

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

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.

nunca entrou em vigor.³ A controvérsia foi principalmente em torno da cláusula de tax sparing (crédito por imposto não pago) incluída no tratado a pedido do Brasil, que fora repetidamente rejeitada pelo Senado.⁴

Este ensaio retoma a questão e proporciona uma visão realista dos potenciais desafios confrontados por Estados Unidos e Brasil no caminho para firmar um tratado tributário entre si. Continua, a seguir, com uma análise da política de tratados tributários dos Estados Unidos e sua crítica. Esta análise é importante para que possamos apresentar as opiniões dos Estados Unidos relativas a tratado tributário com o Brasil no contexto geral adequado. Assim, avalia se essa política é ou não inevitável ou comporta mudança capaz de criar condições mais favoráveis à renegociação de tratado tributário com o Brasil. Finalmente, o ensaio aprofunda a análise de alguns dos potenciais empecilhos enfrentados por tais negociações. Conclui que não existem obstáculos técnicos sérios (isto é, não políticos) e as disputas entre as partes são, na melhor das hipóteses, equivocadas.

II. Política de Tratados Tributários dos Estados Unidos

A política de tratados tributários é um campo surpreendentemente pouco estudado, considerando a importância dos tratados tributários no atual regime fiscal internacional. Talvez a principal razão dessa situação seja a tendência universal de manter secretas e obscuras as negociações e políticas de tratados tributários. A razão com frequência mencionada para essa falta de transparência é o desejo de manter o poder no processo de negociação. Nesse aspecto, os Estados Unidos não são diferentes das outras nações, e reiteradamente insistem no segredo e na falta de transparência como essencial à integridade do processo. Esta seção estabelece o histórico dessa posição e questiona, ademais, sua validade e justificativa.

A. *Tratados tributários dos Estados Unidos*

1. *Histórico constitucional e cancelamento de tratados*

Para compreender o processo e algumas das características únicas dos tratados tributários dos Estados Unidos, é útil começar com uma explicação do estatuto constitucional dos tratados tributários nos Estados Unidos. Nos Estados Unidos, tratados (em geral) podem seguir dois “caminhos” constitucionais distintos, contudo, sem diferenças significativas: tratados regulares e tratados executivos.⁵ Todos os tratados tributários dos Estados Unidos seguem o processo de tratado regular. Como tal, são negociados pelo executivo *ad referendum* e estão sujeitos à ratificação depois do parecer e consentimento do Senado.⁶

Uma vez ratificados e em vigor, esses tratados são iguais em termos de *status* (não superior) a outras leis (ou tratados). Assim, estão sujeitos, por exemplo, à norma de interpretação “em tempo posterior” e podem ser anulados por leis ou tra-

³ Vide S. Exec. Rep. n. 5, 90º Cong., 2ª Sess.

⁴ TILLINGHAST, David R. U.S. Tax Treaty Issues. *Tax Notes International*, n. 8, v. 13. Agosto de 1986, p. 625-640.

⁵ Para explicação das diferenças, vide, por exemplo, BRAUNER, Yariv. International trade and tax agreements may be coordinated, but not reconciled. 25 *Virginia Tax Review*, 251, 2005. Vide também 11 FAM 721.2, disponível em <http://www.4uth.gov.ua/usa/english/laws/fams/11m0720.pdf>.

⁶ Vide nota 11, abaixo.

tados posteriores.⁷ Como representam uma obrigação internacional dos Estados Unidos, com o passar dos anos a possibilidade de anulação diminuiu (principalmente por obra dos tribunais), com o fim de evitar opor as partes do tratado uma contra a outra. Foi acrescentada a exigência de que somente estatutos subsequentes, com reconhecimento específico de anulação de tratado, produzirão tal efeito.⁸ Além disso, estudo recente esclareceu que a anulação não é, na maioria dos casos, prejudicial às partes do tratado, pois a maior parte das anulações de tratados busca tolher de forma eficaz a elisão fiscal indevida no país e não melhorar a posição relativa dos Estados Unidos frente a seus parceiros de tratado.⁹ Ademais, os Estados Unidos não são o único país entre os principais países produtores a anular tratados e em geral recorrem a esse expediente com relativo cuidado.¹⁰

2. A negociação de tratados na prática

Na prática, o processo de negociação de tratados tributários nos Estados Unidos é (à semelhança de outros países) demorado e caro. É também particularmente sigiloso e obscuro. O Departamento do Tesouro e seus negociadores não são monitorados no decorrer do processo. O único controle é a exigência de que o Senado consinta com a ratificação depois da conclusão e assinatura do tratado.¹¹

⁷ Vide, por exemplo, DOERNBERG, Richard. Overriding tax treaties: the U.S. perspective. *9 Emory International Law Review*, n. 71. 1995.

⁸ Vide, por exemplo, Instituto de Direito Americano, *Restatement of Law (Third), Foreign Relations the United States*, parágrafo 115; *Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933); *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 194 (1888).

⁹ Vide AVI-YONAH, Reuven S. Tax treaties overrides: a qualified defense of U.S. practice. In: MAISTO, G. *Tax treaties and domestic law*. Amsterdam: IBFD Publications, 2006. p. 65-80 (*EC e International Tax Law Series*, v. 2).

¹⁰ Vide, por exemplo, KESSLER, Wolfgang; e EICKE, Rolf. German treaty overrides: contractual duties meet fiscal interests. *Tax Notes International*, n. 1, v. 60. Outubro de 2010. p. 41; ou KOBETSKY, Michael. The aftermath of the lamesa case: Australia's tax treaty override. *Bulletin Tax Treaty Monitor*, n. 236, IBFD, junho de 2005.

¹¹ O processo de negociação de tratados nos Estados Unidos se inicia no Executivo, pois o art. II, sec. 2 da Constituição dos Estados Unidos confere ao Presidente o poder de firmar tratados. Especificamente, os tratados tributários são negociados pelo departamento do Tesouro que normalmente consulta o Departamento de Estado, que negocia a maioria dos demais tratados dos Estados Unidos. No Departamento do Tesouro, o Escritório do Conselho Fiscal Internacional (uma divisão do Escritório de Política Fiscal chefiado pelo Secretário Adjunto de Política Fiscal), frequentemente com assistência de representantes do Departamento da Receita Federal, toma a maioria das decisões e efetivamente negocia os tratados tributários. As negociações efetivas são conduzidas com as contrapartes estrangeiras sem publicidade. Nos últimos anos, o Congresso (os comitês de relações exteriores e finanças do Senado e o comitê de recursos e métodos da Câmara) é efetivamente consultado em maior ou menor grau durante as negociações. Uma vez negociado, o Conselho Fiscal Internacional rubrica o tratado concluído e o encaminha ao Presidente para assinatura. Os Departamentos do Tesouro e do Estado elaboram relatórios para o Presidente recomendando a ratificação, e o Presidente assina o tratado e o transmite ao Senado para "parecer e consentimento" em relação à ratificação; a esta altura, o tratado se torna público. O comitê de relações exteriores do Senado programa uma audiência pública na qual testemunham os representantes do Departamento do Tesouro e outros. O comitê elabora relatório ao Senado. A seguir, caso o Senado consinta com a ratificação mediante maioria de 2/3, transmite o tratado ao Presidente que assina os instrumentos de ratificação, e os troca com o parceiro do tratado, que passa a vigorar. As normas de tratados, em regra, passam a vigorar em conformidade com as condições entre as partes constantes no tratado. Observe-se que o Senado poderá apresentar ressalvas, exigindo renegociações e repetição de algumas das fases.

Dois tipos de desafios decorrem deste processo: primeiro, o relacionamento e a interação entre o Executivo e o Legislativo do governo; e, segundo, a interação entre a legislação tributária nacional (internacional¹²) e as normas impostas pelos tratados tributários. Esses desafios estão, obviamente, relacionados, pois a legislação nacional deve ser iniciada (e aprovada) nos Estados Unidos pelo Congresso e os tratados tributários são moldados principalmente pelo Executivo.

Trata-se de conflito essencialmente político. A Constituição dos Estados Unidos confere ao Congresso o poder exclusivo de iniciar legislação e, nas últimas três décadas, o Congresso tem sido muito ativo na elaboração das normas de imposto de renda federal, inclusive as normas tributárias internacionais dos Estados Unidos. Os vários governos foram naturalmente bastante ativos no processo de elaboração de políticas fiscais, muito embora as verdadeiras batalhas, discursos e compromissos tenham se dado sobretudo no Congresso. Assim, não é então difícil entender o desconforto geral do Congresso com tratados tributários que impõem normas legais em grande parte fora de seu controle. Sua participação na negociação e conclusão de tratados tributários é mínima e, essencialmente, não tem voz ativa em relação às prioridades quanto a com quem negociar. Grande parte do problema é que nos Estados Unidos, à semelhança da maioria dos outros países, há pouca ou nenhuma discussão entre os poderes legislativo e executivo do governo sobre políticas de tratados tributários; ademais, não existe coordenação entre a política fiscal “nacional” e a política de tratados tributários.

Em segundo lugar, talvez em razão dessa falta de coordenação, não há discussão aberta das metas dos tratados tributários dos Estados Unidos.¹³ É questionável se realmente existe uma política clara de tratados tributários.

Em terceiro lugar, os tratados tributários são negociados e concluídos com base tão somente em informações disponíveis sobre o parceiro do tratado. A capacidade de obter informações completas que possam ser importantes para as negociações é limitada e, por vezes, impossível. No entanto, uma vez em vigor, os tratados tributários têm alteração difícil e dispendiosa. Assim, não é possível ajustá-los e alinhá-los aos interesses do povo americano, mesmo que sejam perfeitamente negociados desde o início. *A fortiori*, as normas de tratados tributários não conseguem acompanhar as mudanças frequentes da legislação tributária nacional que é alterada (pelo menos) uma vez ao ano nos últimos anos.

Este conflito não é exclusivo dos Estados Unidos, como já mencionado, no entanto, é provavelmente mais extremo nos Estados Unidos em comparação com a maioria dos outros países, em razão do estatuto constitucional único dos tratados tributários discutido acima. A participação do Congresso na negociação de tra-

¹² Devemos observar que o que chamamos “legislação tributária internacional” na verdade denota as normas fiscais nacionais aplicáveis a negócios e investimentos de residentes no exterior e de não residentes no país (nos Estados Unidos, em nosso caso). Atualmente, não existem normas “fiscais internacionais” supranacionais. No entanto, vide AVI-YONAH, Reuven S. (*International tax as international law: an analysis of the international tax regime*. Cambridge University Press, 2007), que discute se as normas do regime tributário internacional passaram à posição de direito internacional consuetudinário.

¹³ Cf. ROSENBLUM, H. David. Toward a new tax treaty policy for new decade. *9 American Journal of Tax Policy*, n. 1. 1991.

tados tributários é mínima em comparação à maioria dos países, contudo, o Senado sofre pressão para dar consentimento à ratificação de tratados tributários assinados. Eles já estão assinados e as empresas com frequência estão ansiosas para tirar proveito das oportunidades que apresentam, contudo, o único poder do Senado é não consentir ao tratado como um todo. A oposição a um aspecto do tratado acarreta a não ratificação de todo o tratado (ressalvas por parte do Senado requerem renegociações com a contraparte do tratado). Por outro lado, ao contrário da maioria dos países, o Congresso não é totalmente impotente mesmo depois da ratificação de um tratado, pois detém o poder exclusivo de anular um tratado e o executivo não tem efetivamente poderes para impedir que o faça, além do processo político em geral.¹⁴

Ao observador externo, o equilíbrio complexo de poderes pode parecer conveniente do ponto de vista democrático, e sua expectativa poderia ser de se levar à discussão contínua e compromissos políticos em relação à política fiscal internacional nos Estados Unidos. A realidade é bem diferente, enquanto a defasagem há muito existente entre o Legislativo e o Executivo parece permanente. A seguir, o ensaio explora as consequências dessa situação política de impasse.

B. Política básica de tratados tributários dos Estados Unidos

O processo de negociação de tratado é, como já mencionamos, extremamente sigiloso e obscuro nos Estados Unidos. Não existem articulações claras das políticas de tratados tributários dos Estados Unidos e pouquíssimas declarações de funcionários atuais ou mesmo ex-funcionários que ajudem na compreensão de tal política.¹⁵ A pesquisa acadêmica sobre negociação e a política de tratados tributários também é bastante limitada. Para explorar esse assunto, este ensaio deve recorrer, então, principalmente à análise de tratados passados, passando, a seguir, a uma história concisa do projeto de tratados tributários dos Estados Unidos.

1. História concisa do projeto de tratados tributários dos Estados Unidos

Os Estados Unidos foram muito ativos no projeto original de tratados tributários na Liga das Nações, que resultou no primeiro modelo de tratado tributário da década de 1920. O primeiro tratado tributário efetivo concluído pelos Estados Unidos foi com a França, em 1935, seguido pelos tratados com o Canadá (1937) e Suécia (1939). Posteriormente à Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos ampliaram mais sua rede de tratados com seus aliados naturais do Norte da Europa (e Nova Zelândia). A rede de tratados tributários foi ampliada significativamente na década de 1950, e passou a incluir mais países europeus, outras ex-colônias britânicas, como Austrália e África do Sul, e, mais significativamente, várias nações amigas africanas e caribenhas.

A maré virou e, nos 15 anos seguintes, apenas Luxemburgo foi acrescentado à lista, ao passo que foram efetuadas várias rescisões. Esta última tendência se tor-

¹⁴ Uma dimensão adicional, talvez em parte pessoal, em parte política, da tensão descrita está no fato de que o parecer e consentimento com a ratificação ficam a cargo, no Senado, do Comitê de Relações Exteriores e não do Comitê de Finanças, encarregado de todas as demais questões fiscais.

¹⁵ O mais notável é ROSENBLUM, David. Op. cit. (nota 13, *supra*).

nou ainda mais significativa nos anos de 1980, quando a maioria dos tratados tributários com nações africanas e caribenhas foi rescindida. Ao mesmo tempo, foram negociados novos tratados em ritmo lento, principalmente com países europeus e asiáticos. Essa tendência continua até hoje. Existem pouquíssimos tratados com países latino-americanos e africanos, ao passo que, por outro lado, a rede cobre quase completamente os parceiros comerciais importantes dos Estados Unidos.

Naturalmente, o entusiasmo por concluir tratados tributários difere de um governo ou Congresso para o outro. De forma análoga, as razões para negociar diferentes tratados podem ser diferentes. A breve análise precedente indica que o processo político e a política externa em geral são pelo menos tão importantes quanto as políticas econômicas e a magnitude do comércio mútuo nas decisões dos Estados Unidos de negociar e concluir (ou rescindir) tratados tributários com tais países.

Um aspecto não refletido na análise precedente são os tratados assinados, mas ainda não ratificados. Esses tratados, inclusive o tratado tributário de 1967 com o Brasil, eram, em regra, tratados com países em desenvolvimento com os quais o governo desejava cooperar, sendo, contudo, impedido pelo Senado.

2. *Tratados tributários efetivos e o modelo dos Estados Unidos*

Desde o início do projeto de tratados tributários, os tratados dos Estados Unidos seguiram rigorosamente o Modelo da OCDE. Não é de surpreender, considerando o papel central dos Estados Unidos e seus representantes em funções-chave no Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE. Os Estados Unidos geralmente aceitaram as “regras do jogo”, apesar de sua retórica forte em defesa da não padronização de tratados tributários e a visão de que cada tratado verdadeiramente é fruto de negociações sérias e efetivo “toma-lá-dá-cá”.

No entanto, os Estados Unidos vêm continuamente dando o tom ao Modelo da OCDE, com ênfases próprias. Incluem-se aí: (1) a “Cláusula de Salvaguarda”, na qual os Estados Unidos se reservam o direito de tributar seus próprios cidadãos caso o tratado nunca entre em vigor; (2) recusa em permitir que a gestão eficaz se sobreponha às normas de domicílio societário; (3) aumento da ênfase na reciprocidade e, em particular, na troca eficiente de informações; (4) recusa (contínua pelo Senado) em incluir cláusula de *tax sparing* em seus tratados; e mais recentemente (5) insistência em incluir cláusula de “limitação de benefícios” como respaldo às normas de domicílio normais.

Uma análise cuidadosa dessas questões acaba forçosamente por concluir que elas representam mais conformidade do que divergência com a OCDE. Os itens (1) e (2) representam soluções de conflitos potenciais entre o Modelo e as normas nacionais não universais. Os itens (3) e (5) representam soluções à principal preocupação dos Estados Unidos no campo de tributação internacional - *treaty shopping* (utilização indevida de tratados internacionais mais benéficos), e, em particular, o abuso por parte de contribuintes norte-americanos na utilização de tratados tributários para sonegar tributos nos Estados Unidos. Observem que essas soluções são cuidadosamente elaboradas não para alterar a estrutura e a concepção básicas do Modelo da OCDE, e sim aprimorá-lo ou acrescentar a ele o que é considerado fortalecimento necessário. O item (4) obviamente não constitui desvio, pois jamais foi

incluído no modelo da OCDE, e representa ele próprio desvio do regime fiscal internacional padrão em sua evolução no decorrer dos anos.

Esses desvios, em conjunto com ênfases menos importantes, tornaram-se eles próprios padrão bem estabelecido com o passar dos anos, e consequentemente bastante transparentes a potenciais partes de negociação. Os Estados Unidos decidiram, por conseguinte, publicar um documento, chamado tratado tributário segundo o “Modelo dos Estados Unidos” que incluiu o Modelo da OCDE, alterado de acordo com estes pontos. Esse documento, em conjunto com explicação técnica um tanto pormenorizada escrita pelo departamento do Tesouro (semelhante à explicação técnica que acompanha tratados tributários reais), tornou-se a articulação mais importante da política de tratados tributários dos Estados Unidos. No decorrer dos anos, o Modelo dos Estados Unidos foi alterado e estabelecido para servir de ponto de partida para representantes dos Estados Unidos nas negociações de tratados tributários, contudo, como tal, atualmente inclui desvios adicionais do Modelo da OCDE, alguns dos quais, em regra, não constam em tratados tributários efetivos dos Estados Unidos, e outros aparecem apenas em alguns deles,¹⁶ ou seja, são considerados “negociáveis”. Levando em conta esta realidade e a publicidade de tratados tributários efetivos, a insistência do governo no sigilo do processo de negociação de tratados tributários e sua falta de transparência passam a ser uma questão. Além disso, o Modelo dos Estados Unidos e tratados efetivos apresentam um quadro vago das metas do projeto de tratados tributários dos Estados Unidos. Essa questão é discutida a seguir.

C. Uma análise técnica da política de tratados tributários dos Estados Unidos

A análise dos desvios da política de tratados tributários dos Estados Unidos do Modelo da OCDE, ou mesmo a posição mais cabal dos Estados Unidos refletida no Modelo dos Estados Unidos, não é suficiente para uma avaliação séria da política de tratados tributários dos Estados Unidos. Acima de tudo, como já mencionamos, os Estados Unidos tiveram e ainda têm papel central no desenvolvimento do próprio Modelo da OCDE. Critica-se muito o Modelo da OCDE e sua inclinação em favor dos países mais desenvolvidos e, em particular, dos Estados Unidos, como o protótipo de potência econômica desenvolvida. Contudo, a bem da justiça, devemos nos lembrar de que a OCDE é o “clube dos países ricos” e o bem-estar de seus membros é sua principal preocupação.

A ideologia fundamental por trás da política de tratados tributários dos Estados Unidos sempre foi a preferência pela tributação no domicílio (e não na fonte),

¹⁶ Obviamente, é sabido que os Estados Unidos recentemente concordaram em reduzir a zero a alíquota de imposto retido na fonte, incidente sobre algumas distribuições de dividendo. Mais desvios específicos incluem, por exemplo, a “força limitada de atração”, que aparece no art. 7(1)(c) do Tratado Tributário dos Estados Unidos - Índia de 1989 (disponível em <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/india.pdf>) e art. 4(4) do Modelo dos Estados Unidos, que decide o impasse no caso de empresas com duplo domicílio em favor do local de constituição, que é norma interna dos Estados Unidos e, consequentemente, sempre decidirá o impasse em favor dos Estados Unidos. Os parceiros de tratados que usam norma de domicílio societário diferente naturalmente nunca concordaram com essa norma de decisão de impasses norte-americana.

compatível com a posição dos Estados Unidos de maior exportador de capital mundial e, além do mais, exportador de capital líquido. Essa ideologia, desenvolvida nos anos de 1960, continua a dominar até hoje a política fiscal internacional dos Estados Unidos em geral e sua política de tratados tributários em particular, apesar do fato de, nos anos de 1980, os Estados Unidos terem se tornado importadores de capital líquido e, embora ainda seja grande exportador de capital, é uma potência econômica universal menos dominante.

A escolha do melhor domicílio com base na tributação resultou, sobretudo, em um impulso contínuo à redução ou eliminação de alíquotas de imposto retido na fonte em tratados tributários. Os impostos retidos na fonte incidentes sobre ganhos de capital não eram recomendados havia muito tempo pela OCDE e atualmente foram eliminados em relação a juros e *royalties*. Vários tratados tributários recentes dos Estados Unidos, como os de alguns outros países, também eliminaram impostos retidos na fonte sobre dividendos distribuídos a acionistas significativos e reduziram as alíquotas incidentes sobre todos os demais recebedores de dividendos. No entanto, tratados efetivos recentes demonstram diversidade das alíquotas de imposto retido na fonte (máximas) permitidas, ou seja, todas são essencialmente negociáveis no que toca aos Estados Unidos.

São também negociáveis várias normas pormenorizadas incluídas na parte de alocação de tratados tributários (correspondentes aos artigos 6-21 do Modelo da OCDE), sendo a maioria delas elaboradas de forma a ser compatíveis com as leis do país dos parceiros do tratado.¹⁷

Os parceiros de tratados também podem negociar posições e normas específicas que representam normas diferente das normas dos Estados Unidos e até mesmo normas que tratam de diferenças de qualificação.¹⁸ Como regra geral, os Estados Unidos são receptivos a essas normas se tiverem sido elaboradas como mecanismos internos de combate ao abuso (no parceiro de tratado) ou se houver pouca preocupação de que ajudarão a sonegação fiscal por parte de residentes nos Estados Unidos. Dito isso, disposição representando claramente tributação de fonte, mesmo que não esteja em conflito direto com o modelo da OCDE, é menos aceitável aos Estados Unidos, contudo não se pode dizer que sejam geralmente inegociáveis.

São claramente inegociáveis os desvios do modelo discutido acima: a cláusula de salvaguarda, a cláusula de limitação de benefícios e cláusula abrangente de troca de informações. De maneira análoga, devido à oposição do Congresso ao *tax sparing*, o departamento do Tesouro não negociará essas disposições.

¹⁷ Veja, por exemplo, o art. 18 do Tratado dos Estados Unidos-Alemanha, relativo a pensões.

¹⁸ Os Estados Unidos concordaram, por exemplo, com a incidência de impostos retidos na fonte sobre ganhos de capital (na fonte), embora em geral não tribuem esses ganhos na fonte. Os parceiros de tratados podem, por conseguinte, tributar tais ganhos gerados por residentes dos Estados Unidos, ao passo que os residentes do parceiro de tratado que gerarem ganhos similares nos Estados Unidos não deverão ficar sujeitos à tributação nos Estados Unidos. Vide a explicação técnica do art. 13 do tratado francês de 1994, disponível em <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/francetech.pdf>, e ainda mais explicitamente na explanação do art. 15 do tratado com Israel (1975, com vigência a partir de 1995), disponível em <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/israeltech.pdf>.

D. Crítica

Como já mencionamos, para além das bases fundamentais que são agora obviamente transparentes e em geral constam no Modelo dos Estados Unidos, a política de tratados tributários é sigilosa nos Estados Unidos e pouco estudada. Poucos estudiosos têm experiência e disposição para expor algumas das questões, muito menos discuti-las publicamente, sem falar de crítica direta.

No entanto, alguns ex-representantes propocionaram ao público certa abertura para este “mundo misterioso”. Foi sobretudo notável o clamor do Professor H. David Rosenbloom, já há 20 anos, por uma reavaliação da política de tratados tributários dos Estados Unidos, que ele considerou deficiente na melhor das hipóteses. Rosenbloom explicou que a política de então (e ainda corrente - Y. B.) foi elaborada nos anos de 1960, quando os Estados Unidos eram a maior potência econômica do mundo e grande exportador de capital líquido (e bruto). Essa posição exigia a promoção rigorosa da tributação baseada no domicílio, compatível com os interesses dos Estados Unidos e a maior redução das alíquotas de imposto retido na fonte. Ademais, esta abordagem condizia à visão dos Estados Unidos de que cada tratado era um contrato separado, independente, negociado com a finalidade de maximização dos benefícios dos Estados Unidos. De acordo com essa visão, não importavam questões quanto à coerência ou abrangência no processo de negociação. Condizia com o *ethos* de competitividade e a ansiedade dos Estados Unidos acerca da cooperação internacional e coordenação em grande escala de questões fiscais. Finalmente, tudo o que expus acima tem a ver com a principal preocupação dos agentes fiscais dos Estados Unidos: sonegação de impostos dos Estados Unidos por residentes nos Estados Unidos, e não por estrangeiros. Consequentemente, os Estados Unidos não estão muito dispostos a conceder vantagens significativas a seus próprios contribuintes por meio de tratados. Esta é a principal razão da concentração dos Estados Unidos em *treaty shopping*, manifestada na insistência das cláusulas de limitação de benefícios e troca abrangente de informações, por exemplo, e o compromisso bem menor com benefícios a estrangeiros decorrentes de tratados dos Estados Unidos.

O restante da escassa literatura pertinente parece ser escrito por especialistas em Direito Tributário dos Estados Unidos que exigem alterações que ajudariam empreendimentos multinacionais norte-americanos (seus clientes), em regra em nome de argumento de “competitividade”, ou defendem alterações ao Modelo dos Estados Unidos. Os primeiros incluem alguns clamores pela adoção de cláusulas de *tax sparing* em vários tratados (inclusive o Brasil), por exemplo.¹⁹ Os últimos variam de crítica amena do modelo dos Estados Unidos a estudos cuidadosos clamando por revisão que os tornem mais representativos dos interesses do povo americano e/ou de multinacionais americanas.²⁰

¹⁹ Vide, por exemplo, LAUREY, Damian. Reexamining U.S. tax sparing policy with developing countries: the merits of falling in line with international norms. 20 *Virginia Tax Review*, 467, 2000.

²⁰ O mais sério deles é o recente relatório da Ordem dos Advogados do Estado de Nova Iorque sobre orientação nos termos de Tratados de Imposto de Renda Norte-americanos de 28 de maio de 2010, disponível em <http://www.nysba.org/Content/ContentFolders20/TaxLawSection/TaxReports/1214Rpt.pdf>.

É evidente - a partir da extensão da crítica e experiência efetiva do desenvolvimento do programa de tratados tributários dos Estados Unidos, isto é, a participação do modelo dos Estados Unidos, sua publicação, e o posterior foco em sua revisão -, que existe pouca tolerância no governo com uma revisão fundamental, ou até mesmo estudo da abordagem fundamental dos Estados Unidos no tocante a tratados tributários e sua negociação. Deverá haver mudanças apenas graduais e somente se forem impulsionadas por fortes interesses políticos ou de *lobby*.

III. Tem de ser assim?

A crítica disciplinada do projeto de tratados tributários dos Estados Unidos pode vir de várias direções. Este ensaio se concentra em cinco questões: a falta de um objetivo claro de política; a dificuldade de estabelecer os benefícios econômicos de tratados tributários para os eleitores dos Estados Unidos; a ambiguidade relativa à transparência do processo de negociação; a falta de coordenação entre política fiscal interna e política de tratados tributários e suas implicações democráticas; e a rigidez do processo, que dificulta o progresso e o desenvolvimento de regime fiscal internacional mais moderno. Novamente, neste ensaio não se pretende uma análise abrangente de política de tratados tributários no mundo em geral e nos Estados Unidos em particular, e sim uma discussão preliminar²¹ de questões e críticas pertinentes que podem ser importantes para a melhor compreensão do fato de os Estados Unidos não concluírem um tratado tributário com o Brasil.

A falta de metas de política claras é naturalmente bastante preocupante, e em vários níveis. Suscita questões relativas ao funcionamento adequado do governo ou, pelo menos, em relação aos benefícios dos tratados tributários ao eleitorado americano, que poderá constituir resultado meramente acidental, se houver resultados. Esconder-se atrás da necessidade de manter “mão” forte na negociação não é convincente, pois um estudo rápido dos atuais tratados disponíveis ao público e a escassa literatura profissional existente tornam bem claros quais são os limites da posição dos Estados Unidos. Os detalhes talvez menos óbvios poderiam ser explorados por meio de consulta aos especialistas dos Estados Unidos próximos do processo, como os principais advogados tributários de Washington. Talvez mais importante: os próprios detalhes dos tratados tributários raramente são significativos no esquema geral (obviamente, eles podem ser muito importantes para alguns interesses) das coisas. Parece improvável que quaisquer desses detalhes possam ser, no final das contas, mais importante do que assegurar ao eleitorado que o governo sabe o que está fazendo, que considera o bem-estar do eleitorado como um todo, que considera que a situação econômica se modifica, e assim por diante. Sobretudo, trata-se de um quebra-cabeça saber como o discurso de política pública afetaria a capacidade dos Estados Unidos de assumir posições específicas na negociação de tratados tributários específicos.

A dificuldade de estabelecer os benefícios econômicos de tratados tributários ao eleitorado dos Estados Unidos é mais significativa. Primeiro, os tratados tribu-

²¹ Conforme já mencionamos, este ensaio faz parte de projeto de pesquisa maior sobre negociação de tratados tributários globais.

tários incorporam o bem-sucedido regime fiscal internacional atual, contudo, eles (provavelmente) sejam difíceis de alterar e renegociar, tornando difícil, na prática, adaptar-se rapidamente a alterações econômicas súbitas. Isso, obviamente, não justifica a absoluta falta de resposta às alterações, exemplificada pela não reação dos Estados Unidos, já há 30 anos, à sua transformação de exportador de capital líquido em importador de capital líquido. Segundo, a interpretação da situação econômica nas próprias posições do tratado é complexa e muito merecedora de estudo. Terceiro, se um país quisesse enxugar mais seus tratados para torná-los compatíveis com sua situação econômica, uma política de tratados tributários geral poderá ser justamente o primeiro passo, pois cada tratado terá de considerar tanto o relacionamento econômico bilateral pertinente, quanto à situação econômica geral do país. Na realidade, seria necessária uma análise ainda mais complexa, pois nenhum tratado opera num vácuo e potencialmente afetará o comportamento dos contribuintes em todos os países (por meio de planejamento fiscal, por exemplo). Finalmente, na prática, considerações políticas e de política externa precisam ser incorporadas à análise. Essa complexidade surge de forma análoga no contexto de uma análise custo/benefício (da assinatura de qualquer tratado em particular) e sua viabilidade prática.

A dificuldade apresentada pela ambiguidade relativa à transparência do processo de negociação poderia ser significativamente atenuada se houvesse um discurso mais público acerca da política de tratados tributários dos Estados Unidos. Ademais, poderíamos pensar em um processo que inclua certo grau de transparência, contudo não transparência completa. Por exemplo, a decisão importantíssima de negociar e as decisões de política iniciais similares podem ser mais transparentes e mais bem explicadas, deixando talvez que a negociação efetiva dos detalhes seja um processo mais sigiloso. Apenas um estudo melhor dos processos efetivos pode contribuir para a solução efetiva desta dificuldade.

A falta de coordenação entre a política fiscal interna e a política de tratados tributários e suas implicações democráticas é problemática em vários níveis. Além disso, dos fatores óbvios já explorados acima vem o risco de este processo pôr em xeque o regime fiscal internacional. Podemos argumentar que os Estados Unidos se beneficiam disso em razão do equilíbrio democrático criado, contudo a realidade certamente suscitará dúvidas quanto a se isso é verdade nos Estados Unidos. O que está claro é que isso torna os Estados Unidos um lugar mais arriscado para fazer negócios, e também suscita suspeita e frustração entre nossos parceiros econômicos. Podemos argumentar que não é possível haver dano potencial em certo nível de coordenação direta, e este ensaio geralmente admite isso, contudo, o atual impasse entre a Casa Branca e o Congresso mostra um quadro muito sombrio desse tipo de coordenação de política futura nos Estados Unidos.

Finalmente, a rigidez do processo que dificulta progresso e o desenvolvimento de um regime fiscal internacional mais moderno é um desafio sério: como lograr progresso sem prejudicar o atual regime estável enquanto buscamos o progresso? Bem, as realizações do atual regime são extremamente importantes, e este ensaio não se opõe à continuação da negociação de tratados tributários bilaterais, contudo, também reconhece a importância do progresso, que deveria incluir a criação de uma forma de foro internacional para a cooperação e a coordenação de

política fiscal. Infelizmente, até agora não foi feito nenhum progresso nessa direção, contudo, uma vez logrado, o progresso não precisa dificultar o atual regime baseado em tratados bilaterais. É possível lograr paralelamente o progresso. Por exemplo, levar em conta os efeitos dinâmicos e a interdependência de tratados deve ser a base do futuro regime, embora também seja uma forma mais exata e conveniente do atual regime, resultando em tratados tributários bilaterais mais afinados e informados. Outro exemplo é a atitude para com desvios do modelo. Naturalmente, os protagonistas institucionais se opõem a eles, contudo, eles podem representar um dispositivo evolutivo de aprimoramento do modelo e por fim transformá-lo em um modelo ou estrutura universal verdadeiro em potencial para a tributação internacional do futuro. Os elementos de formulário do Brasil relativos às suas normas de preço de transferência poderão ser reconciliados com o art. 9 do Modelo da OCDE e, como argumentam alguns, até mesmo com princípio estritamente comercial - sem dúvida uma das reformas fundamentais mais urgentes necessárias atualmente. Finalmente, qualquer tratamento de situações triangulares que já tiveram início é necessário à elaboração mais adequada de um futuro regime fiscal global.

A seguir, o ensaio analisa o caso específico do tratado ainda não implementado entre Estados Unidos e Brasil, como exemplo concreto das questões suscitadas até este ponto.

IV. Prospectos de Tratado Tributário entre Estados Unidos e Brasil

Quando a complexidade do projeto de tratados tributários dos Estados Unidos for melhor compreendida, poderemos passar à discussão de um tratado tributário em potencial entre Estados Unidos e Brasil. Como já mencionei, o Brasil é o único parceiro comercial realmente grande dos Estados Unidos que não tem tratado tributário com os Estados Unidos. Intuitivamente, os que acreditam na conveniência de tratados tributários para todos (ou pelo menos para as partes que os concluírem) concluirão que a atual situação é indesejável e significativa tanto para o Brasil quanto para os Estados Unidos. Esta seção começa a explorar se essa conclusão é ou não inevitavelmente verdadeira, quais são os empecilhos e se são suficientemente significativos, levando em conta a política de tratados tributários dos Estados Unidos, analisada neste ensaio, a ponto de impedir a conclusão de tal tratado no futuro próximo.

A. Os fatores desencadeadores básicos de negociações de tratados tributários nos Estados Unidos

Em um nível bem geral, há poucos motivos para ser cético em relação às perspectivas de tal conclusão. Primeiro, devemos avaliar a política externa e outras implicações políticas. A política externa deve apoiar claramente o tratado. O Brasil é a principal e maior economia da América Latina, e também se firmou como um dos líderes ativos do mundo em desenvolvimento em geral. É uma economia crescente e bem-sucedida e, ao mesmo tempo, uma democracia relativamente moderada, cujos líderes se abstêm de se unirem a extremistas, chavistas, antiamericanos na América Latina, embora ao mesmo tempo não estejam politicamente desconectados de seus vizinhos da região. Parece não ser necessária uma análise

política rigorosa para chegar à conclusão de que seria conveniente, do ponto vista da perspectiva da política externa, aos Estados Unidos concluir um tratado tributário com o Brasil. Ademais, não há motivo para acreditar que exista protagonista significativo na política interna dos Estados Unidos que se oporia vigorosamente a tal tratado.

Um segundo fator desencadeador importante para a negociação de tratados tributários dos Estados Unidos é o interesse das multinacionais influentes dos Estados Unidos. Novamente, parece óbvio que apoiam vigorosamente um tratado. As multinacionais dos Estados Unidos são investidoras diretas significativas no Brasil e um tratado simplificará seu planejamento de negócios (tributário). A única oposição neste contexto poderia vir de empresas nacionais preocupadas com a concorrência de multinacionais brasileiras. Embora as multinacionais dos Estados Unidos em geral façam *lobby* em busca do apoio do Congresso com base em argumentos de "competitividade", não existe prova de que tais esforços se estendam à oposição aos tratados tributários em geral ou a um tratado tributário em potencial com o Brasil em particular. Isso realmente significa que a oposição não existe, contudo, é difícil acreditar que, mesmo que exista, poderia ter um papel determinante na decisão de não negociar um tratado tributário com o Brasil.

Um terceiro fator desencadeador em potencial para negociação de tratados tributários nos Estados Unidos é a existência de relação econômica significativa entre os países envolvidos. Existe pouca ou nenhuma prova de que as prioridades de negociação são efetivamente estabelecidas com base apenas neste critério (embora seja a consideração mais importante que deveria orientar tais decisões com base na teoria (ou retórica) pura em defesa de tratados tributários). Contudo, na medida em que desempenhe qualquer papel, não há dúvida que o Brasil é de longe o parceiro comercial mais significativo dos Estados Unidos com o qual não tem um tratado.

Uma avaliação reconhecidamente simplista dos motivos básicos para negociar um tratado tributário nos Estados Unidos apoia, por conseguinte, sua negociação. Então, por que não?

B. Então, por que não temos um tratado?

Historicamente, havia dois motivos fundamentais para a não conclusão de um tratado com o Brasil. A controvérsia óbvia tinha relação com a inclusão de uma cláusula de *tax sparing* no tratado; inclusão que o Senado rejeitou continuamente, sem exceção. Menos discutida neste contexto é a falta de confiança e cooperação entre os governos do Brasil e dos Estados Unidos. Todo estudante de Direito Tributário Internacional dos Estados Unidos está ciente do conjunto de casos que desenvolveu suas normas de crédito fiscal estrangeiras, que alegadamente envolveu ajuda do governo brasileiro a contribuintes dos Estados Unidos que tentam evitar tributação dos Estados Unidos. As normas de crédito fiscal estrangeiras dos Estados Unidos sempre foram percebidas como benefício extraordinário concedido pelos Estados Unidos a seus contribuintes que investem no exterior, para que esses investidores não arquem com carga tributária mais onerosa do que seus pares que investem nos Estados Unidos. Em razão da percepção de se tratar de um benefício extraordinário, os Estados Unidos sempre foram particularmente sensíveis ao que

percebiam como sendo um abuso dessas normas. O objetivo das normas de crédito fiscal estrangeiras é assegurar que os americanos que investirem no exterior não sejam tributados mais duramente do que os que investirem no país; seu objetivo não é abrir caminho para tributação menor de tais investidores. Assim, as normas permitem crédito referente a impostos estrangeiros pagos de boa-fé, contudo, não permitem crédito referente a impostos estrangeiros não pagos efetivamente. Desse modo, os investidores diretos dos Estados Unidos no Brasil não podem desfrutar os benefícios de isenção ou redução de impostos temporária a eles concedidos pelo Brasil com o fim de incentivá-los a investir ali, pois na verdade não pagam a redução de imposto brasileiro e não podem reivindicá-la como crédito contra sua obrigação tributária relativa a seu lucro global nos Estados Unidos. O Brasil uma vez tentou dar a entender que cobrava imposto integral dos investidores dos Estados Unidos, para restituir a eles o equivalente da isenção ou redução de impostos temporária depois. Em situação semelhante, o Brasil novamente deu a entender cobrar imposto integral de investidores dos Estados Unidos, só para lhes conceder depois um assim chamado subsídio supostamente não relacionado, contudo, era exatamente igual à mesma isenção de impostos. Em ambos os casos, os tribunais apoiaram os Estados Unidos, que desaprovaram um crédito fiscal estrangeiro aos investidores.

1. *Tax sparing*

O motivo oficial da rejeição pelo Senado do tratado de 1967 foi a inclusão de uma cláusula de *tax sparing*²² no tratado. O *tax sparing* é um mecanismo utilizado por alguns países desenvolvidos com o fim de respaldar isenção ou redução de impostos temporária concedida por países em desenvolvimento com os quais têm tratados tributários. Esses países acordam tratar essa isenção ou reduções de alíquota de impostos como impostos havidos por pagos pelos investidores dos países desenvolvidos, tendo como consequência a transferência total do benefício fiscal aos investidores. Os Estados Unidos sempre rejeitaram esse mecanismo, pois, como já mencionei, rejeitavam a utilização das normas de crédito fiscal estrangeiro para reduzir a carga tributária de contribuintes que investem no exterior abaixo daquela paga pelos contribuintes que investem no país. Ademais, os Estados Unidos não acreditavam que os tratados tributários deveriam a qualquer tempo reduzir a carga tributária sobre contribuintes americanos, e sim apenas reduzir ou eliminar a bitributação de tais contribuintes. Finalmente, os Estados Unidos não acreditavam que os tratados tributários fossem um mecanismo adequado de ajuda estrangeira.

²² Um mecanismo similar com frequência mencionado é o crédito presumido, isto é, a provisão da alíquota fixa de crédito fiscal estrangeiro independentemente de tributação efetiva ou alíquotas de imposto nos países fonte. Esse mecanismo menos popular é, em regra, utilizado em tratados tributários e efetivamente incorpora uma divisão de direitos fiscais ou compartilhamento de imposto baseado em fórmulas. Vide, por exemplo, a Convenção entre os Países Baixos e o Governo da República Federativa do Brasil para evitar bitributação e prevenir evasão fiscal referente a imposto de renda (com vigência em 1º de janeiro de 1992), art. 23. Para discussão adicional desse último ponto, vide Parte V, abaixo.

Observem que, apesar da relativa popularidade do *tax sparing*,²³ trata-se de medida altamente polêmica, de eficiência questionável, e que não é vista com bons olhos por organizações internacionais.²⁴ Primeiro, é problemática, pois, em essência, tem um objetivo: respaldar incentivos fiscais concedidos por países em desenvolvimento. Contudo, a eficácia desses incentivos fiscais é questionável.²⁵

O *tax sparing* nem sempre é necessário para preservar incentivos fiscais concedidos por países em desenvolvimento. Por exemplo, se o investidor residir em um país que emprega sistema de isenção (benefício de bitributação) em vez de créditos fiscais estrangeiros, não há tributação residual pelo país (desenvolvido) de domicílio e o valor dos incentivos fiscais é preservado. Alguns investidores estrangeiros talvez não fiquem sujeitos à tributação residual do país de domicílio graças à sua posição fiscal particular, tal como excedente de crédito crônico. Outros optam por não repatriar os ganhos gerados nos países em desenvolvimento e, conseqüentemente, diferem, às vezes indefinidamente, a tributação residual pelos países de domicílio.²⁶

O *tax sparing* é concedido, em regra, por países desenvolvidos em tratados tributários (com países em desenvolvimento).²⁷ No entanto, observem que, se acreditarmos em sua conveniência, não há motivo para limitá-lo a tratados tributários.²⁸

²³ Mas não necessariamente pelos países mais desenvolvidos, em especial após as manifestações de dúvidas sobre a conveniência do *tax sparing* pela OCDE. Vide OCDE, *Corporate tax incentives for foreign direct investment* (2001). Os Estados Unidos reiteradamente se opõem ao uso do *tax sparing*. Vide, por exemplo, MCDANIEL, Paul R. The U.S. tax treatment of foreign source income earned in developing countries: a policy analysis. 35 *George Washington International Law Review*, 265, p. 291-292, 2003. Para a história da posição, vide KUHN, Richard D. United States tax policy with respect to less developed countries. 32 *George Washington International Law Review*, 262, 1963. Vide, também, LAUREY, Damian. Reexamining U.S. tax sparing policy with developing countries: the merits of falling in line with international norms. 20 *Virginia Tax Review*, 467, 480, 2000.

²⁴ Vide THURONYI, Victor. Recent treaty practice on tax sparing, 29 *TNI* 301, 2003.

²⁵ BRAUNER, Yariv. The future of tax incentives. In: BRAUNER, Yariv; e STEWART, Miranda (Eds.), *Tax law and development*. Edward Elgar, forthcoming, 2012.

²⁶ Isso se baseia na adoção quase religiosa da ficção legal da personalidade jurídica separada. A maioria ou todos os países empregam algumas normas de combate ao abuso ou ao diferimento, como as normas da subparte F dos Estados Unidos (vide 951-965), contudo, essas normas nunca se aplicam à receita de boa-fé legítima gerada por atividades de negócio nos países de residência das subsidiárias.

²⁷ Para uma boa análise seletiva da história do *tax sparing*, vide Brooks (2008).

²⁸ TILLINGHAST, David R. Tax treaty issues. 50 *University of Miami Law Review* 455, 1996, relatou na nota de rodapé 99 os seguintes casos interessantes: no tratado negociado com o Brasil em 1967, os Estados Unidos adotaram uma abordagem destinada a ser uma alternativa ao *tax sparing*. Concordearam em conceder a investidores norte-americanos que investissem em certos tipos de atividades no Brasil um crédito de investimento similar ao crédito de investimento naquela época concedido ao investimento interno em ativos fixos tangíveis. Vide *Convention for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income*, 13 de março de 1967, o U.S. - Braz., art. 7 (não vigente), reimpresso em *Tax Treaties (CCH)* P 1503.08. Isso evitou algumas das objeções ao *tax sparing*: a receita a ser sacrificada seria receita norte-americana, e não receita do Brasil, e não havia "distorção" do crédito fiscal estrangeiro. Vide SURREY, Stanley S. The United States tax system and international tax relationships - current developments, 1965-1966. *Taxation of foreign income* 274-80, 1966 (Tax Institute of America). Um Senado inflexível engavetou a ideia, apresentando ressalva ao artigo. O Comitê de Relações Exteriores observou secamente: "Devido à deterioração crescente da situação fiscal interna e internacional deste país, o Comitê acredita que não seria adequado neste momento incentivar investimentos em países estrangeiros." Vide nota 92, *supra*, em *Tax Treaties (CCH)* P 1555. Uma segunda iniciativa foi feita no tratado negociado com Trinidad e Tobago, em 1970. Consistiu

Um país pode simplesmente prever *tax sparing* em suas normas internas (unilaterais). Essa abordagem refletiria melhor o compromisso de *tax sparing* como expediente conveniente de política, permitindo ao país usá-lo nos casos de países com os quais a conclusão de um tratado tributário possa ser improvável. Pesquisa sobre a prática de *tax sparing* não revela mecanismo de “toma-lá-dá-cá” na inclusão de *tax sparing* em tratados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.²⁹ Em consequência, o contexto do tratado não é justificável. Além disso, nenhum país realizou estudos sérios de acompanhamento para avaliar a eficácia do *tax sparing*, reforçando a conclusão de que provavelmente é considerado sobretudo um mecanismo altruísta e não uma verdadeira medida do tratado.³⁰

O planejamento das disposições de *tax sparing* é bem padrão, embora não siga um “modelo”. Uma questão se relaciona ao tipo de receita protegida pela disposição - passiva ou ativa. Não há motivo para distinguir entre os dois tipos, a menos que se deseje promover apenas investimento direto estrangeiro. Na prática, a distinção é pertinente para países que utilizam isenção para um tipo de receita (com frequência, receita ativa) e um crédito para o outro tipo, uma distinção não significativa.³¹ Outra distinção não significativa é entre contribuintes pessoas físicas e jurídicas, excluindo as primeiras, provavelmente por motivo de combate ao abuso.³² De maneira análoga, questões de abuso levam países a recorrer algumas vezes a incentivos fiscais específicos ao conceder *tax sparing*.³³ Uma distinção mais séria é a limitação de prazo em relação ao *tax sparing*: alguns artigos são gerais e outros tratam de expiração, embora na realidade sejam com frequência prorrogados.³⁴ A pesquisa da OCDE analisa essas questões e sugere “melhores práticas” com foco em questões de abuso.³⁵ Para fins deste artigo, dois aspectos podem ser interessantes: a sugestão de não estender o *tax sparing* à receita passiva ou a negócio voltado à exportação.³⁶

Além do exposto acima, o motivo mais importante para rejeitar o *tax sparing* é o fato de ser inadequado. Os Estados Unidos não se veem concedendo o direito de tributação primária de lucro auferido fora de sua jurisdição, mas sim concedendo benefício a seus próprios contribuintes sujeitos à tributação estrangeira aceitável nos termos das normas universais. Esse benefício não cria direito para o país fonte, e definitivamente não cria direito exclusivo de tributação do lucro de contribuinte dos Estados Unidos. O atual regime fiscal internacional não é, em sua base, regime que

em uma disposição no termo da qual pessoas norte-americanas que transferiram tecnologia ou serviços técnicos a uma empresa local em troca de ações poderiam diferir o reconhecimento do ganho até a alienação das ações. Vide *Convention for the avoidance of double taxation, the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, and the encouragement of international trade and investment*, 9 de Janeiro de 1970, U.S. - Trin. & Tobago, art. 7, reimpresso em *Tax Treaties (CCH)* P 9703.15. O Senado novamente apresentou ressalva a este artigo, novamente alegando pobreza. Id., p. 9.755.

²⁹ Talvez não seja o caso em tratados entre países em desenvolvimento.

³⁰ Vide também o relatório da OCDE: *Tax sparing: a reconsideration*. 1998.

³¹ Brooks, 2008.

³² Ibid., p. 20-21.

³³ Ibid., p. 21-22.

³⁴ Ibid., p. 22-23.

³⁵ Para análise de questões e sugestões da OCDE, vide Id., p. 24-28.

³⁶ OCDE. Op. cit., p. 41-43.

divide a base de receita ou imposto, e sim regime que determina a tributação. Dessa forma, o país fonte (em desenvolvimento) não tem, em nosso contexto, direito exclusivo à base fiscal, como poderia ser indicado tacitamente por *tax sparing*. Simplesmente tem direito de tributar o lucro auferido internamente, de tributá-lo primeiro e de tributá-lo a qualquer alíquota de imposto que determinar para o tipo particular de lucro - reduzido ou não. É interessante que um regime alternativo esteja, ultimamente, no centro do discurso tributário: uma mudança para um sistema baseado em fórmula com potencial para resultar em mecanismo de compartilhamento de base fiscal que seria mais receptivo a mecanismos como o *tax sparing*. Poderia conferir aos países direitos exclusivos de tributar ou não tributar determinadas receitas. Um ponto crítico quanto a essa questão é que somente o aumento da cooperação e coordenação internacionais de políticas fiscais poderia promover mecanismos similares ao *tax sparing* que seriam aceitáveis como mecanismos de alto padrão e não uma peculiaridade altruísta. Esta é uma demonstração da conveniência do aumento da cooperação em relação aos países em desenvolvimento.

Para concluir, há pouca sustentação à afirmação que o *tax sparing*, em seu formato atual, é eficaz como dispositivo de apoio aos incentivos fiscais de países em desenvolvimento, e não existe virtualmente prova alguma ou estudos que testem essa afirmação. Os países que em geral concedem incentivos fiscais os tratam como ajuda estrangeira e como parte de suas políticas de tratados, e não como mecanismos de política fiscal específicos. No melhor de meu conhecimento, nenhum estudo tentou uma análise de custo-benefício do *tax sparing* de qualquer tipo.

O argumento em defesa do *tax sparing* deveria ser reformulado como argumento em defesa de uma reforma do regime fiscal internacional de tributação do lucro das empresas. Países em desenvolvimento e países desenvolvidos que apoiam o *tax sparing* argumentam, na verdade, que a tributação a alíquotas internas regulares aceitáveis por todos deveriam ser consideradas "suas" e, como tais, eles deveriam ter total liberdade para decidir efetivamente impô-las ou não. Esse é basicamente o caso referente à fórmula de tributação que também desfruta outros benefícios, não relacionados ao desenvolvimento, contudo, atualmente é promovida apenas por acadêmicos.³⁷

Uma segunda reformulação da controvérsia sobre o *tax sparing* é a posição assumida pelo Professor Schoueri em sua apresentação (bem como em estudo passado) de que a isenção poderia reconciliar as posições de Estados Unidos e Brasil. Isso porque, de uma perspectiva brasileira, o principal objetivo de um tratado tributário (de acordo com o Professor Schoueri) é atrair investimento direto estrangeiro, isto é, assegurar que investidores e somente investidores (e não o Tesouro dos Estados Unidos, por exemplo) se beneficiem de incentivos fiscais concedidos pelo Brasil. Se os Estados Unidos concederem isenção para receita de fonte brasileira aos investidores dos Estados Unidos, esse objetivo será atingido. Da perspectiva dos Estados Unidos, argumenta o Professor Schoueri, isso não implicará des-

³⁷ Vide, por exemplo, AVI-YONAH, Reuven S.; e CLAUSING, Kimberly A. *Reforming corporate taxation in a global economy: a proposal to adopt formula apportionment*. Hamilton Project Discussion Paper, 2007-08 (Brookings Institution, 2007).

vio, como acontece com o *tax sparing* do Modelo da OCDE, pois o Modelo permite, no art. 23, a utilização de isenção ou crédito (fiscal estrangeiro) para mitigar a bitributação. Isso é verdade, obviamente, e particularmente interessante se considerarmos o recente aumento do interesse nos Estados Unidos em passar a um sistema fiscal internacional baseado em isenção. O único problema que este ensaio percebe nessa solução é que ela desvia a atenção da necessidade de reformar basicamente a tributação de negócios internacionais, assim, as distorções ainda serão comuns. Uma mudança paradigmática será mais difícil, contudo, logrará resultados mais convenientes. A utilização da isenção, caso seja politicamente possível, poderia ser o primeiro passo nessa direção.

2. Outros obstáculos técnicos potenciais a negociação

A evidente disputa “ideológica” sobre o *tax sparing*, em especial tendo como pano de fundo a profunda desconfiança entre os governos dos Estados Unidos e do Brasil, parece ter mascarado outras diferenças que podem existir entre as posições (assumidas) pelos Estados Unidos e Brasil se fossem negociar um tratado tributário. O Professor Schoueri analisou com maestria essas diferenças em sua palestra. A perspectiva dos Estados Unidos e uma possível resposta a seus argumentos são discutidas a seguir.

A primeira questão não é nova, contudo, teve menor exposição do que o *tax sparing*. O Brasil insiste em tributar serviços na fonte quando a fonte for determinada pelo domicílio do pagador. Em particular, o Brasil deseja tributar serviços técnicos e não permite que serviços técnicos sejam classificados como *royalties*, pois os *royalties* em geral não são tributados na fonte na maioria dos tratados tributários. O Brasil incluirá serviços técnicos na definição de *royalties*, caso sua posição de que eles devem ser retidos na fonte, ao contrário do Modelo da OCDE, por exemplo, seja aceita. A posição dos Estados Unidos parece ser contra essa abordagem, contudo, não se trata de disposição não negociável, e um compromisso poderá ser alcançado quanto às definições de *royalties* ou não defini-lo e sujeitá-lo ao art. 3(2). Observem também que, em relação ao *software*, os regulamentos internos separam todos os serviços, não usando definição restrita de outras operações, inclusive licenças que geram receita de *royalties*.³⁸ Ademais, o preço de transferência dos Estados Unidos define receita de ativos intangíveis como residual de serviços³⁹ - definição tão ampla de serviços neste contexto não é estranha à Legislação interna dos Estados Unidos.

Outra potencial controvérsia poderá se dar em relação ao limiar de tempo para desencadear uma construção de estabelecimento permanente. O Brasil deseja usar seis meses, ao passo que os Estados Unidos em geral seguem o limiar de 12 meses da OCDE. Professor Schoueri nos ensina que o Brasil abriu mão dessa exigência em alguns tratados e acordou com nove meses em outro. De maneira análoga, os Estados Unidos concluíram várias dessas disposições, tornando essa diferença um obstáculo improvável à negociação.

³⁸ Reg. do Tes. 1.861-18.

³⁹ Reg. do Tes. 1.482-4(h).

3. Preço de transferência

Talvez a única área na qual este ensaio identifica um conflito verdadeiro, o preço de transferência apresenta um dilema complexo para o Brasil e os Estados Unidos caso iniciem a negociação de tratado tributário. As normas dos Estados Unidos se fiam fortemente no padrão de operação estritamente comercial, de forma análoga às normas predominantes e praticamente universais respaldadas pela OCDE. No entanto, o Brasil é a única oposição séria a este domínio, com um sistema que inclui elementos de fórmula significativos e explícitos que violam o princípio estritamente comercial. Ademais, o Brasil não aceita ajustes correspondentes e decisões de adiantamento ou APAs na área de preço de transferência. Por um lado, novamente, isso não tem de ser um obstáculo à negociação, pois a adoção rigorosa da retórica de operação estritamente comercial literal não faz parte inerente do modelo da OCDE, mas, sim, somente uma interpretação vigorosamente promovida por seus funcionários e alguns países. Além disso, foi demonstrado que é pequena a dificuldade para reconciliar fórmula de tributação e o Modelo da OCDE.⁴⁰ Finalmente, todos os países, e mesmo a OCDE, estão cada vez mais fortalecendo o art. 9 com elementos de fórmula, assim, a diferença efetiva significativa entre as posições não são intransponíveis. Obviamente, isso pode acontecer devido à política.

Por outro lado, este ensaio desejaria ver os Estados Unidos se afastar da retórica vazia do princípio de operação estritamente comercial, e esse tratado poderia ser uma grande oportunidade para quebrar a hegemonia da OCDE e seus funcionários neste ponto.

V. Conclusão

A discussão contida neste ensaio demonstra a inadequação do estudo da política de tratados tributários nos Estados Unidos. O sigilo e mistério do processo de negociação de tratados e a falta de interesse entre os estudiosos nos trouxeram à atual situação de domínio pelo Poder Executivo do processo sem nenhum tipo de monitoramento significativo sério. O controle exclusivo sobre o processo é o poder do Senado de não consentir com a ratificação de tratados assinados. O Senado não ficou inativo e de fato exerceu esse poder para rejeitar vários tratados tributários no passado, inclusive o tratado de 1967 com o Brasil. Ao fazer isso, afirmou seu poder político sobre o Executivo e, atualmente, este último assume a posição de não negociar um tratado que não será aprovado para ratificação pelo Senado. A avaliação da probabilidade de tal consentimento em geral não é feita por meio de processo de colaboração e coordenação de políticas entre o Departamento do Tesouro e o Senado (ou qualquer outra parte do Congresso), e sim unilateralmente por funcionários do Tesouro.

A análise preliminar de tratados efetivos dos Estados Unidos indica que os Estados Unidos não têm uma política de tratados tributários clara, detalhada, bem pesquisada. A conclusão de H. David Rosenbloom, há mais de 20 anos, de que a

⁴⁰ AVI-YONAH, Reuven S. Between formulary apportionment and the OECD guidelines: a proposal for reconciliation. *World Tax J.* 2, n. 1, 2010. p. 3-18.

política estabelecida nos anos de 1960 não foi atualizada para atender o que seria conveniente para o povo norte-americano, haja vista as alterações das circunstâncias, parece ser tão pertinente hoje como quando foi escrita. O passar do tempo e as modificações contínuas das circunstâncias apenas tornam essa conclusão mais importante.

No entanto, é um tanto irônico que este quadro sombrio não afete a conclusão de que não existem motivos significativos sérios para os Estados Unidos e o Brasil não negociarem e concluírem um tratado tributário. Supondo que acreditamos na conveniência de tratados tributários, temos de concluir que um tratado com o Brasil é uma das principais prioridades não políticas dos Estados Unidos, e talvez também politicamente seja bastante conveniente. Este ensaio demonstrou que a retórica utilizada para contestar tal tratado não atende aos interesses dos dois povos. As diferenças podem ser ultrapassadas sem desvios fundamentais das atuais práticas, isto é, provavelmente não haverá problemas caso as partes assumam posições não negociáveis obstrutivas. O ensaio não tenta realizar avaliação política dos motivos da falta de cooperação nessa questão; está além de sua abrangência; contudo, aponta alguns desafios políticos que podem ter afetado o atual impasse.