenvolvimento frequentemente *não optam* por fornecer menos serviços; eles simplesmente *não estão preparados* para fornecê-los.

Como consequência, ainda que todos os países consentissem em adequar-se à faixa de alíquotas de países desenvolvidos, países em desenvolvimento continuariam numa posição desvantajosa porque, mesmo impondo altos tributos, eles ainda não teriam o que oferecer em retorno. Portanto, exigir o mesmo encargo tributário ao redor do mundo neutralizaria apenas uma coisa, qual seja, a capacidade dos países em desenvolvimento de atrair investimentos. Desse modo, sua competitividade seria prejudicada em relação aos países desenvolvidos.

Além da dificuldade referente à falta de consenso em torno do valor das alíquotas, não há força supranacional que possa assegurar a implementação do Princípio da Tributação Única em todo o mundo²⁷. Não apenas seria im-

²⁷ De Lillo, *supra* n. 7, p. 61.

portante garantir, de alguma forma, a faixa de alíquotas a ser adotada, senão também a coordenação exigiria alto consenso em torno de conceitos de tributação. Ora, combater a arbitragem fiscal implica maior harmonização, uma vez que os descompassos surgem justamente de divergências conceituais.

É nesse sentido que, pautado na necessidade de criação de um novo conjunto de padrões elaborados para estabelecer coerência internacional na tributação da renda de empresas²⁸, o Projeto BEPS, mais especificamente na Ação 2, clama por coordenação na aplicação de diversas regras e recomendações, de sorte a afastar os efeitos indesejados de arranjos híbridos²⁹. Além de modificações em leis domésticas, a Ação 2 recomenda mudanças nos ADTs³⁰. A título de exemplo, entidades transparentes podem ser usadas para a obtenção de benefícios quando ambos os Estados contratantes não considerem, de acordo com sua legislação nacional, a sua renda como renda própria de um de seus residentes. Diante disso, o MLI tem o seu papel: introduzir essas alterações em diversos ADTs simultaneamente. Dessa forma, na seção “Hybrid Mismatches”, há três artigos: art. 3º (Entidades Transparentes); art. 4º (Entidades com Dupla Residência); e art. 5º (Aplicação de Métodos para eliminar a Dupla Tributação). Ressalta-se que cada artigo possui reservas total e parciais, podendo ainda ter aplicação assimétrica (*e.g.*, art. 5º). Dado que todos esses artigos se sujeitam ao poder de reserva dos signatários³¹, a efetividade do MLI em matéria de híbridos dependerá das listas de reservas fornecidas pelos Estados signatários.

Nesse contexto, a dificuldade de se atingir o consenso e de se implementar medidas que, ao menos, atenuem o problema da dupla não tributação pode ser encontrada no *(iv)* elevado número de reservas realizadas pelos signatários do MLI em relação aos artigos referentes aos arranjos híbridos.

Considerando o *status* do MLI de 25 de outubro de 2017, o MLI tinha sido assinado por 71 jurisdições³². Como, consoante o art. 2º do MLI, faz-se

²⁸ OCDE, *supra* n. 3, p. 15.

²⁹ OCDE, *supra* n. 2, p. 2 e 94.

³⁰ OCDE, *supra* n. 2, p. 102.

³¹ Cf. art. 28 do MLI.

³² África do Sul, Alemanha, Andorra, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Burkina Faso, Camarões, Canadá, Chile, China, Cingapura, Colômbia, Coreia do Sul, Costa Rica, Croácia, Chipre, Dinamarca, Egito, Eslovênia, Espanha, Fiji, Finlândia, França, Gabão, Geórgia, Grécia, Guernsey, Holanda, Hong Kong, Hungria, Islândia, Índia, Indonésia, Irlanda, Ilha de Man, Israel, Itália, Japão, Jersey, Kuwait, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Maurícia, México, Mônaco, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Polônia, Portugal, Reino Unido, República da Eslováquia, República Tcheca, Romênia, Rússia, San Marino, Seicheles, Senegal, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia e Uruguai. Cf. OECD (2017), Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting (2017), status as of 25 Oct. 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

necessário que ambos os signatários listem determinado ADT para que ele seja um tratado impactado pelo MLI (*Covered Tax Agreement – CTA*), a própria efetividade do MLI já se vê atingida nos ADTs listados. Isso porque, à época, de 2.381 ADTs listados por todos os 71 signatários, apenas 1.116 seriam CTAs. Ou seja, mais da metade dos ADTs listados sequer seria modificada pelo MLI.

A partir das informações disponíveis no banco de dados da OCDE sobre o MLI³³, é possível verificar o quanto os dispositivos relacionados à Ação 2 estão sendo sujeitos ao poder de reserva. Considerando apenas os CTAs que seriam inteiramente impactados por tais artigos do MLI (*i.e.*, sem qualquer reserva, mesmo que parcial), chega-se à seguinte ilustração:

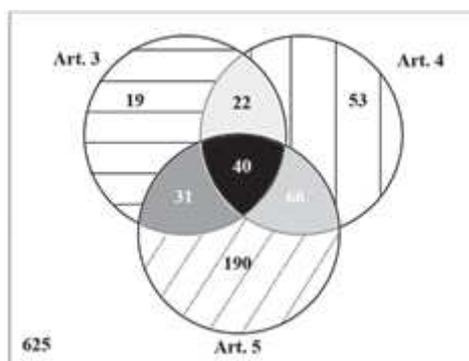


Figura 2 – CTAs não impactados por artigos do MLI relativos a híbridos

De 1.116 CTAs, 491 seriam modificados por pelo menos um artigo relativo a híbridos. 625 CTAs não seriam impactados por um artigo conforme concebido pelo MLI. 262 de 491 seriam alterados por apenas um artigo: 19 CTAs pelo art. 3º; 53 CTAs pelo art. 4º; e 190 CTAs pelo art. 5º. Dos 229 CTAs restantes, apenas 20 seriam modificados pelos três artigos. Por sua vez, 189 de 229 CTAs seriam alterados por somente dois artigos, sendo: 22 CTAs pelos arts. 3º e 4º; 31 CTAs pelos arts. 3º e 5º; e 66 CTAs pelos arts. 4º e 5º.

Desse modo, como os signatários do MLI adotam muitas reservas no âmbito dos dispositivos referentes aos híbridos, conclui-se que o mandamento de coordenação pode ser frustrado na medida em que a Ação 2 pode não ser seguida.

Tendo em vista tais dados, verifica-se um baixo comprometimento dos signatários do MLI em relação aos dispositivos referentes aos arranjos híbri-

³³ OECD (2017), MLI database – matrix of options and reservations (2017), status as of 25 Oct. 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-database-matrix-options-and-reservations.htm>>. Acesso em: 30 out. 2017.

dos. Há, dessa forma, um forte indício de que inexistente consenso acerca do significado e da aplicabilidade da Tributação Única.

Conclusão

O objetivo desse trabalho foi responder se a Tributação Única deve ser uma meta de política tributária. A conclusão alcançada é de que a Tributação Única não deve ser um objetivo de política tributária.

O significado da Tributação Única é controverso. Uma abordagem formal é irrelevante, visto que o número de incidências é inócuo. Ao mesmo tempo, o Princípio da Tributação Única não responde à pergunta a que se pretende responder, porque ele não define a base tributária, tampouco estabelece o nível apropriado de tributação. Embora dependente do Princípio dos Benefícios, tomar dos dois de uma só vez traz ainda mais entraves. O Princípio do Benefício parte de premissas questionáveis porque estabelece regras de alocação do poder de tributar que não necessariamente são seguidas por países importadores de capital. Ainda esse princípio não consegue estabelecer uma faixa de alíquotas razoável, uma vez que há uma grande variedade de alíquotas aplicadas inclusive por membros da OCDE. E, mesmo que fosse fixada uma faixa restrita de alíquotas aplicáveis, isso implicaria forçar alguns países a elevar suas alíquotas, o que também traria a necessidade de aumentar o fornecimento de serviços, sob pena de perder a capacidade de atrair investimentos. Ademais, o Princípio da Tributação Única agrega num único grupo causas de dupla não tributação muito distintas, as quais não podem ser enfrentadas segundo uma mesma abordagem. Considerando a formulação adotada pela Ação, o Princípio da Tributação Única apresenta duas faces, sendo uma jurídica por se preocupar em evitar a bitributação jurídica e outra econômica por aceitar a não tributação jurídica, mas condenar a não tributação econômica.

A Tributação Única carece de justificação. A busca pela neutralidade de exportação de capital não leva em conta outros fatores que não a tributação da renda. E a correspondente oferta de serviços? E a tributação do consumo? Elementos como esse são desconsiderados. Tampouco o argumento baseado na equidade se sustenta. Ao tomar como apenas a perspectiva de países de residência e assumir que as rendas nacional e a internacional sejam obtidas sob as mesmas condições, acaba por mensurar equidade a partir de pesos distintos.

Tampouco parece a Tributação Única ser viável. Muitos países podem não querer adotá-la porque sua implementação pressupõe um modelo específico de Estado (Estado de elevada carga tributária) e uma demanda absoluta por neutralidade. Tanto a elevação da carga tributária de um país pode não ser conveniente, como a adoção da Tributação Única pode estar além da capacidade de um país. Em virtude de um conjunto de deficiências, a maior parte

dos países em desenvolvimento pode não fornecer o nível correspondente de serviços exigido pelo aumento da tributação. Ainda, seria muito difícil coordenar a Tributação Única ao longo do tempo, uma vez que ela requer a harmonização das políticas tributárias e dos sistemas tributários. Forte indício nesse sentido encontra-se no elevado número de reservas dos signatários do MLI em relação aos artigos relativos aos arranjos híbridos.