

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

23



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Direito do Comércio Internacional e Acordos Tributários*

Yariv Brauner¹

Professor of Law, University of Florida, Levin College of Law.

Resumo

O autor discute a aplicação de regras da OMC à tributação sobre a renda, verificando os conflitos entre os regimes jurídicos de comércio internacional e de tributação internacional e oferecendo possibilidades de solução.

Abstract

The author discusses the application of the WTO law to the income tax, analyzes the clashes between the international trade and tax regimes and presents possible solutions.

I. Introdução

Há cinco anos, decidiu-se em um caso da Organização Mundial do Comércio (doravante “OMC”) que subsídios tributários às exportações dos Estados Unidos da América (doravante “EUA”) eram ilegais². Apesar de forte resistência política, que alimentou um longo e custoso processo legislativo, os Estados Unidos finalmente revogaram tais subsídios, existentes há 30 anos³. Isto revelou que os EUA não são um agente tão dominante como alguns o retratam⁴. O caso também explicitou a tensão entre os atuais regimes internacionais de comércio e de tributação e a dificuldade de aplicação das normas da OMC às medidas de tributação da renda.

Esta tensão não se maximizou anteriormente em grande parte porque os países tendiam a não utilizar os seus sistemas de tributação da renda para o proteccio-

* Texto traduzido por Gustavo Gonçalves Vettori.

¹ Este artigo foi originalmente apresentado no Congresso do IBDT de 2009, na Universidade de São Paulo. Ele baseia-se no meu artigo “International Trade and Tax Agreements May be Coordinated, but not Reconciled,” *25 Virginia Tax Rev.* 251 (2005) e incorpora grande parte deste artigo, sob a generosa permissão da *Virginia Tax Review*.

² World Trade Organization, United States - Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations,” WT/DS 108/AB/RW (14 de janeiro de 2002). Esta decisão concluiu uma controvérsia de três décadas na OMC (anteriormente o Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT) sobre os regimes de subsídios tributários às exportações dos EUA. Ela confirmou a decisão do painel no litígio original sobre as regras ETI, World Trade Organization, United States - Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations,” WT/DS 108/RW (20 de agosto de 2001), que foi apenas o elo final numa série de decisões correlatas. Para um breve sumário da controvérsia, cf. BRUMBAUGH, David L., *A History of the Extraterritorial Income (ETI) and Foreign Sales Corporation (FSC) Export Tax-Benefit Controversy*, 2004 WTD 233-11 (novembro de 2004).

³ *American Jobs Creation Act de 2004*, Public Law 108-357, parágrafo 101.

⁴ Para uma discussão interessante sobre este ponto, cf. Paul B. Stephan, “American Hegemony and International Law: Sherriff or Prisoner?”. *The United States and the World Trade Organization*, 1 Chi. J. Int'l L. 49 (2000).

nismo⁵. Em artigo anterior⁶, publicado logo após a conclusão do caso referido acima, eu sugeri que o uso dos sistemas tributários, para proteger interesses domésticos, poderia aumentar em consequência da globalização econômica e adverti que a desconexão entre os regimes tributário e de comércio internacionais poderia gerar desafios para ambos, uma vez que tais regimes podem se aplicar aos mesmos casos, com resultados diferentes e conflitantes. Passados cinco anos, é possível constatar que parte destes acontecimentos efetivamente se verificou, mas em escala pequena. Todavia, ainda é cedo para tirar qualquer conclusão, devido ao curto tempo que se passou e à relação dos dois regimes com outras questões abordadas neste artigo. Assim, este artigo mapeia a tensão e possível colisão entre os regimes de tributação e comércio internacionais de acordo com as regras legais existentes. Ademais ele demonstra as possíveis contestações a estas regras e tenta contribuir para uma solução viável, que pode levar à redução da referida tensão.

A solução proposta baseia-se na observação de que os regimes de comércio e tributação internacionais não podem ser simplesmente conciliados ou fundidos, mas os seus objetivos poderiam (e deveriam) ser coordenados, com alguns ajustes feitos às atuais regras jurídicas. Sugere-se que tal coordenação iria ser facilitada pela a formação de uma organização mundial tributária, ou outro foro similar para a cooperação e a coordenação de políticas tributárias, que será responsável em fazer o regime tributário internacional em evolução mais compatível com o regime de comércio internacional (mas não parte da OMC). Ademais, este artigo analisará e rejeitará outras soluções, principalmente aquela que eu chamo de solução dos benefícios fiscais^(a), que se baseia no argumento, rejeitado neste artigo, de que os re-

⁵ É razoável esperar que o protecionismo veiculado por meio do regime de tributação da renda seja indesejável de um ponto de vista de política fiscal doméstica. Em geral, o imposto de renda é projetado para tributar primordialmente residentes e estrangeiros com conexões negociais substanciais com a jurisdição tributante. Ele incide sobre pessoas, sendo que é difícil distinguir entre pessoas que exportam (ou importam) sem referência específica às suas atividades (de importação ou exportação). Esta dificuldade pede que as regras de protecionismo sejam transparentes e, portanto, difíceis de serem escondidas do controle estrangeiro e facilmente exploráveis pelos contribuintes. Ademais, a concessão de determinados benefícios de imposto de renda a exportadores, por exemplo, irá afetar adversamente as pretensas qualidades de eficiência e igualdade do imposto de renda; haverá um incentivo fiscal ineficiente para exportar e contribuintes com igual renda podem acabar pagando montantes desiguais de imposto. Obviamente, a progressividade do imposto de renda também será distorcida. Sem entrar no mérito da conveniência, ou de uma análise custo/benefício, da medida acima, é fácil verificar a hesitação dos responsáveis pela política tributária em utilizar o imposto de renda para veicular medidas protecionistas. Cf. também Michael Lennard, *Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements*, J. Int'l Econ. L. (2002) 17, pp. 76-77.

⁶ Yariv Brauner, "International Trade and Tax Agreements May be Coordinated, but not Reconciled", 25 *Virginia Tax Rev.* 251 (2005).

^(a) Nota do tradutor: o autor utiliza a expressão *tax expenditures*. Não há tradução perfeita para ela, sendo que poderíamos adotar, por exemplo: gastos fiscais, subvenções fiscais, incentivos fiscais, benefícios fiscais, dentre outras. Contudo, a opção por uma tradução, em detrimento de qualquer outra, poderia indicar uma falsa adoção de alguma corrente doutrinária. Nesses termos, sem indicar qualquer filiação a uma corrente específica, utilizaremos a expressão benefícios fiscais. Saliente-se ainda que, mesmo em inglês, a expressão *tax expenditures* é criticada, como se pode notar em Boris I. Bittker ("Accounting for Federal 'Tax Subsidies' in the National Budget", 22 *Nat'l Tax J.* 244 (1969) (reproduzido em CARON, Paul L., BURKE, Karen C. e McCOUCH, Grayson M.P. *Federal Income Tax Anthology*. 2ª tiragem. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997) 2003, p. 303), que ressalta que a expressão, apesar de paradoxal (assim como a expressão "negative income tax"), deixa o seu sentido relativamente claro.

gimes de comércio e tributação internacionais não conflitam, e propõe submeter alguns aspectos dos tributos sobre a renda à análise da OMC, sem quaisquer ajustes.

A reconstrução desta solução dos benefícios fiscais, bem como a sua crítica, é apresentada na parte VI deste artigo. A parte II, que segue esta introdução, traça o pano de fundo para a discussão, com uma revisão do possível escopo de aplicação das atuais regras da OMC à tributação direta. Conclui-se que o escopo de aplicação, exceto para subsídios diretos e explícitos, é, na melhor das hipóteses, limitado. Ainda, estabelece-se a possível linha divisória entre as regras de tributação direta e aquelas de comércio, explicando a razão da evolução desta vaga e possivelmente insatisfatória divisão. A parte III estabelece o potencialmente amplo, em oposição ao atual estreito, escopo de tal aplicação. Isto demonstra a importância da discussão neste artigo e a fragilidade da atual incerta relação entre estes dois institutos. Ainda, demonstra-se a impossibilidade prática de conciliar os regimes de comércio e tributação internacionais sem reformar um ou ambos os regimes. Após estas considerações, o artigo segue com a mencionada parte IV, que conclui com algumas observações acerca de uma rota alternativa razoável para a coordenação de políticas internacionais, que pode não conciliar a tributação e o direito do comércio, mas deve ser capaz de coordená-los e implementar um arcabouço legal razoável e suficiente para tal coordenação de políticas.

II. O Direito Tributário Internacional e o Direito do Comércio Internacional

A OMC é a fonte mais desenvolvida de direito econômico internacional. As regras relacionadas ao comércio em bens, encontradas principalmente no GATT, são as mais desenvolvidas, formando um corpo de regras jurídicas relativamente coerente. As regras concernentes ao comércio de serviços tomaram um caminho paralelo por meio do GATS, um acordo similar, mas não idêntico, ao GATT. Ambos são parte do direito internacional, mas guardam várias características de direito supranacional e operam como tal. Os tópicos dos investimentos internacionais e do comércio em propriedade intelectual, ambos de crescente importância, também têm sido incluídos no arcabouço da OMC, mas ainda têm de se desenvolver ao ponto em que se encontram as regras referentes ao comércio de bens e serviços⁷. O objetivo principal do direito da OMC é a promoção e facilitação do livre comércio. Ele é a interface de vários sistemas legais, visando à redução ou eliminação das barreiras ao comércio. Em geral, ele não modifica ou se relaciona diretamente às regras domésticas, mas cria *standards* - em relação aos quais os Estados-membros alinham os seus direitos internos.

O atual regime de Direito Tributário internacional, por outro lado, é baseado numa complexa, porém bem estabelecida, disseminada e razoavelmente coerente rede de aproximadamente três mil tratados bilaterais tributários^(b). Claramente,

⁷ O investimento internacional é regulado por uma rede de tratados bilaterais de investimentos, que se encontra em desenvolvimento. Cf., e.g., *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, editado por Sean D. Murphy, Proposed New U.S. "Model" Bilateral Investment Treaty, 98 *Am. J. Int'l L.* 836 (2004).

^(b) Nota do tradutor: o autor utiliza a expressão *bilateral tax treaties*, e não *double tax treaties*, ou qualquer outro sinônimo. Preferimos, assim, traduzir por tratados tributários bilaterais, ao invés de acor-

não se trata de corpo legal supranacional, mas de uma parte integrante do Direito Internacional Público⁸. O objetivo principal desse regime sempre foi mitigar a dupla (sobre) tributação, e, o que se constatou mais recentemente, corrigir a não (sub) tributação⁹. Ele o faz principalmente pela direta modificação, caso a caso, de regras tributárias domésticas específicas, conforme elas apliquem-se a transações transfronteiriças envolvendo somente os dois países partes do tratado em questão.

Estas diferenças, tanto em relação à forma quanto à substância, não mascaram, contudo, a íntima relação entre os dois regimes. O tributo é uma barreira ao comércio, mas deve ser utilizado para financiar atividades governamentais, ao menos enquanto outras fontes de receita não estejam disponíveis, ou sejam suficientes¹⁰. A consequência direta é que a tributação é, e permanecerá, pelo tempo que a atual realidade política perdurar, uma constante barreira ao comércio que não pode ser totalmente eliminada. Assim, o livre comércio ideal não pode ser alcançado num mundo com tributos. Um regime de “segundo melhor” - um que leve em conta a tributação - teve de ser estabelecido como resultado¹¹. Apesar desta forte e direta correlação, a maioria dos países (e isto inclui os EUA) não coordena estes regimes jurídicos. Como bem apontado por um professor americano: “O arcabouço tributário deste país é o menos adaptado ao GATT quanto se possa imaginar.”¹² Este tópico desenvolverá esse tema e identificará as potenciais áreas de conflito - preparando o terreno para a posterior discussão sobre a possível redução destes conflitos.

A. Forma e status jurídico

A forma das regras jurídicas de ambos os regimes difere. Nos EUA, os acordos sob a OMC¹³ tomam a forma de “acordos executivos”¹⁴ adotados pelo presidente, enquanto os tratados tributários seguem o regime tradicional dos tratados, ao invés daquele de um acordo executivo. Na prática, contudo, os acordos executivos

dos de bitributação, para manter a coerência e destacar o caráter bilateral, conforme o texto original.

⁸ Reuven S. Avi-Yonah, “International Tax as International Law” (Março de 2004). *U of Michigan Law, Public Law Research Paper* nº 41; *Michigan Law and Economics Research Paper* nº 4-7.

⁹ Cf. Michael Lang, “General Report for the 58th”. *Congress of the International Fiscal Association, Cahiers de Droit Fiscal Internationale* vol. LXXXIXa (Vienna, 2003).

¹⁰ Quaisquer que sejam estes serviços. O debate sobre a extensão e a natureza apropriadas destes serviços, apesar de central à elaboração de políticas tributárias, vai além do escopo deste artigo. É suficiente presumir que se aceita que alguns tributos são necessários.

¹¹ É claro que se pode tomar a posição de Thomas Nagel e Liam B. Murphy (*The Myth of Ownership: Taxes and Justice*, Oxford University Press, 2002) que apenas vislumbra as situações após o tributo, mas esta visão não contribui para o nosso problema. De maneira simplificada, enquanto diferentes países cobrarem diferentes tributos, ao menos estas diferenças afetarão o comércio de qualquer tipo.

¹² Richard Westin, *Modifying the U.S. Tax Framework to Stimulate Employment Without Violating GATT Principles*, 4004 WTD 85-17. Nota do tradutor: no original “This country’s tax framework is about as poorly adapted to GATT as imaginable.”

¹³ *I.e.*, todos os acordos sujeitos à declaração de Marrakesh de 1994.

¹⁴ *I.e.*, é um “tratado”, como concebido pelo direito internacional, firmado somente pelo presidente dos EUA, sem o aconselhamento e consentimento de dois terços do Senado dos EUA, como requerido para um tratado dos EUA pelo artigo II, parágrafo 2 da Constituição dos EUA.

de comércio e os tratados tributários têm o mesmo *status*, apesar da diferente forma¹⁵.

B. Não discriminação como uma obrigação unificadora

A diferença na forma entre os regimes de comércio e tributário não é preocupante numa tentativa de conciliação. Consequentemente, a discussão que segue concentrar-se-á na incompatibilidade material de ambos os regimes.

O “coração e a alma” do direito da OMC são as suas obrigações de não discriminação. Para atingir maior aceitabilidade política e em respeito à soberania nacional, não há uma regra geral e não qualificada de não discriminação, mas dois requisitos separados. O primeiro, chamado “tratamento nacional”, proíbe a discriminação contra estrangeiros; o segundo, chamado “nação mais favorecida”, proíbe a discriminação entre diferentes estrangeiros. Juntos, esses requisitos, ainda que ignorando a discriminação contra os próprios nacionais, formam uma regra geral de não discriminação, se houver aderência sem ressalvas.

O regime de tributação internacional, por outro lado, tipicamente apenas proíbe a discriminação contra estrangeiros, quando comparados com pessoas domésticas. Ademais, a proibição aplica-se separadamente para cada parceiro em acordos bilaterais. Ela é similar, em seu significado, ao requisito de tratamento nacional da OMC, garantindo igualdade de condições, mas limitada ao que foi acordado em cada arranjo bilateral (tratado). Portanto, teoricamente, não haveria expectativa de convergência global de tratamentos tributários, uma vez que cada arranjo bilateral deveria produzir um diferente resultado negociado que presumidamente maximizaria os benefícios dos países participantes daquele arranjo bilateral específico. Na realidade, a cristalização do atual regime de tributação internacional e a relativa convergência das regras seguindo as linhas do modelo da OCDE¹⁶ produziu um resultado que se aproxima de um cenário de igualdade de condições globais, mas não o atinge efetivamente. A ausência de uma obrigação de tratamento de nação mais favorecida nos acordos tributários bilaterais pode ser explicada pela sua própria natureza bilateral. Apesar de, teoricamente, tais acordos poderem incluir uma regra de nação mais favorecida de algum tipo, os acordos geralmente se inserem exclusivamente em um contexto bilateral, ignorando os interesses de outros países.

1. Nação mais favorecida

A cláusula da nação mais favorecida garante que um país não discrimine entre um grupo de estrangeiros de vários outros países partes do acordo em questão. Esta cláusula é um pilar fundamental do regime da OMC, simbolicamente constante do artigo I do GATT. A sua aplicação é natural no contexto de concessões tarifárias, o ponto focal tradicional do GATT.

¹⁵ Uma possível exceção a esta igualdade é o requerimento de um tribunal para primeiro tentar conciliar qualquer tratado com uma lei possivelmente conflitante, ou outro tratado, em reconhecimento do fato de o tratado ser uma obrigação internacional dos EUA (*Id.*, parágrafo 114). Ainda, note-se que tanto os tratados quanto os acordos executivos prevalecem sobre leis estaduais em geral (John H. Jackson et. al., *Legal Problems of International Economic Relations* 4th ed., 2002, em 104-105).

¹⁶ Yariv Brauner, “An International Tax Regime in Crystallization”, 56 *Tax L. Rev.* 259 (2003).

Tal obrigação é menos natural no contexto dos tributos sobre a renda. O artigo I do GATT aplica-se a quaisquer tributos que afetem as importações e exportações¹⁷. Portanto, conceitualmente, é possível aplicá-lo a medidas de tributação da renda que afetem importações e exportações. Uma vez que o GATT se aplica apenas no contexto de produtos “similares”, o que é a primeira limitação ora encontrada, a sua aplicação a medidas de tributação da renda também é limitada às hipóteses em que elas afetem as importações ou exportações de produtos similares¹⁸. Não há referências ou exceções específicas para medidas de tributação da renda.

De outra parte, o regime de comércio internacional de serviços inclui tais referências e exceções. O GATS também possui uma regra de nação mais favorecida, no artigo II, mas limitada pelo escopo geral do GATS, que, diferentemente do GATT, é um regime de adesão (disfarçado como um regime de opção pela exclusão); as obrigações de cada país são arroladas nos anexos - o anexo das exceções ao tratamento da nação mais favorecida, neste caso¹⁹. A lista de exceções ao tratamento da nação mais favorecida dos EUA, por exemplo, inclui certas medidas tributárias, incluindo benefícios especiais de tributos diretos (ou a negação de tais benefícios) a países específicos²⁰ e indústrias²¹, e, em diversos casos, tributos subnacionais (estaduais e locais). Estas limitações provavelmente visam medidas que estão fora do escopo de um acordo tributário bilateral, e, portanto, entender-se-ia que necessitariam de outro nível de proteção decorrente da aplicação da regra geral de nação mais favorecida do GATS.

O artigo II do GATS é amparado por um procedimento de solução de controvérsias previsto no artigo XXII. O artigo XXII:3 estabelece outra limitação - interna, desta vez - à relevância do artigo II à tributação direta, por meio da exclusão específica das medidas constantes de acordos tributários bilaterais. Há uma segunda limitação no artigo XIV(e) do GATS, que determina uma exceção específica à obrigação de nação mais favorecida do artigo II, desde que a diferença de tratamento (discriminação) seja resultado do acordo em um tratado tributário bilateral²². Na prática, os EUA parecem interpretar este dispositivo como uma imunidade geral para tratados bilaterais tributários à sua obrigação de nação mais favorecida constante do GATS.

¹⁷ Incluindo uma especial referência às matérias do art. III (tributos internos e regulamentações governamentais), o que faz a sua interpretação dependente da interpretação do artigo III no que tange aos tributos em questão, *i.e.*, tributos indiretos (*Id.*, 437).

¹⁸ Como há consenso no sentido de que o termo “similar” não tem que ser interpretado da mesma maneira em ocasiões diversas onde ele é uma determinante crucial no GATT, é possível que diferentes interpretações se apliquem.

¹⁹ O compromisso dos EUA com o GATS é relativamente significativo, uma vez que os EUA reconheceram a importância do comércio de serviços para a sua economia, a qual só deve crescer.

²⁰ *E.g.*, incluindo Canadá, México, possessões dos EUA e a Caribbean Basin Initiative. Também, a negação de benefícios por razões de política externa, incluindo países específicos que participem ou cooperem com um boicote internacional.

²¹ *E.g.*, Transporte, comunicação, publicidade em alguns casos.

²² Mas ele nega este tratamento se a discriminação for “arbitrária ou injustificável” ou se for uma “restrição encoberta”. Esta exceção parece sem significado e, até onde o autor saiba, nunca incidiu.

O atual regime tributário internacional²³ não contém, geralmente, uma regra de nação mais favorecida²⁴. Alguns tratados específicos, todavia, contêm regras com efeitos similares²⁵. Contudo, nenhum deles vale-se da expressão “nação mais favorecida”, seja nos seus textos ou em comentários ou explicações técnicas. Apesar destas exceções, a regra geral é de que obrigações de nação mais favorecida não constam dos acordos bilaterais tributários. Uma regra encontrada nos tratados tributários bilaterais mais recentes dos EUA²⁶ sustenta este entendimento, seguindo o artigo 1(3)(b) da Convenção Modelo dos EUA de 1996, que dispõe que:

“a não ser que as autoridades competentes determinem que uma medida de tributação está fora do escopo deste Tratado, as obrigações de não discriminação deste Tratado se aplicarão exclusivamente a tal medida, exceto em relação às obrigações de tratamento nacional ou de nação mais favorecida que se apliquem para o comércio de bens sob o GATT. Nenhuma obrigação de tratamento nacional ou de nação mais favorecida sob qualquer outro acordo deve aplicar-se àquela medida.”^{27-(c)}

O artigo 1(3)(b) do Modelo dos EUA não é coerente²⁸ e não apresenta propósito óbvio. É difícil entender no que o GATT é diferente neste contexto. Uma possível explicação para separar o procedimento de soluções de controvérsias do GATT e equipará-lo àquele dos acordos tributários bilaterais é que era inconcebível, diferentemente do que ocorria com o acordo TRIM e o GATS²⁹, que controvérsias

²³ Baseado, primordialmente, na rede mundial de mais de 3.000 acordos bilaterais tributários.

²⁴ Contudo, ele possui uma obrigação de não discriminação, que remonta ao Modelo original da Liga das Nações de 1943, no artigo 15. Esta obrigação é padrão - a equalização, sujeita a exceções aceitáveis, como a tributação na fonte, do tratamento tributário de estrangeiros residentes no outro país signatário ao tratamento aplicável a contribuintes domésticos. Houve um debate acerca do nível de neutralidade necessário neste contexto, mas isto é irrelevante para os nossos fins. Esta obrigação é similar, apesar de mais estrita, à obrigação de “tratamento nacional”, que é a outra grande medida antidiscriminação do GATT, que comentaremos no próximo tópico, uma vez que ela não probe discriminação contra investidores estrangeiros, por exemplo.

²⁵ Cf. Brauner (2005), *supra*, nota 6.

²⁶ Cf. *Id.*

²⁷ A explicação técnica do Departamento do Tesouro acerca desta regra mostra que “a não ser que as autoridades competentes determinem que uma medida de tributação está fora do escopo deste Tratado, as obrigações de não discriminação deste Tratado se aplicarão exclusivamente a tal medida, exceto em relação às obrigações de tratamento nacional ou de nação mais favorecida que se apliquem para o comércio de bens sob o GATT. Nenhuma obrigação de tratamento nacional ou de nação mais favorecida sob qualquer outro acordo deve aplicar-se àquela medida. Assim, a não ser que as autoridades competentes acordem de maneira diversa, quaisquer obrigações de tratamento nacional ou nação mais favorecida assumidas pelos Estados Contratantes em acordos que não este Tratado não se aplicarão a uma medida tributária, com exceção do GATT, enquanto aplicável ao comércio de bens.” Note-se que esta regra não coordena o GATT e os tratados tributários bilaterais, mas declara a independência recíproca destes acordos.

^(c) Nota do tradutor: no original - “unless the competent authorities determine that a taxation measure is not within the scope of this Convention, the nondiscrimination obligations of this Convention exclusively shall apply with respect to that measure, except for such national treatment or most-favored-nation obligations as may apply to trade in goods under the General Agreement on Tariffs and Trade. No national treatment or most-favored-nation obligation under any other agreement shall apply with respect to that measure.”

²⁸ Cf., e.g., Richard Doernberg, Kees van Raad, 1996 *United States Model Income Tax Convention: Analysis, Commentary and Comparison* (1990), para 3-4, artigo 1, nota 32.

²⁹ O comércio de serviços é extremamente importante para a economia dos EUA. Ele representa a maior parte do *output* dos EUA e praticamente todo o seu crescimento no final do último milênio.

relevantes referentes à tributação da renda surgiram sob o GATT. O GATS e o acordo TRIM, diferentemente dos artigos I e III do GATT, expressamente aplicam-se a tributos diretos. Outra possível, mas improvável, interpretação é que a exceção acima é voltada para abrir a porta para a futura aplicação da obrigação de nação mais favorecida do GATT a medidas de tributação direta.

O próprio Internal Revenue Code não possui regras de não discriminação. Contudo, ele se refere expressamente, em determinadas circunstâncias, a acordos tributários bilaterais - uma indireta e até estranha referência às suas obrigações de não discriminação³⁰. A lei interna dos EUA também determina tratamento de nação mais favorecida à maioria das importações³¹. Por motivos políticos, contudo, este tratamento é negado a certos países no que tange às tarifas³². Outras exceções a esta regra geral são os parágrafos 301-310 do *Trade Act* de 1974, os acordos de livre comércio dos EUA e o Sistema Geral de Preferências para os países em desenvolvimento. Mesmo anteriormente às negociações de comércio pós-Segunda Guerra, os EUA tinham estabelecido esse tratamento, sempre ressaltando a importância da reciprocidade. A expectativa de reciprocidade praticamente criou uma cláusula de nação mais favorecida condicional - um conceito que era amplamente rejeitado no âmbito do GATT/OMC.

2. Tratamento nacional

A outra grande norma antidiscriminação no direito da OMC assemelha-se às regras de não discriminação tributárias. Trata-se da obrigação de “tratamento nacional”, que proíbe *inter alia* a tributação discriminatória e protecionista. O artigo III do GATT traz a regra geral de tratamento nacional deste acordo³³. Normalmente, considera-se que ele se aplica apenas a tributos indiretos, e não à tributação da renda, ainda que tal interpretação seja implícita³⁴. Uma vez que os EUA não se valem de tributos indiretos (*i.e.*, um IVA), o escopo do artigo III relevante é atualmente limitado, assim como as decisões judiciais e administrativas correlatas.

O artigo III:2 do GATT proíbe a discriminação contra bens importados por meio de tributos internos (não tarifários)³⁵. A discriminação é medida pela comparação do tratamento dos bens importados e produtos domésticos “similares”. A determinação da “similaridade” é obviamente crucial e não é surpresa que tenha

Ele também impõe desafios para importantes questões domésticas nos EUA, e que não podem ser contestadas no comércio internacional de bens, tais quais questões de imigração e políticas de investimentos e regulatórias.

³⁰ parágrafos 894(a)(1), 897(i), 884(e)(1) & 906(a).

³¹ parágrafo 126(a) do *Trade Act* de 1974.

³² *Harmonized Tariff Schedule dos EUA* (2001), General note 3(a). Esta exceção também incluía os países comunistas durante a guerra fria.

³³ Para uma boa e recente análise das regras da OMC referents ao artigo III, cf. Hanrik Horn & Petros C. Mavroidis, “Still Hazy after All These Years: the Interpretation of National Treatment”. *GATT/WTO Case-law on Tax Discrimination*, 15 *European J. Int'l L.* 39 (2004).

³⁴ *GATT Secretariat, Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice* 133 (6ª ed., 1994).

³⁵ Este dispositivo, assim como todo o princípio de tratamento nacional, foi incorporado no GATT como um princípio fundamental em decorrência da insistência dos EUA (Cf. Michael Trebilcock & Shiva Giri, “The National Treatment Principle”. *International Trade Law, working Paper*, 17 de dezembro de 2003 (cópia com o autor), em 1-2).

sido objeto de controvérsias ao longo dos anos. O órgão de solução de controvérsias não tem sido bem sucedido em lidar com esta determinação. A sua retórica corriqueira tem sido no sentido de aplicar mecanicamente, o mais objetivamente possível, o teste da “similaridade” de produtos. Por outro lado, no litígio dos EUA contra o Japão, no caso de bebidas alcoólicas, empregou-se uma interpretação ampla e não mecânica do termo “similaridade”, apontando a necessidade de determinação de um “intuito ou efeito” protecionista da similaridade. Todavia, casos recentes refletem a retórica da abordagem objetiva, rejeitando a necessidade da determinação de “intuito ou efeito” para se definir a similaridade³⁶. Apesar desta retórica, o órgão de solução de controvérsias continua levando em conta considerações subjetivas na tentativa de distinguir entre medidas regulatórias *bona fide* e ilegítimas³⁷.

É irrelevante determinar se dois bens são “similares” para fins do imposto federal sobre a renda³⁸. Isto também é verdadeiro a respeito da segunda frase do artigo III:2 que estende o tratamento nacional a produtos não necessariamente similares, mas “que competem” com bens importados. Há quem tenha defendido a utilização de conceitos do direito concorrencial neste caso³⁹. Isto não deve afetar a irrelevância desta regra para a tributação direta nos EUA. Ademais, os mesmos dispositivos dos acordos de bitributação (especialmente o artigo 1(3)(b) do Modelo dos EUA) que foram discutidos em relação às regras de nação mais favorecida do GATT e do GATS devem aplicar-se neste contexto (*i.e.*, a regra no sentido de que, quando aplicáveis, os tratados tributários bilaterais sobrepõem-se ao GATS e operam paralelamente à obrigação do GATT, que provavelmente não é material neste contexto)⁴⁰.

No GATS, o artigo XVII determina o tratamento nacional dentro dos limites estabelecidos nos anexos de compromissos de cada estado membro. O artigo XVII:1 estabelece que o tratamento nacional aplica-se a todas as medidas que afetam a prestação de serviços. “Medidas” são definidas de forma ampla no artigo XXVIII(a), abrangendo leis, regulamentos, regras, procedimentos, decisões, decisões administrativas ou sob qualquer outra forma. O teste de discriminação é consequencialis-

³⁶ Robert E. Hudec, “GATT/WTO Constraints on National Regulation: a Requiem for an ‘Aim and Effects’ Test”, 32 *Int’l Law.* 619 (1998); Frieder Roessler, Beyond the Ostensible: “A Tribute to Professor Robert Hudec’s Insights on the Determination of the Likeness of Products Under the National Treatment Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade”, 37 *J. World Trade* 771 (2003); Donald Regan, Further, “Thoughts on the Role of Regulatory Purpose Under Article III of the General Agreement on Tariffs and Trade, A Tribute to Bob Hudec”, 37 *J. World Trade* 737 (2003). Cf. também Trebilcock et al., nota 35, *supra*, nota 87, item 17.

³⁷ Cf. Hudec (1998), *Id.*, especialmente 633-636.

³⁸ Mesmo que se interpretasse o artigo III como aplicável à tributação direta, não importaria tanto, pois a tributação direta não é normalmente utilizada para o protecionismo e, até agora, não ocorreu nenhum conflito que precisou de intervenção jurídica. Este quadro pode mudar se os países decidirem utilizar mais a tributação direta com o objetivo de obter vantagens no comércio. Realisticamente, isto provavelmente significará considerar uma guerra comercial e, sendo justo, parece bastante improvável, algo que não é uma questão no atual regime de tributação internacional da renda.

³⁹ Trebilcock et al., *supra*, nota 35.

⁴⁰ Veja a discussão na parte III, *supra*.

ta, na medida em que o “tratamento menos favorável” é determinado pelo efeito da medida em questão nas “condições de competição” em tela. A forma de tratamento dos serviços ou prestadores de serviços estrangeiros não é um indicador conclusivo de discriminação, reconhecendo-se que o tratamento formal idêntico pode ser discriminatório em alguns casos. Na negociação do GATS, os EUA propuseram a adoção de uma obrigação geral e vinculante de tratamento nacional para todos os serviços. Esta proposta não prevalecente levou ao atual sistema de obrigações baseado nos anexos, no qual os anexos dos EUA são os mais amplos. Na prática, prestadores de serviços estrangeiros geralmente são tributados nos EUA similarmente aos seus competidores nacionais, uma vez que a maioria deles opera um *trade or business*⁽⁴⁾ (ou “estabelecimento permanente”) nos EUA.

O artigo XIV do GATS aponta determinadas circunstâncias em que a discriminação se justifica para balancear o interesse em promover o livre comércio com outros valores conflitantes. Diversamente do artigo XX do GATT, ele faz referência, na letra (e), a “evitar a bitributação” como um destes valores conflitantes. Esta referência praticamente excepciona os acordos tributários bilaterais da obrigação de tratamento nacional do GATS⁴¹. Em nível procedimental, o artigo XXII do GATS requer que, para qualquer matéria relevante, seja feito um procedimento de consulta de boa-fé entre os Estados-membros, ou, alternativamente, com o órgão de solução de controvérsias ou com o Conselho para o Comércio de Serviços. O artigo XXII:3 complementa o artigo XIV(e), negando o direito de consulta ou de iniciar um procedimento de solução de controvérsias em relação a uma medida coberta por um acordo tributário bilateral⁴². Além disso, ele dispõe que, no caso de incerteza sobre se uma medida encontra-se dentro do escopo de um tratado tributário bilateral, a questão pode ser trazida perante o Conselho para o Comércio de Serviços, que deverá referi-la a uma arbitragem final e vinculante.

Um dos tratados tributários bilaterais dos EUA - com o Canadá⁴³ - inclui, no seu artigo XXIX:6, uma regra de coordenação com o artigo XXII do GATS. A regra prevê que uma medida se encontrará dentro do escopo do tratado se ela se referir a um tributo para o qual a cláusula de não discriminação do tratado tributário bilateral (artigo XXV) se aplique; ou qualquer outro tributo em relação ao qual outra regra do tratado tributário bilateral se aplique, mas apenas no limite de tal

⁽⁴⁾ Nota do tradutor: Pelo fato de *trade or business* ser um conceito legal do direito dos EUA, que define o limite mínimo para que a atividade de um não residente nos EUA configure a tributação da renda líquida de tal atividade (*i.e.*, nos moldes da tributação de um estabelecimento permanente), preferimos deixar a expressão em inglês.

⁴¹ O artigo XIV do GATS estabelece uma ressalva no sentido de que estas exceções não devem constituir um meio arbitrário ou uma discriminação injustificada entre os países. Esta ressalva não foi discutida nos EUA, até onde sabemos. Ela também parece redundante em vista da alínea (e), uma vez que a sua matéria deve ser um acordo internacional e, portanto, improvável que sirva como meio arbitrário ou discriminação injustificável contra um parceiro em acordo bilateral. Vale apontar que medidas domésticas equivalentes, medidas unilaterais para mitigar a bitributação, tais quais as regras americanas de crédito para o imposto estrangeiro, não são cobertas por esta exceção, mas é difícil imaginar como estas medidas poderiam ser consideradas discriminatórias contra prestadores de serviços estrangeiros em circunstâncias realistas.

⁴² Ou acordo internacional similar relacionado à mitigação da bitributação.

⁴³ Um acordo de 1980, conforme alterações realizadas pelo protocolo de 1995, artigo 17.

aplicação. Ela ainda estabelece que, apesar do disposto no artigo XXII:3 do GATS, qualquer questão relativa à interpretação da exceção supramencionada será resolvida por meio do mecanismo de procedimento amigável do acordo de bitributação, ou qualquer outro procedimento negociado pelas partes deste acordo, e não pela referência do Conselho para o Comércio de Serviços a uma arbitragem final e vinculante. Apesar do papel dominante dos acordos bilaterais tributários, ainda pode haver situações por eles não cobertas, seja por causa de seu escopo, ou pela ausência de um acordo entre os EUA e o país em questão⁴⁴.

3. *Subsídios às exportações*

Em nenhuma outra área o conflito entre os regimes de comércio e tributário internacionais é tão aparente quanto na seara dos subsídios tributários às exportações. Teoricamente, gastos governamentais diretos podem ser realizados na forma de benefícios fiscais, e vice-versa⁴⁵. Um subsídio direto às exportações, portanto, pode ser reproduzido por meio de um benefício fiscal às exportações. Subsidiar por meio do sistema de tributação da renda é, teoricamente, a mesma coisa que fazê-lo por qualquer outro método de tributação. Contudo, na realidade, os benefícios fiscais de imposto de renda às exportações não são um assunto simples e, portanto, não são comumente utilizados⁴⁶. Aqueles cuja probabilidade de utilização é maior geralmente são proibidos pela OMC⁴⁷.

A definição de “subsídio” da OMC encontra-se no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (“ASMC”)⁴⁸. Conforme o artigo 1, o termo “subsídio” inclui qualquer receita pública perdoadada ou não recolhida que, de outra forma, seria devida⁴⁹. Todavia, nem todos os subsídios são proibidos⁵⁰; apenas aqueles que são vinculados, de direito ou de fato, ao desempenho de exportação ou que discriminam as importações. Benefícios de tributos diretos às exportações naturalmente pertencem a este grupo. Ademais, o ASMC incorpora uma “lista ilustrativa” específica de medidas na definição de subsídios proibidos, incluindo algumas medidas relativas a tributos: “Isenção, remissão ou deferimento total ou parcial, concedido especificamente em função de exportações, de impostos diretos (...)”⁵¹. Este item é

⁴⁴ Os EUA têm uma relevante rede de acordos de bitributação, especialmente com países desenvolvidos, mas não é considerado um líder mundial nessa área. Para um bom resumo do atual status dos acordos de bitributação dos EUA, veja a análise constantemente atualizada em *Tax Mng't Int'l J.*

⁴⁵ Cf. David A. Weisbach e Jacob Nussim, *Jacob The Integration of Tax and Spending Programs* (2003), U. Chicago Law & Economics, *Olin Working Paper n° 194*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=442063>.

⁴⁶ Do mesmo modo que é difícil substituir tarifas por medidas de tributação da renda.

⁴⁷ A experiência mostra que os países não utilizam subsídios disfarçados veiculados por meio do imposto de renda.

⁴⁸ Diversamente do GATT e do GATS, neste respeito. As regras do ASMC estavam originariamente no GATT, mas foram separadas deste acordo na rodada de Tóquio, para passarem a constar do ASMC.

⁴⁹ Artigo 1:1(a)(1)(ii).

⁵⁰ Este grupo de *subsidies* sujeita-se a um procedimento sumário do Órgão de Solução de Controvérsias. Outros subsídios também podem ser “acionáveis” se eles afetarem adversamente os interesses de outro membro da OMC, mas eles não estão sujeitos ao procedimento sumário de solução de controvérsias. Outros subsídios não são acionáveis.

⁵¹ Anexo I, item (e), do ASMC.

explicado na nota de rodapé de número 59, que determina que: (1) se juros adequados forem cobrados sobre as receitas públicas diferidas, o diferimento não é um subsídio à exportação; (2) devem ser observados os preços *arm's length*, *i.e.*, ela sugere que um desvio deste padrão pode denotar um subsídio; e (3) medidas para evitar a bitributação de rendimentos de fonte estrangeira estão fora da análise de subsídios.

Esta nota de rodapé e o respectivo item da lista ilustrativa foram centrais para a saga dos casos DISC/FSC/ETI, que representam a controvérsia primária e mais avançada acerca do tema, relevante para o debate dos subsídios às exportações e especialmente para os EUA. Os casos tratavam todos de subsídios cujo vínculo às exportações era *de jure*. O vínculo *de facto* a um subsídio veiculado por meio de regra de tributação direta será difícil de ser aferido por meio dos métodos constantes da atual jurisprudência, uma vez que se requer a aplicação de um teste consequencial. As regras de preços de transferência e a tributação de empresas multinacionais apresentam os maiores desafios ao atual regime. Nestes contextos é extremamente difícil de identificar e medir as exportações.

Da mesma maneira que em outros acordos da OMC, o atual regime aplicável aos subsídios não dá qualquer direito de agir os particulares. Obviamente, as partes prejudicadas, tais quais competidores de empresas subsidiadas, podem exigir que os seus governos iniciem um procedimento, e podem, até mesmo, participar dos bastidores da solução de controvérsias. Por outro lado, um particular que se beneficie de um subsídio não tem qualquer obrigação de restituição e, naturalmente, não tem qualquer incentivo para participar da solução de controvérsias. Mais estranha ainda a um purista é a realidade de que, mesmo que se decida que um país tenha outorgado um subsídio proibido e não o tenha eliminado no prazo e da maneira determinados no procedimento de solução de controvérsias, ao país reclamante é permitida uma retaliação não necessariamente equivalente à restituição⁵². O resultado é que alguns particulares (subsidiados) do país que viola as regras de subsídio podem se beneficiar de tal violação e não pagar por isso, ou pagar apenas parcialmente mais tarde, e pode haver outros particulares no mesmo país que sofrerão as consequências das medidas de retaliação sem ter se beneficiado, de qualquer forma, da violação que originou a controvérsia. Este desequilíbrio é inerente ao regime de solução de controvérsias da OMC, que é baseado no equilíbrio de poderes e no potencial de efetiva retaliação. A OMC é um regime puro de direito internacional, e de modo algum similar a um regime de direito privado (*i.e.*, ele não requer a restituição dos subsídios proibidos, e exige apenas a correlação quantitativa, e não substitutiva, entre a retaliação e a violação). Estas considerações afetam a questão acerca da possibilidade de o Direito Tributário fundir-se com tal regime. O Professor Robert Green opinou negativamente, baseado no atual regime bilateral; o Professor Reuven Avi-Yonah respondeu com a observação de que de fato há uma urgente necessidade de ajustar e avançar, transformando o regime tributário internacional em um regime multilateral⁵³. Pode ser útil, para tanto, re-

⁵² Mas, cf. Jide Nzelibe, "The Credibility Imperative: the Political Dynamics of Retaliation in the World Trade Organization's Dispute Resolution Mechanism", 6 *Theoretical Inquiries in Law* 214 (2005).

⁵³ Joel Slemrod and Reuven S. Avi-Yonah, "(How) Should Trade Agreements Deal with Income Tax Issues", 55 *Tax L. Rev.* 533 (2002).

fletir acerca de quanto a tributação internacional constituiu direito internacional e quanto ela se funda no direito privado (e, claro, administrativo)⁵⁴.

III. O que está em Jogo? O Potencial Escopo do Comércio e do Tributo conflita: a Perspectiva dos EUA

O pequeno número de controvérsias e a satisfação geral com o atual *status quo* levou à presente doutrina, pouco desenvolvida. Não há escapatória da conclusão de que, porque os países não se preocupavam em praticar proteccionismo por meio de medidas de tributação da renda, não se preocuparam em trazer questões de tributação direta às negociações de comércio. Eles estavam politicamente satisfeitos com o *status quo* da não aplicação prática das regras da OMC a medidas de tributação direta. Contudo, esta satisfação provavelmente mudará em decorrência de uma série de acontecimentos, incluindo a decisão no caso FSC. Provavelmente, mais significativamente, o regime tributário internacional enfrenta novos desafios que exigirão a sua modificação material de qualquer forma. Antes de discutir os possíveis resultados de tais mudanças e de apresentar as possíveis soluções para a incoerência entre os dois sistemas, é útil mapear o potencial campo de batalha, a fim de entender o que está em jogo. Este tópico tenta fazer isso sob a perspectiva dos EUA. É possível, contudo, que várias das regras tributárias mencionadas sejam usadas na maioria dos países.

A. Nação mais favorecida

A violação potencial mais visível de uma obrigação de nação mais favorecida (hipotética) é a aplicação de diversas alíquotas de retenção na fonte sobre os diversos tipos de rendimentos cobertos pelos tratados tributários. Todo país que é parte de um acordo bilateral tributário comete tal violação. Alguns acordos até mesmo isentam de tributação determinados itens, se auferidos por residentes do país parte do tratado, enquanto outros tratados (equivalentes) não o fazem⁵⁵. Ademais, algumas regras dos acordos tributários utilizam alguns limites, substantivos e quantitativos, que devem ser ultrapassados para que se garanta o tratamento fiscal benéfico para determinados tipos de rendimento. Os tratados de vários países usam tipicamente diferentes limites para diferentes países⁵⁶. O exemplo clássico é a tri-

⁵⁴ Cf. também Reuven S. Avi-Yonah, “International Tax as International Law (2004)”, *U of Michigan Law, Public Law Research Paper* nº 41; *Michigan Law and Economics Research Paper* nº 4-7. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=516382>.

⁵⁵ Da mesma maneira, alguns tratados determinam a retenção na fonte sobre ganhos de capital (veja o acordo com a China), e outros não a permitem. Nos EUA, este caso é menos importante uma vez que os EUA não tributam na fonte os ganhos de capital. Esta é principalmente uma questão relativa a investimentos, mas uma leitura abrangente de outros acordos de comércio pode levar ao entendimento de que alguns dos efeitos proibidos pelo GATT e pelo GATS, por exemplo, poderiam ser similarmente atingidos em um esquema de investimentos.

⁵⁶ Um bom exemplo é a definição de Estabelecimento Permanente, que varia entre países, sendo que fatos idênticos podem resultar em tributação doméstica plena do Estabelecimento Permanente de residentes de um Estado contratante e nenhuma tributação doméstica dos EUA relativa a rendimentos empresariais dos residentes de outro Estado. O exemplo mais visível aqui é o período mínimo requerido para uma construção tornar-se um Estabelecimento Permanente, que é 12 meses no artigo 5(3) dos modelos da OCDE e dos EUA, bem como no acordo com o Reino Unido de 2001, por exemplo, mas, por outro lado, no acordo de 1999 com a Venezuela é de 183 dias em qualquer intervalo de 12 meses.

butação dos rendimentos de dividendos. Um exemplo mais sutil de tratamento diverso pelos tratados a rendimentos similares é aquele outorgado pelo artigo de “outros rendimentos”⁵⁷, presente em apenas alguns acordos bilaterais firmados pelos EUA. Em suma, os acordos bilaterais dos EUA apresentam a ausência de obrigação de os EUA outorgarem tratamento uniforme a todos os seus parceiros em acordos (*a fortiori* países que não têm acordo). Uma similar ausência de obrigação a tratamento similar é clara na legislação tributária interna, que permite certos benefícios a parceiros em acordos de bitributação, mas não a outros países, algumas vezes chegando a distinguir entre parceiros em acordos. Por exemplo, o novo regime de tributação de dividendos dos EUA permite benefícios de redução da tributação no contexto transfronteiriço, mas condiciona tal extensão à possibilidade de a sociedade distribuidora gozar dos benefícios de um tratado bilateral completo com os EUA (*i.e.*, um tratado que inclua um programa de troca de informações)⁵⁸.

B. Tratamento nacional

Esta parte discorre sobre as regras do *Internal Revenue Code* que podem ser consideradas como potenciais violações à obrigação de tratamento nacional dos EUA, se aplicadas à tributação direta⁵⁹. Algumas destas regras são comuns e espera-se encontrá-las em qualquer sistema de tributação da renda. Isto indica a dificuldade de sua revogação à luz de uma violação do comércio. Entre tais regras incluem-se: a “dedução padrão”, que não pode ser utilizada por não residentes, conforme dispõe os parágrafos 63(c)(6)(b) e 163(j), que é uma regra de subcapitalização - uma limitação que não se aplica a residentes⁶⁰; o regime de consolidação, que exclui as sociedades estrangeiras, conforme o parágrafo 1504(b), e outros.

Um caso especial interessante neste contexto é a tributação das transferências de tecnologia. Transações transfronteiriças de propriedade intelectual representam uma área subdesenvolvida das relações internacionais no âmbito da OMC. Todavia, o acordo da OMC relevante - o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (doravante “TRIPS”)⁶¹ - também requer, no artigo 3, uma obrigação de tratamento nacional. Ele determina que tal trata-

⁵⁷ Seguindo o modelo da OCDE, outros rendimentos são tributados apenas no Estado de residência. Se tal regra não constar de um tratado, ambos os estados de residência e fonte podem tributar estes rendimentos, ou o estado da fonte fica com a “primeira mordida”, e o estado de residência outorga um crédito referente a tal mordida. Veja o acordo de 1975 com Israel, que não tem tal artigo.

⁵⁸ *American Jobs Creation Act de 2004, supra*, nota 3.

⁵⁹ Isto não significa que elas não sejam justificáveis, ou que seja a opinião do autor que elas são efetivas violações. Cf. também Alvim C. Warren Jr., “Income Tax Discrimination Against International Commerce”, *54 Tax L. Rev.* 131, 2001, nota de rodapé 92, e para mais discussões sobre potenciais subsídios, cf. parte V, *infra*.

⁶⁰ Cf. Robert Green, “Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments: a comparison of the International Tax and Trade Regime”, *23 Yale J. Int'l L.* 79 (1998).

⁶¹ Note-se que os EUA têm consistentemente sustentado direitos de propriedade intelectual mais fortes, bem como a sua implementação na comunidade do comércio. O acordo TRIPS seguiu várias das convenções de propriedade intelectual que não conseguiram resolver a questão de forma satisfatória. A regra de tratamento nacional aqui não é nova e tinha sido incluída em outras convenções de propriedade intelectual - primariamente na Convenção de Berna, apesar de os EUA apenas recentemente terem aderido a esta convenção.

mento se aplique “com relação à proteção da propriedade intelectual” adicionando em nota de rodapé (nº 3) que “proteção” aqui “compreenderá aspectos que afetem a existência, obtenção, abrangência, manutenção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual”. Assim, teoricamente, é possível que a tributação discriminatória de propriedade intelectual seja proibida por este dispositivo. Em regra, os EUA tributam na fonte os *royalties* pagos a estrangeiros à alíquota de 30% (sobre o rendimento bruto). A alíquota é significativamente reduzida se um acordo tributário bilateral se aplicar. Considerando, no entanto, que a maior parte dos *royalties* é paga a residentes de parceiros de acordos, é difícil imaginar um argumento de que este tratamento é discriminatório sob o *standard* “não menos favorável” para a violação do tratamento nacional, especialmente à luz da aceitação mundial deste método de tributação de estrangeiros. Outra regra relevante pode ser a do parágrafo 881(a)(4) que tributa os ganhos decorrentes da venda ou troca de algumas propriedades intelectuais contingentes à produtividade, uso, ou disposição de tal propriedade intelectual a empresas estrangeiras de maneira similar à tributação dos *royalties* (desde que estes ganhos não estejam efetivamente conexos a um *trade or business* nos EUA). Em um contexto puramente doméstico, tais ganhos podem ser tributados a uma alíquota mais baixa de 15%, o que aumenta as chances de discussões acerca da discriminação em uma situação de ausência de tratado (tributação de 30% sobre o valor bruto). A não ser que seja utilizado no contexto dos paraísos fiscais, para os quais há maior possibilidade de serem suscetíveis à análise da OMC baseada em medidas de tributação direta, esta discussão torna-se imaterial⁶².

Outras regras que podem ser suspeitas de violar a obrigação de tratamento nacional podem ser necessárias para a efetiva operação do sistema de tributação da renda em um ambiente global de negócios e investimentos. Elas podem ser consideradas discriminatórias simplesmente porque é mais difícil, atualmente, cobrar tributos de estrangeiros, especialmente quando riscos de informação assimétrica prevalecem⁶³.

C. Subsídios

A categoria dos subsídios apresenta efetivas e correntes violações às regras da OMC. A mais óbvia é aquela dos casos DISC/FSC/ETI - as regras tributárias que subsidiavam as exportações nos EUA pelas últimas três décadas, as quais foram consideradas subsídios proibidos pela OMC. Não são, contudo, a única violação na categoria dos subsídios. Outros candidatos, que não estão em óbvia violação do atual esquema legal da OMC, poderiam ser encontrados na lista anual de notificações de subsídios, dada ao Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias de acordo com o artigo 25 do ASMC e o artigo XVI:1 do GATT. Os EUA têm tradicional-

⁶² Veja a análise de Slemrod and Avi-Yonah (2002), *supra*, nota 53.

⁶³ A não ser que uma regra claramente mais gravosa se aplique aos estrangeiros, é inerentemente árduo determinar a discriminação por este critério. Por exemplo, é compreensível que os estrangeiros achem mais gravoso fazer declarações em inglês, quando comparados aos seus competidores americanos. É difícil acreditar, contudo, que tal argumento possa indicar que há uma discriminação neste contexto.

mente emitido extensos relatórios para demonstrar seu apoio à crescente transparência na OMC. Uma longa lista de potenciais subsídios em nível subfederal também é anexada à notificação e inclui concessões de tributos diretos em quase qualquer nível, enquanto tais tributos ainda vigorem. Todos são subsídios, mas nenhum é contingente *de jure* às exportações. Um teste de contingência *de facto*, ou busca da rota de subsídios acionáveis, pode ser mais difícil. Contudo, sem tal profunda análise factual, os subsídios parecem nunca estar sujeitos a este teste.

D. Conclusão

Dada a quantidade de regras e dispositivos fundamentais que estariam em risco numa hipotética plena aplicação das regras da OMC à tributação da renda, uma conclusão provisória pode parecer devastadora a qualquer especialista em Direito Tributário. É difícil imaginar a revogação de todas estas regras, especialmente porque os sistemas de tributação da renda das maiores potências econômicas incluem regras idênticas ou similares. A incongruência entre estes dois regimes apresenta o risco real do colapso ao já sensível equilíbrio do regime tributário internacional. Ela também demonstra que seria praticamente impossível conciliar os regimes de comércio e tributário internacionais no curto prazo, sem reformar um ou ambos os regimes, o que é improvável e arriscado.

IV. Os Benefícios Fiscais deveriam sujeitar-se apenas às Regras da OMC?!

Um modelo de solução tenta reconciliar os regimes de comércio e tributário internacionais pela adoção de uma linha divisória aceitável (“jurisdição”). Este modelo de solução merece mais detida análise. A expressão “modelo de solução”, ao invés de “solução”, é usada neste contexto porque a premissa básica de possível conciliação ainda está sob questionamento, e não levou a qualquer proposta real conhecida. A premissa básica foi lançada pelo Professor Paul McDaniel na sua recente palestra *Tillinghast*⁶⁴, assim como pelo órgão de apelação da OMC - ainda que implicitamente - na sua decisão do caso ETL. O modelo discutido nesta parte é delineado para os propósitos deste artigo a partir da palestra do Professor McDaniel. Ele propôs, ainda que no contexto mais limitado dos subsídios às exportações, que se siga uma lógica similar ao mecanismo doméstico conhecido como orçamento de benefícios fiscais (que é a razão para a referência deste artigo a este modelo de solução como a “solução dos benefícios fiscais”). A ideia deste modelo é erigir uma linha divisória entre os regimes de comércio e tributação internacionais que “designa” (divida) a jurisdição sobre as medidas tributárias em questão. As chamadas medidas tributárias puras não estariam sujeitas às regras da OMC, enquanto todo o restante (*i.e.*, benefícios fiscais) estará plena e exclusivamente sujeito às regras da OMC. Praticamente, isto significa que estas últimas medidas perdem o abrigo do regime de Direito Tributário internacional e as exceções especiais para medidas de acordos tributários bilaterais, como a nota de rodapé nº 59⁶⁵.

⁶⁴ Paul R. McDaniel, The David R. “Tillinghast Lecture: Trade Agreements and Income Taxation: Interactions, Conflicts, and Resolutions”, *57 Tax L. Rev.* 275 (2004).

⁶⁵ Cf., *supra*, item III.B.3.

Este tópico leva a abordagem do Professor McDaniel além de seu escopo original⁶⁶, e a analisa como um possível modelo para completa conciliação entre os regimes de comércio internacional e tributação internacional. A conclusão alcançada é que tal modelo de solução é insatisfatório e indesejável. A chave para o sucesso deste modelo de solução é a nossa habilidade de facilmente identificar uma linha divisória clara, que deveria ajudar-nos a rotular todas as medidas tributárias como “medidas puras”, imunes à análise da OMC, ou como benefícios fiscais. O mero direcionamento do debate a esta dicotomia é contraproducente se ele não produzir resultados mais claros e desejáveis. O Professor McDaniel sustenta (para a sua hipótese) que a linha divisória deveria ser o sistema tributário “normativo” ou “parâmetro”, que possui, ele conclui, as características desejáveis.

O modelo de solução dos benefícios fiscais baseia-se em algumas suposições. Primeiro, para cada país há um sistema “normativo” de tributação da renda facilmente identificável e não controverso que pode ser usado como parâmetro para estes propósitos. Em segundo lugar, será fácil, na maior parte dos casos ao menos, identificar os desvios do parâmetro. Deve ser suficientemente simples para o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC identificar tais desvios sem muita controvérsia. Em terceiro lugar, tais desvios serão incluídos no orçamento de benefícios fiscais de cada país, ou mecanismo similar. Os países devem ao menos concordar em produzir orçamentos de benefícios fiscais justos, usando o “correto” (incontroverso) parâmetro, e considerar que eles serão utilizados não apenas para fins de monitoramento político interno, mas também para fins de conformidade às regras de comércio internacional. Em quarto lugar, o modelo não só presume que um sistema de tributação da renda parâmetro pode ser identificado para cada país, mas que países diferentes terão parâmetros diferentes, o que não desestabilizará internamente o regime de comércio internacional. Ademais, se estas diferenças afetarem de modo indesejável outras interações entre os países em questão, o modelo presume que estes efeitos não serão suficientemente significantes para serem considerados uma ameaça externa à estabilidade do regime de comércio internacional pelos países negativamente afetados (demandando renegociação dos outros acordos, por exemplo). Em quinto lugar, o modelo presume que é desejável fortalecer o papel da OMC e seu Órgão de Solução de Controvérsias por meio da definição explícita (e ampliativa) de sua jurisdição sobre tributos diretos (a qual não os atingiu até então, conforme demonstrado na parte II *supra*), ou que os membros da OMC estão em claro acordo sobre a divisão estabelecida pela solução dos benefícios fiscais. Esta presunção implícita inclui um acordo para sujeitar questões de tributos diretos (benefícios) ao procedimento “legalista” de solução de controvérsias da OMC. Finalmente, a solução dos benefícios fiscais presume, é claro, que é superior a soluções alternativas, mesmo que nem todas as premissas apontadas acima sejam realistas.

⁶⁶ Ele não critica, portanto, um ponto específico que o Professor McDaniel faz em sua palestra. O autor concorda com o ponto do Professor McDaniel e os seus resultados. A discórdia é sobre a metodologia e a sua implicação para um escopo mais amplo do que aquele originariamente proposto pelo Professor McDaniel.

A. Orçamento de benefícios fiscais

Para efetivamente refutar as premissas apontadas acima, é necessário iniciar pela apresentação do conceito de benefício fiscal da maneira pela qual ele é atualmente utilizado no processo orçamentário doméstico. Três dimensões, as quais às vezes competem, afetaram a evolução do orçamento de benefícios fiscais dos EUA e o debate acadêmico e profissional sobre a sua interpretação e conveniência⁶⁷. A primeira e mais óbvia dimensão é o provimento de informações acerca do lado tributário do orçamento, que promove transparência governamental e um processo orçamentário mais correto, principalmente por meio da comparação de diferentes exercícios orçamentários. Esta é a dimensão que gera menos discussões, uma vez que é difícil sustentar que menos dados é melhor do que mais dados sobre o assunto. Isto é verdade desde que os montantes estimados não sejam contabilizados como se representassem números equivalentes àqueles de gastos diretos. A segunda dimensão tenta fazer exatamente isso. Ela utiliza esses números para comparar programas de benefícios fiscais com aqueles de gastos diretos, seja com propósito político (“mostrar o dinheiro”), ou com uma genuína exploração da conveniência de qualquer dos programas. Finalmente, a terceira dimensão, puramente política, é a crença de que, geralmente, programas de gastos não devem ser realizados por meio do *Internal Revenue Code*.

Muitos criticaram o orçamento de benefícios fiscais, parcialmente em bases conceituais - rejeitando a nossa habilidade de concordar com um sistema parâmetro, ou nossa habilidade de produzir estimativas em moeda que sejam úteis para quaisquer fins, e parcialmente devido à cínica e dissimulada exploração política do orçamento pelas várias administrações (Democratas e Republicanas)⁶⁸. O debate sobre a conveniência do orçamento de benefícios fiscais vai além do escopo deste artigo e não será, portanto, aprofundado.

No entanto, a crítica levantada é aceitável no que concerne à sua aplicação e utilização como um modelo de solução para a conciliação dos regimes de comércio e tributário internacionais. A primeira dimensão do orçamento de benefícios fiscais (transparência e provimento de informações) é axiologicamente neutra em princípio, e não tem consequências legais. É juridicamente irrelevante, portanto, para fins deste artigo. Esta assertiva também é verdadeira quanto à comparação apolítica entre programas de benefícios fiscais e gastos diretos. Não há bom ou mau *per se*. Enquanto a solução dos benefícios fiscais pode resultar em algumas medidas tributárias sujeitarem-se às regras da OMC e por elas serem consideradas ilegais, outras podem estar imunes a tal análise. A adoção de tal solução, que designará consequências jurídicas a tal determinação, inevitavelmente corromperá a retidão e suposta objetividade de tais dimensões. As dimensões políticas do debate dos benefícios fiscais são *a fortiori* irrelevantes para o nosso problema. É difícil

⁶⁷ Cf., e.g., Daniel Shaviro, “Rethinking Tax Expenditures and Fiscal Language” (Setembro de 2003). *NYU Law School, Public Law Research Paper* nº 72; e NYU, Ctr. for *Law and Business Research Paper* nº 03-20. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=444281>; Julie Roin, “Truth in Government: Beyond the Tax Expenditure Budget”, *54 Hastings L. J.* 603 (2003).

⁶⁸ Cf., e.g., Boris I. Bittker, “Accounting for Federal ‘Tax Subsidies’ in the National Budget”, *22 Nat’l Tax J.* 244 (1969).

conceber que alguém apoiará a intervenção da OMC sobre o debate extremamente doméstico acerca do tamanho desejável do governo dos EUA.

B. Os casos DISC/FSC/ETI

A mais importante intervenção da OMC na política doméstica de tributação da renda é encontrada, como já mencionado, nos casos acerca dos subsídios tributários às exportações dos EUA. Esta saga compreende três casos consecutivos e intimamente relacionados, que devem ser lidos em conjunto para nossos fins. O órgão de apelação decidiu o mais importante segmento do trio em fevereiro de 2000. Decidiu-se que o regime FSC constituía um subsídio proibido sob o artigo 3:1(a) do ASMC. O regime FSC, que entrou em vigor em 1984, substituiu o regime das *Domestic International Sales Corporations* (doravante “DISC”), que determinava o diferimento sem prazo da tributação de uma porção dos rendimentos de exportações dessas empresas⁶⁹. As regras DISC foram imediatamente contestadas pela Comunidade Europeia e, em 1976, determinou-se que elas contradiziam as obrigações assumidas pelos EUA sob o artigo XVI:4 do GATT⁷⁰. Ao mesmo tempo, os EUA contestaram alguns dos regimes territoriais de tributação (da renda) europeus. O painel (do GATT) também desaprovou tais regimes, mas, em 1981, após um acordo ser alcançado com os EUA, o conselho do GATT aprovou tais sistemas em uma decisão que serviu como um mapa *de facto* para a elaboração da legislação FSC como parte da reforma veiculada pelo *Tax Reform Act* dos EUA de 1984⁷¹. O regime FSC seguiu os mesmos propósitos do regime DISC, tentando ajustá-lo à linguagem da opinião do Conselho que permitiu a não tributação da renda extraterritorial. Ele isentava uma parte da renda (relacionada a exportações) de fonte estrangeira de sociedades americanas da tributação americana, que se aplicaria de acordo com o parâmetro americano de tributação da renda mundial. A Comunidade Europeia esperou 13 anos até contestar este segundo regime, em novembro de 1997; contestação esta seguida de requerimento oficial, em 1º de julho de 1998, para um painel de solução de controvérsias, baseado nas violações dos artigos 1.1, 3.1(a) e da lista ilustrativa do ASMC. O painel emitiu um parecer final contra os EUA, em 8 de outubro de 1999, entendendo que as regras FSC constituíam um subsídio às exportações inconsistente com o ASMC. A apelação dos EUA foi rejeitada em 24 de fevereiro de 2000⁷². Em resposta, os EUA adotaram um terceiro regime, o regime ETI, que foi desenvolvido para conformar-se com a decisão e que possuía consequências similares ao regime FSC⁷³. Ele anunciava incorporar

⁶⁹ Parágrafos 991-997, na forma em vigor em 1971. O regime DISC não foi revogado de plano, mas limitado, deixando em vigor o regime das DISCs sobre taxas de juros (Cf. Robert Fleischreiber & Margaret Kent, “Using Formal Agreements to Achieve DISC Benefits”, *33 Tax Mgn't Int'l J.* 303 (2004)).

⁷⁰ “United States Tax Legislation (DISC)”, *Report of the Panel*, 30 de Julho, 1973, GATT B.I.S.D. (23ª Supp.) 98.

⁷¹ *Tax Legislation*, 7-8 de Dezembro de 1981, GATT B.I.S.D. (28ª Supp.) 114.

⁷² “United States - Tax Treatment for ‘Foreign Sales Corporations’”, *Report of the Appellate Body*, ¶179, WTO Doc. WT/DS 108/AB/R (24 de fevereiro de 2000).

⁷³ “The Foreign Sales Corporations Replacement and Extraterritorial Income Exclusion Act”, *Pub. L.* 106-519 (2000). Para uma análise concisa das regras ETI, cf. Ernest R. Larkins, “Extraterritorial Exclusion Replaces FSC Regime: Mirror Rules, Broader Spectrum”, *12 J. Int'l Tax* n° 22 (2001).

(os agora permitidos) aspectos territoriais no regime de tributação universal dos EUA⁷⁴. A União Europeia prontamente respondeu, arguindo que as regras ETI não estavam de acordo com a decisão do caso FSC. Foi aberto um painel que decidiu contra os EUA em 20 de agosto de 2001. Os EUA apelaram, mas a apelação foi rejeitada em todos os seus argumentos pelo Órgão de Apelação, em 14 de janeiro de 2002. Os EUA, então, deram por perdida a batalha, mas a não revogação do regime pelo Congresso americano levou à retaliação pela União Europeia, em 1º de março de 2004⁷⁵. Finalmente, os EUA assumiram a derrota.

Talvez o aspecto mais importante desta decisão final seja a sua firme adoção da lógica de que cada país tem um sistema tributário normativo “básico” que pode ser estabelecido como um parâmetro para a análise de uma medida específica em relação à qual há a suspeita de ser um subsídio tributário; um desvio deste parâmetro indicaria (na linha de raciocínio do Órgão de Apelação) um subsídio, uma vez que, tecnicamente, o tributo seria “devido, a não ser pela medida em questão”, que é o teste que se usa para identificar tal desvio. Ademais, o Órgão de Apelação enfatizou o elemento eletivo no regime ETI, decidindo ele garantia que o contribuinte (optante) pagaria um montante tributário necessariamente menor que o montante “devido”, ausente a opção pelo regime ETI.

A segunda linha de raciocínio é uma variação da primeira, mas é importante notar a retórica do Órgão de Apelação, tentando mostrar uma prova “matemática” numa área do direito em que tal órgão é claramente ignorante. O Órgão de Apelação ignora o uso abundante de opções nos sistemas de tributação da renda. Por exemplo, a chamada eleição *check-the-box* que permite uma empresa americana tratar as suas subsidiárias estrangeiras como entidades transparentes para fins de tributação dos EUA e vice-versa (tratar filiais como subsidiárias para fins de tributação americana). É provável que tal opção tenha efeitos positivos sobre os exportadores americanos. A bem da verdade, seria difícil provar a dependência direta em relação às exportações, mas é improvável que se imagine sujeitar esta regra à jurisdição exclusiva da OMC.

C. A solução dos benefícios fiscais é insatisfatória

A parte mais problemática do argumento a favor da solução dos benefícios fiscais é o sistema parâmetro de tributação da renda ser óbvio e facilmente identificável, com ampla aceitação (ao menos em princípio). Mesmo no contexto doméstico, vários tributaristas proeminentes, mais notadamente o Professor Boris Bittker, duvidavam seriamente da possibilidade de um consenso, mesmo entre as melhores cabeças para o Direito Tributário nos EUA. Além disso, até mesmo na elaboração dos orçamentos de benefícios fiscais é possível notar que o tesouro e o JCT publicam versões separadas e (sim) diferentes baseadas em diferentes parâmetros.

⁷⁴ Os EUA declararam que o regime ETI não era apenas um substituto para o regime FSC, mas uma efetiva reforma do sistema tributário americano para incluir aspectos territoriais (Cf. *Opening Statement of the U.S., remarks by deputy secretary Dam in the ETI appeal*).

⁷⁵ O regime ETI foi finalmente revogado em 1º de janeiro de 2005, com algumas regras de transição ainda debatidas, pelo *American Jobs Creation Act, supra*, nota 4 (Cf. *Council Regulation (EC) 2193/2003* de 8 de Dezembro de 2003 para a retaliação).

Como, então, alguém pode seriamente sustentar que estrangeiros sem o menor conhecimento sobre Direito Tributário, *a fortiori* Direito Tributário internacional americano⁷⁶, serão capazes de fácil e satisfatoriamente atingirem um consenso?! O caso ETI, como entendido pelo Órgão de Apelação, que ainda está tentando “aparar as arestas” e seguir esta lógica falha, serve de bom exemplo destas dificuldades. Esta tentativa falhou, e o Órgão de Apelação recorreu a um menos ambicioso “teste de cheiro”. A aplicação de um “teste de cheiro” geral, que praticamente incorpora tanto um teste consequencial quanto um teste baseado no intuito - nenhum dos quais foi adotado na retórica do Órgão de Solução de Controvérsias - pode ser prático no presente ambiente de poucas medidas de tributação direta conflitantes com a prática jurídica da OMC, mas tal teste não ajuda a entender melhor o significado de um tributo “devido, a não ser pela medida em questão”⁷⁷.

Uma vez que se percebe que é difícil concordar sobre um sistema parâmetro, não é complicado entender que identificar claramente os desvios de tal parâmetro pode ser impossível. Os desvios são relativos por definição⁷⁸, e não podem ser satisfatoriamente medidos ou servir como orientação pública sem um claro consenso acerca do sistema parâmetro. Pode-se arguir que a utilização do orçamento de benefícios fiscais de cada país pode ser uma solução simples para o problema da identificação dos desvios. Esta também é a terceira presunção discutida anteriormente. Esta não é, contudo, uma solução satisfatória. Muitos países ainda não têm orçamentos de benefícios fiscais. Os países que o adotaram o utilizam de várias maneiras diferentes e baseando-se em premissas diversas. Ademais, em países como os EUA, onde o Tesouro e o Congresso (JCT) publica diferentes orçamentos, pode ser difícil decidir qual deles utilizar. Considerando as respostas dos países a uma regra que utilize os seus orçamentos de benefícios fiscais para determinar a jurisdição da OMC a suas medidas de tributação direta, deve-se presumir que os países tentarão contornar este problema e mudar os parâmetros de seus orçamentos de benefícios fiscais para reduzir o risco de intervenção da OMC. Isto inevitavelmente será contraproducente.

Preocupações similares colocam dúvidas sobre a quarta premissa mencionada acima. É razoável presumir que os países diferirão em sua velocidade e intensidade de reação em relação à solução dos benefícios fiscais, se adotada. Alguns podem até mesmo pensar que a importância doméstica de seus orçamentos de benefícios fiscais excede as implicações internacionais e, por isso, recusarem a mudar o seu atual sistema - mostrando vontade para brigar no âmbito da OMC, se e quando um caso problemático surgir. Este cenário, como os EUA descobriram no caso

⁷⁶ Os nossos sistemas de tributação da renda são todos híbridos, todos desviam da definição econômica de renda de Schanz-Haig-Simmons, sendo ao menos em grande parte, mas não completamente, baseados na realização. Veja também a discussão em Daniel I. Shaviro, “An Efficiency Analysis of Realization and Recognition Rules Under the Federal Income Tax”, *48 Tax L. Rev.* 1 (1992).

⁷⁷ Infelizmente, no caso, os EUA não apresentaram um método alternativo e coerente, a não ser pelo pedido ao Órgão de Apelação para recorrer ao sistema dos próprios países.

⁷⁸ Isto é inerente a qualquer definição legal deste tipo, e particularmente a definição de subsídio como “receita pública perdoada ou não recolhida” necessariamente significa que a receita era “devida, a não ser pela medida em questão”, de modo que a última expressão é apenas repetitiva e redundante, e, portanto, não requer uma análise separada.

ETI, não é meramente teórico. O problema aqui é que se a solução dos benefícios fiscais for adotada, os países que sofrerem com isso podem querer buscar “compensação”, ou uma alteração no equilíbrio anteriormente acordado. Tal sentimento atualmente prevalece nos EUA em relação à derrota no caso ETI⁷⁹. Esse reequilíbrio pode ser indesejável, uma vez que ele pode causar o ressurgimento de questões cujo acordo já tinha sido custoso. Certamente esses efeitos “dinâmicos” devem ser levados em conta antes da adoção desta solução.

D. A solução dos benefícios fiscais é indesejável

Este artigo não é apenas cético quanto à capacidade da solução dos benefícios fiscais em conciliar os regimes tributário e de comércio internacionais; a sua conveniência também é duvidosa. O supramencionado risco não calculado que o modelo de solução gera para a estabilidade do regime de tributação internacional é apenas um problema. O aspecto mais fundamental da solução dos benefícios fiscais é a identificação do parâmetro. O sistema - na verdade dois sistemas - atualmente utilizados nos EUA são constantemente debatidos. Ainda assim, eles representam um sistema de tributação da renda politicamente aceito e prático, e não um sistema puro, ou economicamente normativo. No contexto doméstico, o uso do orçamento dos benefícios fiscais é considerado útil desde que ele não seja visto como preparado para medir precisamente os itens que relaciona, mas apenas pela própria exposição de tais itens. Ademais, ele também é visto como uma ferramenta útil para manter registro das tendências de despesas ao longo de períodos de tempo⁸⁰. Na maior parte dos casos, não há qualquer condenação normativa em ter um benefício fiscal ao invés de um gasto direto.

Isto é substancialmente diferente ao se definir um “subsídio”, uma vez que qualquer desvio do parâmetro é um “subsídio” e, sendo a preferência fiscal vinculada às exportações, ela é (automaticamente) proibida. A adoção da solução dos benefícios fiscais misturará política doméstica (algumas vezes disfarçada como considerações econômicas) com política internacional. Esta seria uma solução aceitável se fosse uma solução para um problema de maximização, mas não é. A tentativa de se aproveitar do orçamento doméstico de benefícios fiscais para identificar violações internacionais às regras da OMC apenas trará como resultado um orçamento doméstico de benefícios fiscais ainda mais corrompido. Tal resultado não pode ser desejável, a não ser que se acredite que a destruição do orçamento de benefícios fiscais é desejável⁸¹. Ademais, a necessidade de recorrer ao orçamento de benefícios fiscais mostra que a interpretação e aplicação das regras da OMC para

⁷⁹ Alguns sustentam inclusive que a Comunidade Europeia resolveu litigar os casos FSC em resposta à sua derrota em vários casos na OMC, principalmente o caso das Bananas. Cf., e.g., Gary Clyde Hufbauer, *The Case of Mutating Tax Incentives: How Will the DISC/FSC/ETI Drama End?* 2002 WTD 67-5 (Apr. 8, 2002); Gary Clyde Hufbauer, *The Foreign Sales Corporation Drama: Reaching the Last Act?* 2002 WTD 230-18 (novembro de 2002).

⁸⁰ Roin (2003), *supra*, nota 67.

⁸¹ É necessário notar que não é claro que isto levará ao desaparecimento do orçamento de benefícios fiscais e, de qualquer modo, ainda que se apoie tal destruição, não é certo que esta seja a maneira mais eficiente para realizá-la. Estas posições parecem ter acolhimento na atual administração, conforme demonstrado em sucessivas manifestações.

tributação direta é problemática e nada clara. Se não o fosse, simplesmente se realizaria tal aplicação. Novamente, este problema é ilustrado no caso ETI, quando mesmo após a aceitação dos EUA da lógica de se recorrer ao orçamento de benefícios fiscais⁸² (nos casos de claros e óbvios subsídios às exportações internacionalmente conhecidos), o Órgão de Solução de Controvérsias não conseguiu colocá-la em uso, recorrendo ao mencionado “teste do cheiro”. O Órgão de Solução de Controvérsias estava desesperado para valer-se de “algo” com algum traço de objetividade, razão pela qual ele orbitou retoricamente ao redor do orçamento de benefícios fiscais, evitando fornecer qualquer orientação jurídica útil. Ainda, é provável que os países sem orçamentos de benefícios fiscais sejam economias em transição ou em desenvolvimento⁸³. A elaboração de um procedimento orçamentário confiável nestes países pode ser crucial para as suas chances de manter um regime político estável. Mexer com estes esforços para estes fins parece de plano indesejável.

Sensibilidades políticas são especialmente problemáticas quando se trata da OMC. Apesar das conquistas recentes, a rodada de Doha ainda está parada, e os sentimentos anti-OMC ainda são fortes ao redor de todo o mapa político. A quinta premissa relaciona-se com esta realidade. Parece improvável que os países apoiarão atualmente uma expansão de poderes da OMC.

Ademais, sujeitar a tributação direta às regras da OMC significa sujeitá-la ao procedimento de solução de controvérsias da OMC e a sua abordagem “legalista”, que é em si indesejável, conforme apontado por Robert Green em um dos primeiros artigos escritos acerca desse tópico⁸⁴. O Professor Green salientou as relevantes diferenças entre os regimes de comércio e tributário para sustentar a continuidade do procedimento amigável do atual regime de tributação internacional para a solução de controvérsias tributárias, em contraste à abordagem “legalista” da OMC.

V. Coordenando os Regimes de Comércio e Tributário Internacionais

Como ficou claro a partir da análise acima, este artigo duvida da possibilidade de conciliar os atuais regimes de comércio e tributário internacionais. Manter o atual *status quo*, contudo, é muito arriscado⁸⁵, e não necessariamente a única opção disponível - as políticas destes dois regimes internacionais em dinâmica evolução poderia ser coordenada de uma maneira apta a prevenir conflitos sérios que brequem o avanço destes regimes - ao menos no curto prazo. No longo prazo, uma solução mais completa e permanente poderia ser buscada, mas tal solução, muito provavelmente, envolverá a séria reestruturação de um ou de ambos os regimes internacionais em questão, e sai, portanto, do escopo deste artigo. Ademais, este artigo não tenta prover uma receita detalhada acerca de tal coordenação. Ao invés disso, ele busca convencer o leitor de que a coordenação é um método de solução

⁸² Veja mesmo os argumentos iniciais dos EUA, considerações do secretário Dam na apelação do caso ETI, *Apelate Body Report*, *supra*, nota 2.

⁸³ Todos os países da OCDE adotaram orçamentos de benefícios fiscais no final do século.

⁸⁴ Green (1998), *supra*, nota 60.

⁸⁵ Os casos FSC não estão sozinhos como casos de subsídios às exportações veiculados por meio do imposto de renda - a China também utiliza o seu tributo sobre a renda extensivamente para o protecionismo. Veja, *e.g.*, Daniel Pruzin, *BNA's WTO Reporter*, *U.S. Questions Array of Chinese Subsidies In Notification Circulated to WTO Members* (outubro de 2004).

viável a estes regimes atualmente conflitantes. O artigo fornece algumas observações que podem ajudar na elaboração de uma efetiva solução; uma que deve ser especificamente elaborada pelos governos no curso normal das negociações dos regimes em questão. A saga FSC serve como uma lição importante para quem elaborar qualquer modelo de solução relevante. Em primeiro lugar, ela demonstra que o protecionismo por meio da tributação da renda não é apenas teórico. Note-se que um argumento de que os subsídios tributários às exportações dos EUA seriam únicos, bem como aceitáveis como tais no contexto do acordo a que se chegou entre a União Europeia e os EUA em relação ao sistema DISC e os sistemas de isenção europeus, não se sustenta após as claras decisões da OMC contra os EUA e a firme insistência da União Europeia em fazer valer tais decisões. Esta lição complementa e concretiza o argumento teórico feito acima, no sentido de que o protecionismo por meio da tributação da renda é esperado em uma realidade na qual é negada aos governos a plena autoridade (e flexibilidade) sobre a maioria das medidas de política econômica.

Outra lição clara a partir da leitura das decisões no caso FSC é que as atuais regras da OMC e a prática do Órgão de Solução de Controvérsias são incapazes de lidar com casos de tributação da renda. Apesar de algumas referências diretas a tratados de tributação da renda nas fontes primárias da OMC, não há qualquer doutrina desenvolvida ou outra jurisprudência que poderia ter assistido o painel e o Órgão de Apelação na decisão do mais fácil dos casos (os casos FSC). Ao invés disso, eles perderam-se em meio a jurisprudência não relacionada e chegaram ao resultado inevitável sem um firme amparo legal - sustentado pela verborragia que, na verdade, configurou o típico “teste do cheiro”⁸⁶. Por exemplo, na decisão do caso ETI⁸⁷, o Órgão de Apelações repete a retórica do caso FSC e a decisão do painel no caso ETI acerca do significado de “receita devida, a não ser pela medida em questão” - deve-se citar trecho no mínimo divertido: “ (...) o mero fato de as receitas não serem ‘devidas’ de uma perspectiva tributária não determina que tais receitas não sejam ‘devidas a não ser pela medida em questão’, conforme o significado (...) do ASMC”⁸⁸. O Órgão de Apelação estava desesperado para sustentar o resultado que precisava alcançar, baseando-se na doutrina “legalista” comum, e ele realmente o faz, apesar da falta de sentido em seu raciocínio. Mesmo se levássemos a citação acima a sério, duas dificuldades materiais surgiriam. Primeiro, o Órgão de Apelação sugere que a doutrina tributária (ou os seus termos de arte neste caso - o termo de arte central, de fato, já que o assunto em tela ainda é o imposto de renda) não guarda intersecção com as regras da OMC. Tais regras nem mesmo dependem de definições e conceitos tributários, ainda que a questão sob análise seja o imposto de renda. Esta implicação ainda demonstra tanto a incongruência entre os regimes de comércio e tributário internacionais, quanto a falta de habilidade do

⁸⁶ Para (provavelmente) o melhor exemplo desta tentativa, veja a nota de rodapé 66 da decisão do Órgão de Apelação no caso ETI - *supra*, nota 2.

⁸⁷ A decisão do painel no caso ETI, *supra*, nota 2.

⁸⁸ *Id.*, parágrafo 88. Nota do tradutor: no original - “(...) the mere fact that revenues are not ‘due’ from a fiscal perspective does not determine that the revenues are or are not “otherwise due” within the meaning (...) of the SCM agreement”.

Órgão de Solução de Controvérsias para lidar com questões de imposto de renda. Em segundo lugar, o Órgão de Apelação demonstra a falta de entendimento acerca do sistema de tributação da renda moderno, que é construído a partir de um emaranhado de normas, algumas conflitando e outras se complementando; normas estas que não podem ser explicadas por uma única grande teoria, sendo que algumas podem anexar-se aos sistemas em razão de lógica obscura (às vezes invisível). No entanto, o Órgão de Apelação insiste em impor às partes (aos EUA, no caso) a presunção de que deve haver um parâmetro normativo definido, em relação ao qual é possível comparar a medida sob análise⁸⁹. No máximo, a existência de tal parâmetro normativo é discutível⁹⁰, e é inquestionavelmente muito difícil identificá-lo - o próprio Órgão de Apelação reconhece a dificuldade em sua decisão⁹¹. É claro que o Órgão de Apelação desejou sustentar a sua decisão com uma fonte perceptivelmente objetiva, e, é claro, a existência de um parâmetro normativo facilmente identificável o auxiliaria nesse sentido. No entanto, na realidade, o Órgão de Apelação insistiu em construir o seu raciocínio jurídico sem bons fundamentos e expôs tanto a insuficiência do atual direito da OMC em lidar com questões tributárias, quanto o seu próprio desconforto com tais questões - desconforto que surge da clara falta de experiência com o assunto em questão. O significado de tal falta de experiência é a terceira lição a ser tomada dos casos FSC. Enquanto lidavam com a difícil tarefa de forçar um resultado óbvio dentro da duvidosa moldura doutrinária, o painel e o Órgão de Apelação provaram mais uma vez a sua falta de expertise tributária. Além disso, vale notar alguns outros exemplos: primeiro, as decisões devotaram alguma atenção ao aspecto eletivo do regime ETI, concluindo que, ausente a opção, haveria tributo “devido”⁹². Isto é nominalmente verdadeiro pela natureza da opção, mas esta será, é claro, a consequência de qualquer opção no contexto de um imposto de renda (onde opções são utilizadas com frequência)⁹³. A familiaridade com o desenho normal dos impostos de renda evitaria que o painel e os membros do Órgão de Apelação tivessem debatido este ponto irrelevante; se a preocupação é com o protecionismo, então o ponto acerca da opção não adiciona nada, apenas tem valor retórico - não é difícil perceber que a opção pelo regime ETI poderia ser reestruturada como uma regra não opcional aplicável apenas àqueles que dela se beneficiam, e ainda assim seria claramente um subsídio proibido às exportações.

Outro conceito fundamental para as regras de tributação da renda é o conceito de “fonte”⁹⁴. Este conceito é exclusivo a questões de tributação internacional e o seu propósito é dividir a renda entre as jurisdições que possam ter competências tributárias sobrepostas sobre um determinado rendimento. A prática tributária internacional comum dá a cada rendimento a característica de rendimento de

⁸⁹ *Id.*, parágrafo 89.

⁹⁰ Veja, *supra*, na parte sobre a discussão do orçamento de benefícios fiscais.

⁹¹ *Id.*, parágrafo 90.

⁹² *Id.*, parágrafos 103-104.

⁹³ A conveniência do uso de tais opções pode ser discutível em alguns casos, mas isto é irrelevante para o ponto ora defendido e vai além do escopo deste artigo.

⁹⁴ As regras de fonte são discutidas mais detidamente em Reuven S., Avi-Yonah, U.S. *International Taxation - Cases and Materials* (Foundation Press, 2001), capítulo 2.

fonte “estrangeira” ou “doméstica”. A consequência de tal designação pode ser a possibilidade de algum meio para mitigar a bitributação - mas tais meios são concedidos (universalmente) apenas a rendimentos de fonte estrangeira. As regras de fonte determinam qual país (comumente chamado de país da fonte) tem direito à “primeira mordida” na tributação do rendimento. Tal “mordida” é geralmente limitada por regras internacionais. As regras de fonte também determinam que a outra jurisdição (comumente chamada de país da residência) terá o direito residual para tributar determinado rendimento (*i.e.*, é o país que outorga o meio para mitigar a bitributação); ele deve considerar a “primeira mordida” permitida ao país da fonte. Há várias e diferentes regras de fonte que facilitam tais determinações acerca dos diferentes tipos de rendimento (uma para rendimentos da atividade empresarial, uma para dividendos etc.). O Órgão de Apelação ignora o papel destas regras de fonte, sem discussão - ele recorre ao dicionário ao observar que “no seu uso comum, a palavra ‘fonte’ pode se referir ao lugar onde algo se origina, e as palavras ‘fonte’ e ‘origem’ podem ser sinônimas”⁹⁵. Note-se que enquanto “origem” é um importante conceito no que tange aos tributos indiretos, ele não tem significado na área dos tributos sobre a renda - ele simplesmente não pertence. Imediatamente após esta discussão linguística simples e até hesitante, o Órgão de Apelação estranhamente chega à seguinte conclusão: “Nós consideramos, portanto, que a palavra ‘fonte’, no contexto da quinta frase da nota de rodapé 59, tem significado similar a origem e se refere ao lugar onde o rendimento é auferido.”⁹⁶ Esta conclusão é contraditória, além de incorreta. É potencialmente contraditória porque origem e o lugar onde o rendimento é auferido não são necessariamente o mesmo lugar. Por exemplo, a origem do rendimento decorrente da venda de um bem manufaturado poderia ser o local da manufatura, enquanto o rendimento poderia ser auferido em outro lugar - no país em que estão os direitos de propriedade, por exemplo. É incorreta porque a fonte não é nenhum dos dois. Na hipótese acima, por exemplo, a fonte do rendimento poderia ser um terceiro país, onde o adquirente final reside⁹⁷. A discussão sobre fonte surgiu no contexto da nota de rodapé nº 59, que excepciona as medidas para evitar a bitributação de rendimentos de fonte estrangeira⁹⁸. O conceito de dupla tributação é historicamente relevante no campo da tributação da renda, mas não tem forte significado normativo. O seu significado aceitável serve como um ponto de partida útil, em relação ao qual os países baseiam as suas normas de divisão da renda e, na maior parte dos casos, os seus acordos para mitigar a excessiva tributação que poderia obstaculizar as transações transfronteiriças. Ademais, hoje é sabido que a subtributação também afeta as tran-

⁹⁵ *Id.*, parágrafo 137. Nota do tradutor: no original - “(...) in ordinary usage, the word ‘source’ can refer to the place where a thing originates, and that the words ‘source’ and ‘origin’ can be synonyms”.

⁹⁶ Nota do tradutor: no original - “We consider, therefore, that the word ‘source’, in the context of the fifth sentence of footnote 59, has meaning akin to origin and refers to the place where the income is earned.”

⁹⁷ Cf. *Treas. Reg.* parágrafo 1.861-7(c).

⁹⁸ O Órgão de Apelação complicou a sua análise ao aprofundar-se nesta medida, utilizando conceitos tributários e exemplos claramente não relacionados. A crítica à linguagem de toda a decisão excede, contudo, o escopo deste artigo e os exemplos apontados não são completos, mas apenas ilustrativos.

sações internacionais e pode criar ineficiências similares⁹⁹. A dificuldade de utilizar o conceito de dupla tributação e a sua incompreensibilidade não são culpa do Órgão de Apelação. Na verdade, ela esclarece a falha na referência feita pela nota de rodapé nº 59 - outra indicação de incongruência entre os regimes de comércio e tributário internacionais. O Órgão de Apelação errou, contudo, ao aplicar o conceito mecanicamente, sem referência aos princípios subjacentes que guiam as (consistentemente convergentes) normas de tributação internacional atualmente¹⁰⁰. Essas lições sustentam o ponto do Professor Green sobre a inconveniência de submeter o regime tributário internacional à abordagem legalista do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC - as decisões no caso FSC provam o seu ponto. Assim, qualquer tentativa (tal qual o modelo de solução conceitual apontado no item IV) de conciliar o regime tributário internacional com o regime de comércio internacional de uma maneira que requeira a sujeição de medidas de tributação da renda ao controle exclusivo do Órgão de Solução de Controvérsias é indesejável. No entanto, é sabido que não há total escapatória das regras da OMC e sua jurisprudência; o regime tributário internacional não pode evoluir a ponto de permitir, e servir como um porto seguro para violações claras de obrigações incontestáveis de membros da OMC. Este artigo sustenta que o único modo de conciliar essa dificuldade é requerendo a consulta desses dois regimes internacionais. Os mecanismos não legalistas de solução de controvérsias do regime tributário internacional podem acomodar essa demanda por ora; é muito mais difícil fazê-lo do modo inverso, devido às formalidades às quais o *quasi*-tribunal Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, deve obedecer. A designação primária de tais disputas ao regime tributário internacional é, portanto, mais prática. Outro recente acontecimento oferece lições complementares. Ainda que apenas incidentais ao tema e certamente decorrentes de diferentes motivações, os embates entre os vários sistemas domésticos de tributação direta dos Estados-membros da União Europeia e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) podem servir de aviso para os proponentes de soluções que tentam sujeitar tributos sobre a renda às regras da OMC, ou - na verdade - a qualquer outro direito supranacional que não seja construído com atenção específica para a política de tributação da renda. Em resumo, os Estados-membros europeus concordaram em deixar a tributação da renda fora do escopo de harmonização da união. Apenas algumas medidas foram harmonizadas desde então¹⁰¹, e mesmo em relação a estas medidas permitiu-se que os Estados-membros as implementassem de acordo com os seus ritmos¹⁰². Uma tentativa de harmonizar a tributação das sociedades na Europa, por exemplo, não pros-

⁹⁹ Cf. Lang (2003), *supra*, nota 9.

¹⁰⁰ Admite-se que uma ainda grande maioria de especialistas tributários também se refere à bitributação como se fosse um termo com significado doutrinário. Até mesmo os tratados de imposto de renda são comumente chamados de acordos de bitributação. Assim, este é provavelmente um exemplo menos problemático da insuficiência da análise do Órgão de Apelação.

¹⁰¹ Senda as diretivas mãe-filha e sobre fusões e aquisições as mais notórias. Para um resumo oficial do estado atual das coisas, veja <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26036.htm>.

¹⁰² A diretiva sobre fusões e aquisições, por exemplo, cf. Diretiva do Conselho 90/434/EEC de 23 de julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-membros diferentes, disponível em <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l26039.htm>

perou, apesar do forte apoio de importantes instituições¹⁰³. A resistência dos governos dos Estados-membros é compreensível se se considerar o escopo das atuais limitações às políticas econômicas destes governos. As políticas monetárias são, na maioria dos casos, sujeitas à União Monetária Europeia. Políticas financeiras (o tamanho do *déficit* especificamente) são restringidas pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento¹⁰⁴. Tributos indiretos (primariamente o IVA na Europa) são virtualmente harmonizados¹⁰⁵; a seguridade social e os gastos estão sob enorme pressão. O imposto de renda tornou-se uma das poucas medidas que os governos podem usar, relativamente livres, para implementar as suas políticas econômicas. Mesmo esta medida, contudo, é fortemente limitada pela globalização econômica¹⁰⁶. O TJCE entrou nesta realidade e recentemente tentou implementar uma abordagem *quasi*-constitucional, determinando a revogação de certas medidas de tributação da renda que distinguiam entre cidadãos e outros europeus para fins de imposto de renda¹⁰⁷. A abordagem do tribunal tem se baseado nas chamadas quatro “liberdades” europeias¹⁰⁸, especialmente a liberdade de estabelecimento. A partir de uma leitura extensiva de tais liberdades, o tribunal parece rejeitar exclusivamente medidas domésticas de tributação da renda sob o argumento de interferirem com o mercado único. Isto parece razoável na teoria; na prática, contudo, conflita com a supramencionada impotência dos governos europeus em implementar medidas nacionais de política econômica. Não é claro o quão severa será a reação dos governos dos Estados-membros a esta tendência. Este artigo não avalia a conveniência desta tendência na Europa, mas enfatiza que se um país concordar acerca da sua sujeição a *standards* gerais (as chamadas liberdades europeias, ou, em nosso caso, as regras gerais de não discriminação da OMC) sem as necessárias precauções, deve-se preparar para a possibilidade de as suas leis serem interpretadas em sentidos não

¹⁰³ Para informações recentes sobre esta situação, cf., e.g., Joe Kirwin, *Marks & Spencer Case Demonstrates Need for Common Tax Base in EU*, Official Says, BNA's International Tax Monitor (fevereiro de 2005) (citando, na condição de anonimato, um oficial da Comissão da UE apoiando a harmonização da base de cálculo e avaliando se seria melhor atingir este resultado diretamente, por meio da negociação dos estados membros, ou por pressão de uma decisão do TJCE nesse sentido).

¹⁰⁴ Resolução do Conselho Europeu sobre o Pacto de Estabilidade e Crescimento (Amsterdã, 17 de junho de 1997) (*Official Journal C 236* de 02.08.1997). Disponível em <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l25021.htm>.

¹⁰⁵ Cf. Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios - sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável de uniforme. Disponível em http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=377L_0388.

¹⁰⁶ Cf. Reuven S. Avi-Yonah, “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *113 Harv. L. Rev.* 1573 (2000).

¹⁰⁷ Cf., e.g., J. David B. Oliver, “The David R. Tillinghast Lecture. Tax Treaties and the Market State”. *56 Tax L. Rev.* 587 (2003).

¹⁰⁸ Cf., e.g., *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, disponível em <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33501.htm>. Acerca da atitude jurisprudencial do tribunal, cf., e.g., re: Manninen, Caso C-319/02, disponível em <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&doj=doj&numaff=&datefs=&datefe=&nomusuel=manninen&domaine=&mots=&resmax=100> (condenando o sistema de imputação finlandês, que não estendia os benefícios à renda auferida em outros países, com base na liberdade de capitais).

acordados anteriormente e mesmo a despeito de acordos expressos em sentido contrário. O caso da União Europeia é diferente da OMC, que não tenta realizar um “mercado único”, mas a dinâmica é similar. Apesar da crítica acima, este artigo não é essencialmente cético quanto à OMC. Pelo contrário, ele deseja viabilizar o sucesso da OMC em sua missão, e não “descarregar” nela os efeitos de tudo que se relaciona ao comércio (especialmente a tributação, sendo uma área politicamente sensível, tecnicamente complexa e que é relativamente bem regulada atualmente). O sucesso do presente regime de Direito Tributário internacional não deve ser ignorado. Isto é especialmente relevante se se levar em conta que os profissionais militantes da área tributária são notadamente conservadores e avessos a mudanças; ademais, os tributos são tidos pelos governos como um dos símbolos fundamentais de suas soberanias, em tempos em que a força da soberania se esvai e esta noção, anteriormente absoluta, transforma-se em noção relativa¹⁰⁹. Pode-se sustentar que o Professor McDaniel ainda está correto ao observar que os regimes de Direito Tributário e de comércio internacionais não conflitam necessariamente, ainda que o modelo de solução dos benefícios fiscais não seja praticável ou desejável. É possível, teoricamente, aprofundar a incongruência entre estes dois regimes e formalmente excluir todas as medidas de tributação da renda do escopo das regras da OMC e seu procedimento de solução de controvérsias. Esta regra não resolverá o problema e dará aos países uma carta branca (e um específico e explícito incentivo) para explorar os seus sistemas de tributação da renda para fins protecionistas. Tal exploração seria imune ao exame internacional, apesar dos efeitos diretos que gera no fluxo de comércio internacional. Ademais, ela cria incentivos problemáticos nos sistemas de tributação da renda domésticos, que podem trazer ineficiências indesejáveis. Qualquer tentativa de referência a produtos ou setores específicos afetará comportamentos e resultará em novas ineficiências. Assim, deveria ser mantida alguma supervisão relacionada ao comércio sobre o regime de Direito Tributário internacional. O atual *status quo* é insustentável não apenas por causa da ausência de qualquer direcionamento, mas também porque o atual regime tributário internacional terá de mudar em um futuro próximo; não é claro se um novo equilíbrio poderia ser atingido de uma maneira similar ao atual. A conveniência deste novo equilíbrio também é imprevisível. Um cenário provavelmente desejável é que o regime tributário internacional desenvolva-se para a criação uma organização tributária internacional. Tal organização serviria, ao menos, como um foro global de política tributária, com alguma autoridade em interpretação. O processo de crescente coordenação internacional de políticas de tributação da renda é determinista; ele deve gerar uma crescente, se não formal, harmonização de princípios¹¹⁰. É aí que se pode observar a possibilidade de incorporação de *standards* relacionados ao comércio internacional como, por exemplo, a mudança do escopo da já aceita obrigação de não discriminação - intimamente relacionada ao princípio de “tratamento nacional” da OMC. Outra regra óbvia poderia ser a proibição

¹⁰⁹ Para uma discussão interessante sobre a questão por um especialista renomado, cf. Saskia Sassen, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*. Columbia University Press, 1999.

¹¹⁰ Brauner (2003), *supra*, nota 16.

de subsídios tributários às exportações. É inconcebível que regras de nação mais favorecida possam ser incorporadas a esta solução no curto prazo, mas é possível imaginar várias medidas possíveis com o mesmo espírito, especialmente limites mínimos e máximos de alíquotas, harmonização, ou o estabelecimento de um escopo restrito de possibilidades de limites a alíquotas preferenciais que pode resultar em uma consequência *de facto* próxima a uma regra de nação mais favorecida. Outro benefício decorrente desta solução é que ela provavelmente gerará um regime tributário mais coeso (comparado com o atual regime tributário internacional) do que uma solução externa. Uma solução que requeira regras no nível da OMC provavelmente seguirá a atual divisão entre comércio de bens, serviços, investimentos etc. Estes acordos separados não são necessariamente coordenados e ainda estão em diferentes etapas de sua evolução; isto pode tornar difícil qualquer tentativa de incorporar o imposto de renda a estes acordos de uma maneira efetiva e igual. Finalmente, livrar a OMC do desafio de regular tributos sobre a renda será uma medida bem vinda em um momento em que a organização encara sérios desafios políticos na sua busca para completar a rodada de Doha. Sendo uma matéria extremamente política, a responsabilidade pelos tributos sobre a renda apenas prejudicaria os esforços da OMC em alcançar o seu objetivo.