

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

Política de Tratados em Matéria Tributária para Países Emergentes *Vis-à-vis* Países Desenvolvidos e em Via de Desenvolvimento*

Claudio Sacchetto

Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de Torino. Advogado.

Resumo

Este trabalho revitaliza estudos sobre as relações tributárias internacionais entre países como forma de (re)definir o papel das convenções para evitar a dupla tributação, tomando como base as assimétricas relações entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, suas economias e os modelos atualmente utilizados nos tratados internacionais tributários, objetivando determinar novas bases negociais a partir do atual contexto econômico internacional e verificar os impactos destas convenções nas economias de cada um dos países envolvidos.

Abstract

This work is aimed to revitalize the studies of the international tax relationships between countries as a form to (re)define the role of the Double Taxation Convention, taking as base the asymmetrical relations between develop and least develop countries, their own economies and the models for international double taxation conventions, aiming, from this study, determine new negotiial grounds departing from the current international economic status and verify the impacts of these conventions on the economy of the involved countries.

“... que a fartura de uns supra a penúria dos outros” (São Paulo - Segunda carta aos Coríntios).

Parte I - Introdução

O tema que me foi confiado pode ser descrito como de elevada atualidade no qual se destacam dois tópicos como prioritários. O primeiro vincula-se à viagem do Papa Bento XVI à África em 2009¹, na qual se propôs como não passível de dilação o enfrentamento da disparidade planetária entre os países ricos, desenvolvi-

* Tradução: Jonathan Barros Vita.

¹ Deve ser compreendida como errônea a visão daqueles que pensam que a economia de mercado necessita de uma quota de pobreza e de subdesenvolvimento para poder funcionar eficientemente. É de interesse do mercado promover a emancipação! A justiça distributiva deve ser integrada no processo de produção de riqueza. No original: “È da ritenersi errata la visione di quanti pensano che l'economia di mercato abbia bisogno di una quota di povertà e di sottosviluppo per poter funzionare meglio. È interesse del mercato promuove l'emancipazione! La giustizia distributiva va integrata nel processo stesso di produzione della ricchezza.” (Bento XVI. *Caritas in Veritate*)

dos, e países pobres, em via de desenvolvimento, nos quais há um abismo no papel não secundário no desenvolvimento das respectivas políticas fiscais. A conjuntura atual das regras tributárias que regem as relações tributárias internacionais baseia-se em relações de força, normalmente distantes de objetivar aspectos de eficiência, neutralidade e equidade dos tributos. Neste campo, um papel dos tributos ignorado pelos políticos e estudiosos, pois coberto da tecnicidade da matéria tributária que impede a compreensão da origem e finalidade aos quais estes institutos devem servir, é, em última análise, os seus fins econômicos e sociais.

O segundo motivo é mais primorosamente científico. O tema oferece a oportunidade de rever e repensar alguns dos conceitos e instrumentos fundamentais da fiscalidade internacional sob os quais se concentram a melhor doutrina tributária internacional que, desde sempre, veem como suficiente pensar no papel das convenções internacionais para evitar a dupla tributação vinculado ao estudos dos critérios de distribuição da imposição tributária, a dicotomia dos elementos de conexão através da fonte ou residência², entre outros³, sem ocorrer a estes autores dar um novo papel a estas convenções, com objetivos não tão limitados a esta eliminação da dupla tributação, mas também um papel de redistribuição de renda, uma forma de *policy*⁴, de ajuda aos países em via de desenvolvimento não somente em termos de subsídios, mas como forma de permitir que estes países atinjam a sua autossuficiência.

Parágrafo 1º - Premissas metodológicas e definições dos termos adotados: os países em desenvolvimento

Antes de adentrar em uma matéria complexa como aquela tratada neste trabalho, necessário se faz elucidar claramente qual a definição dos termos utilizados.

A primeira questão é o que deve se compreender por países em via de desenvolvimento e, correlativamente, países desenvolvidos. A primeira ideia a ser exposta seria determinar o que se compreende ou qual o critério adotado para definir a noção de desenvolvimento econômico, porém, tratando-se de questões de enorme complexidade e de competências específicas, remete-se aos clássicos da Economia do Desenvolvimento, ainda que pessoalmente condividamos a tese daqueles que creem que hoje o desenvolvimento de um país é medido pela potencialidade de promover as inovações tecnológicas mais elevadas, além do fato de possuir matérias primas, capitais e, sobretudo, elevada cultura técnica.

² R. Doernberg define o problema central da tributação internacional como: "Potential double taxation arises because one country claims taxing authority based on the residence (or citizenship) of taxpayer and another country claims taxing authority based on where the income arise." (*International Taxation*, 6ª ed., 2004, p. 6)

³ Uma doutrina aguda sublinha que o discurso sobre as reformas fiscais não é somente visto como: "as a part to achieve a higher quality of life for sall poeple bu also it is a part iof the way in wich the developed world reproduces itself as developed", como dito em: Miranda Stewart. "Global Trajectories of Tax Reform; Mapping Tax Reform in Developing and Transition Countries". *Social Science Research Network Eletronic Library*, reasaerc paper n. 29, Melbourne Faculty of Law, 2002.

⁴ Nota geral do tradutor: o uso de expressões inglesas no corpo do trabalho é típico da doutrina italiana para se alinhar a nomenclatura utilizada no Direito Tributário internacional e foram propositadamente mantidas, mesmo em caso da existência de equivalentes no português.

Retornando à noção dos países em via de desenvolvimento, nota-se subitamente que as classificações destes países possuem pontos de referência descritivos diversos e, frequentemente, são orientadas ideologicamente. Fala-se de: países menos desenvolvidos no sentido de nações com recente industrialização (como no exemplo de Singapura); nações menos desenvolvidas como aquelas do Saara africano e de outras nações asiáticas ou da América do Sul (Peru, Chile etc.); países emergentes; *transitions countries*; países não membros da OCDE; de terceiro mundo; do Sul do Mundo; entre outras qualificações.

O limite de todas estas definições é que descreve aspectos particulares de uma realidade que é sempre instável e dinâmica. Ainda, os indicadores são limitados, parciais e não generalizáveis, a exemplo, tomando como referência um país como a Índia sobre o qual pode se dizer, ao mesmo tempo, por certos aspectos, país em via de desenvolvimento, mas, por outros, como no campo da informática, um país desenvolvido, ou, ainda, que não se dê conta de certos componentes da sua economia que não são contabilizáveis como recursos não materiais⁵.

A necessidade de possuírem qualificações predefinidas não se vincula somente a finalidade científica, mas, também, operativa, pois a estes caracteres são adicionadas posteriormente as medidas econômicas e fiscais consequentes, que devem ser as mais generalizáveis possíveis⁶, porém, evidentemente, direcionadas a sujeitos que apresentam estas características e possuem situações que são remediáveis com estas medidas.

Para os nossos fins, pode ser útil a vinculação referida à qualificação de *emerging countries*, expressão que sublinha a característica de que aquele país possui notáveis potencialidades econômicas, como recursos naturais, e possuiem atitudes ou vontade de melhorar os *standards* de desenvolvimento como aqueles de países desenvolvidos. Ainda, a distinção entre os países em via de desenvolvimento e os países desenvolvidos pode ser reconduzida a duas grandes variáveis:

1) Se um país é importador de capital; se depende dos capitais estrangeiros para o desenvolvimento de sua economia; se os capitais investidos em sua economia são de maioria estrangeiros de estrangeiros, constituindo-se em um *net capital exporting country*; ou se seus ganhos de capitais são investidos *offshore*. Adicionalmente, se seus habitantes investem mais no exterior que no próprio país.

2) Uma característica típica dos *emerging countries* é aquela de haver modificado mais de uma vez o seu sistema tributário nos últimos anos com a finalidade específica de atrair investimentos estrangeiros e/ou implementar políticas de ocupação interna⁷.

⁵ Segundo o *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*. United Nations, New York, 2003: "The designations 'developed' and 'developing' economies are intended for statistical convenience and do not necessarily imply a judgment about the stage reached by a particular country or area in the development process."

⁶ Margalioth Yoram. "Tax Competition, Foreign Direct Investment and Growth: using the Tax System to promote Developing Countries". *Virginia Tax Law Review*, 2007.

⁷ Wijnen e Magenta. "The United Nation Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries in Practice". *BIFD*, 1997, p. 574; BIRD. Além de: *Tax Policy and Economic Development*, Harvard, 2003.

Parágrafo 2º - Tax treaty policy e o papel das convenções para evitar a dupla tributação

Outro termo típico no contexto estudado é o de *tax treaty policy*, expressão que possui uma natureza técnica complexa. Simplificando para os fins deste trabalho, pode ser dito que a política internacional em matéria tributária, quanto aos fins, não se diferencia daquela interna de obter receitas tributárias de modo eficiente e com equidade. Cada Estado deve possuir uma política fiscal internacional que seja dependente de motivações internas (riqueza interna, história, cultura etc.) e externas (circunstâncias políticas internacionais, sistemas de alianças e, naturalmente, e por via oposta deve por em perspectiva os interlocutores com os quais concorre)⁸. Estes objetivos inserem-se no âmbito internacional, devendo ponderar alguns *standards* internacionais já muito bem aceitos em nível econômico e jurídico, como o *princípio da neutralidade*, ou seja, aquele que consiste em não encorajar ou desencorajar uma atividade particular, mas deixando espaço para que os Estados possam fazer políticas de adequação diferenciada como aquelas que são inspiradas na *capital import neutrality* (CIN) ou na *capital export neutrality* (CEN), além do *princípio da eficiência e da equidade*. Tratam-se, obviamente, de critérios abstratos que não são nunca aplicados na prática de modo puro.

Quanto aos meios ou instrumentos da política fiscal internacional, estes são aqueles de tipo interno e regulados através das normas de Direito Tributário Internacional e de Direito Internacional Tributário, estas primariamente através convenções para evitar a dupla tributação, ainda mais aquelas bilaterais e que são, historicamente, o instrumento por excelência para implementar a política fiscal internacional⁹. O objetivo primário das convenções foi aquele de evitar a dupla imposição jurídica e, hoje, também, aquela econômica, que através dos tempos foi sendo agregada, com graduações diversas, as cláusulas de elusão e evasão fiscal internacionais.

De um ponto de vista geral, as convenções para evitar a dupla tributação foram o instrumento que, juntamente com outros, permitiu o desenvolvimento da economia internacional típica do século passado e a simplificação dos relacionamentos entre Estados e operadores de diferentes Estados, além de, no campo em que se ocupa, seguramente possuírem algum mérito na alforria dos países em via de desenvolvimento, ainda que com alguns limites que se relacionam, mesmo que indiretamente, aos tratados em si, mas as políticas fiscais dos países desenvolvidos ou, mais precisamente, como estes países são tratados pelos países ou pelas empresas multinacionais.

As primeiras negociações das convenções dos países em via de desenvolvimento eram direcionadas a solicitar que nos tratados fossem eliminadas, *efetivamente*, a dupla imposição compreendida como carga tributária total da soma dos dois Estados bilateralmente vinculados. A exigência primária era aquela de evitar obstáculos aos negócios internacionais na perspectiva de atrair investimentos estrangeiros.

⁸ Este aspecto da bilateralidade e da força contratual evidencia aquilo que a doutrina do Direito Internacional Tributário chama da natureza contratual das convenções internacionais em matéria tributária, como dito em: K. Holmes. "International Tax Policy and Double Tax Treaties". *IBFD*, 2007, pp. 54 e ss.

⁹ Sobre estes aspectos, reenvia-se ao nosso trabalho: Claudio Sacchetto. "Diritto Tributario. Convenzioni Internazionali (ad Vocem)." *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2008.

Porém, e aqui chegamos ao *core* deste argumento, os acordos para evitar a dupla tributação refletiram, no início, de maneira evidente, na sua estrutura e nas técnicas adotadas, a diferença entre países ricos e pobres. A polarização de tais contraposições é bem representada pela dicotomia pelos Estados que adotavam e ainda adotam o princípio da territorialidade ou da fonte, de fato os países em via de desenvolvimento, e aqueles estados que se inspiravam e se inspiram no princípio da residência ou cidadania, os países exportadores de capitais ou desenvolvidos¹⁰. Neste ponto, a literatura é vastíssima e se dispensa a citação, pois é reconhecido por todos que a contraposição entre estes dois critérios se inscreve como uma das causas principais da dupla imposição.

O princípio da fonte ou da territorialidade foi o que guiou a *fiscal policy* dos países em via de desenvolvimento na estipulação dos termos dos tratados, como *policy* de defesa da matéria impositiva interna e internacional, conquanto há elemento de conexão com o próprio território¹¹. Uma das principais dificuldades nestes primeiros acordos, mesmo aqueles assinados pelo Brasil, foi aquela de conciliar a posição da tributação na fonte em função de não aumentar os investimentos estrangeiros, porém mantendo aqueles já realizados em seu território¹².

Esta contraposição é consagrada nos dois principais modelos de convenção para evitar a dupla tributação, o da OCDE e o da ONU, inspirados, respectivamente, na residência e na fonte.

Em uma época mais recente, entre os objetivos das convenções tem-se também aquele de favorecer os países pobres com a previsão e inclusão de alguns mecanismos como as cláusulas de *Tax sparing* ou aquela *Tax matching clause*, dispositivos tidos como forma de preservar o esforço de contrabalançar as medidas de redução da tributação interna empreendidas pelos países em via de desenvolvimento a fim de atrair capital de investimento estrangeiro, do qual se tratará no parágrafo seguinte.

Parágrafo 3º - O modelo de Convenção da OCDE e da ONU e as cláusulas específicas tax sparing clause e tax matching clause

Dado que o parágrafo precedente esclareceu a função e natureza das convenções, a experiência evidenciou que, depois da Segunda Guerra Mundial, com a abertura da economia mundial, o modelo de convenção da OCDE funciona, quer seja em termos de eficiência, seja em termos de equidade, somente se o fluxo do comércio e dos investimentos entre os dois contraentes seja genericamente balanceado e em equilíbrio, porém isto não ocorre nos tratados entre os *developing* e *developed countries*, nos quais as vantagens são somente *one way* como será demonstrado em breve, malgrado os relevantes corretivos aportados.

¹⁰ Como obra que traz uma reconstrução fundamental desta história: Luís Eduardo Schoueri. "Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira". *Conferência sobre a História dos Acordos de Bitributação*. Rust, Áustria, julho de 2008.

¹¹ Claudio Sacchetto. "Princípio de Territorialidad en Materia Tributaria". *El Tributo y su Application Perspectiva para el Siglo XXI - Iladt 2006-2008*.

¹² Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.*

Parágrafo 3º, 1 - O modelo ONU

O modelo OCDE governou o sistema das regras das convenções em matéria tributária e, ainda hoje, é o ponto de referência mesmo para os países em via de desenvolvimento. As razões do seu domínio não podem ser reconduzidas ao fato de que a OCDE agrupa as principais e mais potentes economias mundiais e segue os *standards* econômicos internacionais, lembrando que quase todas as grandes instituições econômicas internacionais ratificam as suas decisões em matéria fiscal (exemplo: OMC/WTO). A sua força estende-se ainda que se considerem os Estados que, formalmente, não aderiram à OCDE como o Brasil, mas seguem o seu modelo. O modelo OCDE não possuía, nem ainda possui, todavia, como dizem os especialistas, um adequado tratamento dos interesses fiscais dos países em via de desenvolvimento, ainda que tenha recebido intervenções nas discussões de países não membros como o Brasil, com suas específicas exigências. Indicativas destas intervenções são algumas modificações na disciplina dos estabelecimentos permanentes, em matéria de *royalties*, dividendos, entre outros em favor do Estado da fonte.

Nasce, nos idos de 1980, podendo dizer-se da costela do modelo OCDE (90% das regras do modelo de convenção da ONU são baseadas no modelo OCDE), mas em alternativa a este, o modelo ONU¹³, acompanhado do seu relativo comentário, que perfaz uma linha de pensamento e de pedidos que são vinculadas aos anos pós-bélicos dos idos de 1945 com a vigente, naquela época, Sociedade das Nações. Como sublinha Schoueri: “O modelo da ONU, como uma tentativa de conciliação entre ambos os grupos, que, entretanto, ao se basear no modelo da OCDE, mais figura como concessões aos estados da Fonte, sem por isso revelar *uma nova concepção*.”

O Modelo ONU foi atualizado em 2001 e 2008 e teve sucesso naqueles países em via de desenvolvimento, mas, também, em certos países desenvolvidos. Este modelo ONU diferencia-se daquele da OCDE em poucos, mas significativos aspectos. Sinteticamente, este modelo ONU garante mais direitos de imposição ao Estado da fonte ou importador de capital que o modelo OCDE. Neste trabalho não é possível enumerar, analiticamente, todas as diferenças¹⁴, bastando, como exemplo, citar as modificações da noção e dos elementos estruturais do *Permanent establishment*, que possui como mínimo de presença do investimento no exterior mais baixa que o modelo OCDE para reconduzir à jurisdição da fonte atividades que, em uma presença mais longa, fugiriam desta imposição. No mesmo sentido, as diferenças na determinação dos componentes positivos e negativos dos lucros deste estabelecimento permanente ou como na medida do *withholding tax* dos dividendos e *royalties* que fluem dos países em via de desenvolvimento que é, relativamente ao modelo OCDE, mais elevada.

O objetivo é garantir que os países em via de desenvolvimento recebam sobre qualquer vantagem do beneficiário da participação ou do proprietário do va-

¹³ Kusters, “The United Nations Model Tax Conventions and its Recent Development”, *APTB*, pp. 9 e ss., e IFA Seminar, *Double Tax Treaties Between Industrialized and Developing Countries*. The Hague, 1990.

¹⁴ Sobre este ponto remete-se aos estudos de: M. Lentard. “The UN Model Tax Convention as Compared with the OECD Model Tax Convention - Current Points of Difference and Recent Development”. *Asia Pacific Tax Bulletin*, 2009.

lor dos intangíveis. A realidade mostra, adicionalmente, que muitos Estados seguem, nas suas políticas tributárias convencionais, soluções mistas para se adequar ao princípio da territorialidade, mas, também, ao modelo OCDE. Mesmo nas relações entre países em via de desenvolvimento, a escolha não é exclusiva e são verificadas escolhas em favor de outro modelo. Em caso emblemático, neste sentido, é aquele da Índia que segue o Modelo OCDE com países em via de desenvolvimento, de qual grupo faz parte, e aquele da ONU com os países desenvolvidos. Esta sobreposição de modelos e critérios acabou por abrir o flanco para as críticas segundo as quais se chegou a um estado de grande confusão por conta da soma entre os dois modelos e respectivas derivações e *mix* entre os dois, cujo resultado foi a criação de uma grande falta de homogeneidade. Não é por acaso que alguns países desenvolveram seus próprios modelos, ainda que com afinidades com os dois clássicos, como México e Venezuela. O consenso geral das críticas sobre o modelo ONU trata do ponto que a aplicação deste não gerou maiores vantagens¹⁵. Ainda, se censura que, na revisão de 2001, inexista o *tax sparing credit*, e do *corresponding adjustment* do art. 9 da OCDE, porém, nenhum nega que o número de convenções entre os países em via de desenvolvimento a partir de 1990 tenha aumentado notavelmente (bastando como exemplo a China) como efeito da existência do modelo ONU e que muitas indicações deste modelo tenham sido acolhidas no modelo OCDE.

Parágrafo 4º - A tax policy dos países em via de desenvolvimento

Sobre o quadro descrito no parágrafo anterior e, em forma mais analítica, no que tange a alguns perfis estruturais, pode ser dito que os países em via de desenvolvimento sempre tiveram como prioritário o objetivo da redução da dupla imposição com a realidade efetiva de atrair investimentos estrangeiros, deixando como pressuposto que os investidores dos países desenvolvidos gozam, em via alternativa, dos *tax credits* oferecidos de maneira unilateral dos próprios estados de sua proveniência. Porém, algumas especificações são necessárias, pois, de fato, todos adotam o método da *reduction method* e ninguém aplica o *exemption method* para eliminar a dupla tributação. Até pouco tempo, poucos tratados adotavam normas específicas antiabuso. Ultimamente foi verificada uma forte presença da cláusula LOB¹⁶ nas convenções brasileiras. A *policy* é de reenvio às normas antiabuso internas. Quanto às tendências evolutivas, nota-se que os países em via de desenvolvimento revelam uma variação contínua de seus sistemas tributários internos. Prevalentemente, tais adequamentos procuram adotar os *standard* OCDE na tentativa de criar módulos de comportamento a serem adotados pelas multinacionais e que sejam mais aceitáveis para os países desenvolvidos, sobretudo aqueles da comunidade europeia, que veem com suspeitas as políticas das multinacionais nos territórios dos *emerging states*.

No que trata da diferença desta *policy* em contraposição aos *standards* tributários de conformidade com os países desenvolvidos, tem-se um fenômeno que deve

¹⁵ Uma pesquisa geral foi realizada por J. Wijnen e A. Magenta. "The United Nation Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries". *BIFD*, 1997, p. 574.

¹⁶ *Limitation on Benefif* (N. T.).

ser valorado com atenção e que pode ser considerado positivamente, pois é a chave do sucesso na luta pela competição fiscal que se instaura entre os países em via de desenvolvimento.

Em conclusão, a *treaty policy* dos países em via de desenvolvimento é *double oriented*: de um lado, estes países são motivados a proteger o seus sistemas tributários baseados na fonte; de outro lado, possuem interesses em manter e aumentar um *tax playing field* para os *inbound* e prender os *outbound investments* e aqueles derivantes do comércio. Como uma *trend* da sua *treaty policy*, os países em via de desenvolvimento devem assumir comportamentos variáveis seja no desenvolvimento da globalização econômica, seja na sua situação econômica interna, procurando, ao máximo, adequar-se em base aos *standard* reconhecidos internacionalmente.

Parágrafo 5º - A fiscal policy dos países desenvolvidos

A *policy* tributária dos países desenvolvidos foi obtida em parte das considerações já expandidas no que trata do princípio da residência e de índices de referência contidos no modelo OCDE que, como já dito, traduz o conjunto de interesses dos países desenvolvidos exportadores de capital com pouca variação em favor dos países em via de desenvolvimento.

Os países desenvolvidos esforçam-se nas suas relações com países em via de desenvolvimento de fazer prevalecer o modelo OCDE, mais favorável aos seus interesses¹⁷.

Em linha geral, do exame das *trends* das políticas dos países desenvolvidos, nota-se que se exauriu a fase de acordos entre estes países, que procuram alargar as suas redes de acordos com países não desenvolvidos, nas chamadas áreas descobertas, como com os Estados da América Latina e da África anglófona e lusófona. Quanto aos aspectos mais técnicos, as linhas da *policy* das convenções são, em substância, aquelas vinculadas à redução ou eliminação da retenção na fonte, pois são consideradas nocivas ao desenvolvimento das trocas comerciais, na medida em que estas retenções não constituem créditos tributários integralmente referíveis ao Estado de residência do beneficiário.

Ao mesmo tempo em que se tende a pedir aos países em via de desenvolvimento a inclusão da cláusula da nação mais favorecida, que permite reivindicar a aplicação de alíquotas de retenção na fonte mais baixas que aquelas previstas na convenção, o mesmo não ocorre quando o Estado contraente não aceita alíquotas menores com outros países com os quais o país desenvolvido está em posição de concorrente, especialmente, nas cláusulas que tratam sobre dividendos, juros e *royalties*.

Parágrafo 6º - A tax policy dos incentivos dos países em desenvolvimentos: a tax sparing clause e a tax matching clause

O exame das características peculiares das *policies* dos países em via de desenvolvimento não pode ignorar os instrumentos específicos do tempo no qual foram

¹⁷ B. Gouthiere. *Les Impôts dans les Affaires Internationales*, 7ª ed., Paris, Editions Francis Lefebvre.

adotados na finalidade, ao menos declarada, de ajudar os países em via de desenvolvimento para corrigir algumas distorções no sistema de incentivos fiscais oferecidos por estes.

Defronte a uma situação objetivamente endêmica de crise econômica dos países em via de desenvolvimento, muitas vezes, na tentativa de reequilibrar a balança de pagamentos ou, mesmo, somente para incrementar determinados setores ou meio de aumentar as exportações, os países em via de desenvolvimento, na tentativa de sair deste impasse, estruturaram as suas *policies* tributárias internas e convencionais em função da recuperação daquele ativo fundamental para qualquer desenvolvimento, que é representada pelo capital financeiro, obviamente, realizando uma troca com aqueles que o possuem, ou seja, os países desenvolvidos.

A linha da política fiscal interna foi sempre, portanto, aquela de zerar a drenagem fiscal provocada pelos tributos internos sobre os investimentos através das normas internas vinculadas às vantagens tributárias e aos incentivos fiscais, além daquelas convencionais, renunciando o exercício da sua própria *tax jurisdiction*, ainda que de frente a pressupostos imponíveis móveis ou imóveis os quais seriam devidos, segundo um mínimo de equidade e racionalidade, a estes países. Com isto se afirma que o verdadeiro *agreement* convencional não era propriamente tributário, mas econômico: a troca de capitais *versus* nenhuma tributação.

A verificação desta afirmação não há necessidade de ser demonstrada, pois é facilmente legível nas normas dos sistemas tributários dos países em via de desenvolvimento. O êxito destas políticas de incentivo baseadas na não tributação dos investidores estrangeiros produziu consequências nefastas para os países em via de desenvolvimento. Na prática, estes benefícios dados pelos países pobres traduziram-se em uma subvenção fiscal aos países ricos, pois os investidores estrangeiros pagarão tributos integralmente pelos seus próprios lucros, nas diversas formas, no país da residência, não podendo beneficiar do *tax credit*, pois não pagou tributo nos países em via de desenvolvimento. Isto ocorre em desincentivo aos investidores privados que, com uma mesma carga tributária, preferiram investir no próprio Estado ou em Estados com grade oferta de infraestrutura¹⁸.

Os países em via de desenvolvimento, portanto, se encontram de um lado privados de matérias primas subtraídas destes países por empresas dos países desenvolvidos e, do outro lado, privados de receitas tributárias derivantes dos negócios das únicas empresas e riquezas reais produzidas nestes Estados, é dizer, as empresas estrangeiras que elaboram os recursos internos bloqueando qualquer política interna que permitiria a evolução da ordem econômica e, sobretudo, social.

Como forma de desbloquear estas situações, a partir dos anos 1950, criaram-se as cláusulas do *Tax Sparing* e do *Tax Matching Clause*.

Com a cláusula do *Tax Sparing Credit* (TSC) ou “crédito fantasma”¹⁹, o Estado de residência empenha-se em não reduzir o montante do crédito a ser conferido

¹⁸ Luís Eduardo Schoueri. “Acordos da Bitributação e Incentivos Fiscais: o Papel das Cláusulas de *Tax Sparing* & *Matching Credit*”. *Revista da Esmafe da 5ª Região* nº 10, 2006, pp. 213-222.

¹⁹ A expressão crédito fantasma foi mantida, pois a mesma já estava em português (ainda que entre aspas) no texto original (N. T.).

ao contribuinte, caso este deixe de recolher impostos no Estado da fonte, por conta de incentivo fiscal dado pelo último.

A *Tax Matching Clause* (TMC), que vem considerada como uma evolução do TSC, consiste em um crédito tributário no Estado da residência que é computado sobre a base de uma alíquota pré-fixada, que é mais alta que aquela vigente no Estado da fonte, implicando que o país desenvolvido concede um crédito fixo, superior à alíquota máxima de retenção a que o rendimento está sujeito no país da fonte.

O objetivo de ambos os sistemas de creditamento é o mesmo: promover, através de investimentos privados, o desenvolvimento dos países em via de desenvolvimento. A principal diferença está no fato de que o TMC é estabelecido preventivamente.

O dito acima é no plano abstrato, porém, concretamente, os mecanismos descritos apresentam algumas variações no sentido de que se aplicam somente a certos tributos, com tempos de utilização diversos, entre outros. Ainda, as concessões dos TSC e TMC são, muitas vezes, condicionadas em relação a outras vantagens ou são limitadas. Outrossim, nem todos os países em via de desenvolvimento dão a estas cláusulas a mesma relevância. Entre os grandes apoiadores destas cláusulas está o Brasil, para o qual a TSC foi uma forma de *stepping stone* na conclusão das próprias convenções. Critica-se, em modo oposto, os EUA, que impediram a sua inclusão no modelo OCDE²⁰. Entretanto, nem mesmo o modelo ONU a prevê.

A literatura dividiu-se sobre a utilidade destas cláusulas. Inicialmente, não era clara nem mesmo a natureza das mesmas, considerando-se como forma de *tax subsidies*²¹, entretanto, hoje, é pacífico que se trata de uma forma efetiva de eliminar a dupla tributação. Entre as maiores críticas a estas cláusulas está a de que elas aumentariam a *Harmfull tax competition* entre os países em via de desenvolvimento, favorecendo os abusos fiscais ou os *costs compliances* ou, ainda mais fortemente, o espantinho da *double non taxation*. Um caso observado encontra-se na convenção Itália-Portugal e Ilha da Madeira, que é considerado como paraíso fiscal, e goza da cláusula TMC deste tratado.

Estas ideias eram muito difusas nos anos 1970 e 1980²², quando era prevalente a tese de que a política dos incentivos fiscais era correta para os países em via de desenvolvimento²³. Hoje, a tendência é de um uso muito mais comedido destas

²⁰ Para uma reconstrução histórica e sistemática destas duas cláusulas: F. Rubinstein. *US- Brasil Tax Treaty Negotiations: Tax Sparing Myths and Facts* (no prelo). E Surrey e Stanley S. "The Pakistan Tax Treaty and "Tax Sparing"", *National Tax Journal* vol. 11, 1958, pp. 156-167.

²¹ Inicialmente Klaus Vogel emitiu opinião sobre o assunto em: *Doppelbesteuerungsabkommen - Kommentar*, 1983. Entretanto modificou sua opinião sobre a natureza da cláusula do *Tax Sparing* em sua obra posterior: *On Double Taxation Conventions*. Kluwer Law, 1996.

²² A Itália, a partir de 1971, estipulou cerca de 20 convenções nas quais se prevê a concessão do TMC para todas ou apenas algumas espécies de renda. No entanto, nas convenções realizadas com os países do leste europeu, tais cláusulas inexistem.

²³ Um papel argumentativo no sentido negativo a estas duas cláusulas foi dado por: D. R. Tillinghast, "Tax Treaty Issues", *University of Miami Law Review* 50, 1996, pp. 455-82.

Sinteticamente, a sua tese pode ser descrita em três pontos: (1) os tratados não possuem como finalidade o não pagamento de tributos internos; (2) garantir o crédito fantasma significa subverter o significado do mecanismo do crédito tributário, o qual seria o de atenuar a dupla tributação; (3)

cláusulas, sobretudo a partir do ano 2000, muito porque se trata de uma política fiscal muito custosa.

Em conclusão, poucas vezes se levantam a favor destas duas cláusulas, mas remanesce aberto o problema real de como superar tecnicamente a dificuldade da assimetria entre incentivos fiscais concedidos pelos países da fonte e a correlativa renúncia da própria *tax jurisdiction* e dos benefícios fiscais para somente o país da residência ou do investidor.

Parte II - A Realidade

Há muito tempo a teoria clássica elaborou a tese de que o crescimento dos países em desenvolvimento passa pelos investimentos dos países ricos, desde que os primeiros deem condições fiscais favoráveis aos investidores destes países. Esta teoria começou a ser posta em discussão à luz dos dados do comércio de bens e serviços mundiais e das técnicas utilizadas pelas sociedades privadas que são as maiores beneficiárias no fluxo de capitais financeiros. Efetivamente, a troca se dá entre recursos²⁴ e nenhuma tributação, contraposta a investimentos de capital. Entretanto, o resultado desta troca é pernicioso para os países em via de desenvolvimento, que acabam por ceder recursos locais sem nenhuma vantagem derivante da tributação das empresas estrangeiras em troca de investimentos que, normalmente, são contingentes e provisórios.

Guardemos os fatos ou, se preferir, os números²⁵.

Neste sentido, algumas das tabelas abaixo mostradas são a pura síntese de uma fotografia da situação real.

Tabela A: *Números - Fluxos do Sul ao Norte (2006)*

- Pagamento de débitos externos e juros: US\$ 81 bi ao ano.
- África = 38% do PIB comprometido para pagar armas.

Fluxos Norte → Sul		Fluxos Sul → Norte	
Ajudas públicas	84	Fluxos ilícitos	619
Remessas dos emigrantes	167	Lucros sobre investimentos diretos	130
Investimentos externos	226		
Novos empréstimos	380	Serviço da dívida externa	456
<i>Total</i>	<i>857</i>	<i>Total</i>	<i>1.205</i>

Tabela B: *Quem ganha?*

- Os Investimentos Diretos do Exterior (IDE), em 1982, eram de US\$ 57 bi e, em 2005, de US\$ 950 bi. Atenção! Apenas 10 Estados recebem 75% dos IDE.

os sistemas tributários baseados nos incentivos fiscais são danosos pois erodem a base impositiva. No mesmo sentido: K. Brooks. *Using the Tax System to promote Investment in Low-Income Countries: an Illustration of Good Intentions and Bad Results*. Kimberley.

²⁴ Estes recursos são compreendidos como os recursos naturais, mão de obra etc (N.T.).

²⁵ Os dados trazidos nesta segunda parte foram retirados do *site* da Jubilee South - <http://www.jubileesouth.org/>.

- Os contratos comerciais são escritos e construídos pelos Estados do norte e desbalanceados em favor do Norte.
- Os países em via de desenvolvimento são obrigados a fazer uma política de concorrência de redução entre eles, “Corrida pelo menor”²⁶ (*Race to the bottom*), para obter vantagens dos investimentos dos países exportadores de capitais. Ainda, os capitais investidos nos países em via de desenvolvimento e os lucros destes capitais investidos não permanecem nos países destinatários destes investimentos, mas são transferidos para os paraísos fiscais, como será visto na tabela seguinte.

*Tabela C: Fuga de Capitais dos Países do Sul para os Paraísos Fiscais ou Países do Norte*²⁷

- Total das saídas de capital: US\$ 619 bi (média entre as estimativas de US\$ 539 e US\$ 829 bi).
- Para cada dólar dado ao Sul, 10 seguem o percurso inverso.
- Aumento médio de 18,5% ao ano.

Um elemento não adequadamente valorado é que quase a totalidade dos investimentos nos países em via de desenvolvimento vem das sociedades privadas multinacionais, as quais são diretamente beneficiárias dos incentivos fiscais do Estado da fonte e da isenção dos lucros obtidos no exterior no Estado da residência.

Comumente, as multinacionais podem utilizar não somente de vantagens especiais, mas de reembolsos e subvenções por parte dos países desenvolvidos.

O caso do Chile é emblemático. O Chile é um dos maiores produtores de cobre do mundo. De 1993 a 2002, apenas 2 entre 14 sociedades de mineração estrangeiras (concessionárias) produziram 20,8 milhões de toneladas de cobre com o lucro de US\$ 34 bi. Porém, oficialmente, declararam ter prejuízos. Tiveram direito a US\$ 2,6 bi em benefícios fiscais. No fim de 2004, o Chile tinha US\$ 900 bi em dívidas com estas sociedades.

Para as multinacionais é fácil a tentação de se utilizar de *tax planning* no limite da legalidade, fazendo com que os lucros e os desinvestimentos sejam transferidos para paraísos fiscais através do instrumento do *transfer pricing*. Algumas vezes estes fluxos são formas de lavagem de dinheiro²⁸ derivante de atividades criminosas de várias naturezas. Neste campo, os dados contidos na tabela a seguir são importantes.

Tabela D: Fluxos Ilícitos

Fluxos de Dimensões Relevantes:

- Atividades comerciais 60%;
- Corrupção 5%; e
- Criminalidade 35%

Neste contexto as políticas de balanço interno das sociedades multinacionais têm como objetivo gerar perdas nas controladas que estão em países de alta tributação.

²⁶ Também, aqui, manteve-se a expressão em português utilizada no original (N. T.).

²⁷ R. Baker. *Capitalism's Achilles Heel; Dirty Money and How to Renew the Free Market System*. 2005, p. 20.

²⁸ No original utiliza-se a expressão *riciclaggio*, muito comum na doutrina italiana para expressar este sentido de lavagem de dinheiro (N.T.).

Mais da metade do comércio mundial passa pelos paraísos fiscais. Cerca de 60% do comércio mundial se dá através das mesmas empresas multinacionais e com preços fixados de modo arbitrário. Cerca da metade do comércio mundial passa pelos paraísos fiscais. Este saldo positivo é em favor dos países desenvolvidos.

Ganhos de *transfer pricing* (2005-2007):

- Empresas europeias € 335,8 bi.
- Americanas € 514 bi.
- Montantes transferidos mediante *transfer pricing* do Sul ao Norte € 279 bi.

Logo, os paraísos fiscais, o sigilo bancário e a lavagem de dinheiro são instrumentos de fluxos invertidos que possuem como papel fundamental manter o desequilíbrio entre países ricos e pobres.

O instrumento para reciclar/legitimar os ganhos tributários é o investimento em instrumentos financeiros. Novamente, mais alguns dados:

- 80% dos 10.000 fundos *hedge* estão registrados nas Ilhas Cayman;
- 150.000 *trusts* e fundações *offshore* são criados todo ano;
- 2003 - 64.000 multinacionais com 875.000 filiais;
- Caso Enron: 692 filiais registradas nas Ilhas Cayman;
- Uso da internet para criar filiais;
- 45 dos 50 principais bancos mundiais têm uma filial nas Ilhas Cayman.

Tudo isto é favorecido pelo fato de que, seja nos paraísos fiscais, seja nos países em desenvolvimento, os controles fiscais, de legalização ou reciclagem de capitais ou lavagem de dinheiro e contábeis são inexistentes ou precários.

Ainda, para as multinacionais, a escolha do Estado destino do investimento é realizada em função de duas variáveis:

1. Vantagens tributárias; e
2. Certeza de poder repatriar ou movimentar com facilidade os lucros e os capitais no menor tempo possível.

Neste sentido, as organizações internacionais favorecem esta política das multinacionais.

Segundo a UNCTAD, a África garante a mais alta taxa de retorno dos capitais investidos. Saldo entre investimentos (como ingressos) e dinheiro remetido sob a forma de lucros. Exemplo: Congo: Investimento estrangeiro direto, 1.623 - lucros remetidos, 2.773. Saldo líquido = - 1.150.

Neste sentido, como consequência, tem-se que esta política desenvolvida deflagra a *Harmful Tax Competition* em favor das multinacionais. Uma *Race to the bottom* entre os países em vias de desenvolvimento.

Logo, o fato de os investimentos não sofrerem nenhuma tributação implica não formação de receitas para o Estado = inexistência de gastos públicos = não desenvolvimento.

A isto se adiciona que as vantagens e os incentivos fiscais dos países em via de desenvolvimento não são oferecidos às empresas locais, as quais ficam desamparadas no que tange a concorrência com as empresas estrangeiras. O juízo aqui produzido é que esta forma não só é negativa para os países em via de desenvolvimento, mas também para a inteira economia mundial.

Conclusões

O que fazer? É evidente que a situação atual chama a responsabilidade quer seja dos países desenvolvidos, quer seja dos países em via de desenvolvimento enquanto sujeitos principais responsáveis pelas políticas fiscais e política *tout court*.

Com uma maior responsabilidade, neste contexto, estão os países desenvolvidos e, mais especificamente, os EUA e a UE, pois são suas políticas convencionais que determinarão diretamente a possibilidade de realização das políticas fiscais dos países em via de desenvolvimento.

Isto significa que, em uma perspectiva ética e política, os países exportadores de capitais devem direcionar sua política econômica, notadamente aquela fiscal, no confronto com a dos países pobres, corrigindo os efeitos supramencionados.

Alguna coisa está sendo modificada, haja vista as medidas que, dos EUA à Europa, estão sendo produzidas contra os paraísos fiscais. Porém, neste contexto, os países desenvolvidos devem possuir claramente uma linha de distinção entre as medidas *anti harmful tax competition* que podem adotar para se defenderem das medidas unilaterais de sustentação em favor dos países em via de desenvolvimento, pois se tratam de medidas que podem se anular reciprocamente e criam o risco de anular as políticas de benefícios em favor dos países em via de desenvolvimento²⁹.

Os países em via de desenvolvimento devem, por sua vez, corrigir os seus atos político-institucionais internos, orientando-se para uma efetiva atuação de valores já comuns em nível universal, como a democracia, escolaridade, a tutela das mulheres, as chamadas *best practices* e, correlativamente, combater a corrupção, desigualdade, lavagem de dinheiro, tráfico de armas e de drogas, entre outros. Mais ainda, deve-se obrigar as Administrações Tributárias internas que garantam a certeza, legalidade e regras fiscais claras. Devem, adicionalmente, adotar normas sobre a troca de informações³⁰.

Os países desenvolvidos não podem ser corresponsáveis, com sua ajuda, pela criminalidade dos países em via de desenvolvimento. Ao mesmo tempo, os países desenvolvidos e os países da OCDE devem ter claramente que, em um mundo globalizado da economia, não podem chegar, em um modo eficiente, aos seus objetivos de maximização e de contraste à evasão sem a colaboração dos Estados não OCDE (como referido na Monterrey Conference Mexico). Nesta perspectiva, as instituições internacionais devem tomar como dever de casa monitorar os seus próprios subsídios e produzir apoio à subsistência apenas daqueles países que, efetivamente, estruturam os seus sistemas internos segundo os cânones dos *best practices*³¹.

Sob o plano estritamente tributário, as convenções para evitar a dupla tributação, seja nas suas variantes bilaterais ou naquelas multilaterais, podem agora ser consideradas como um instrumento para o desenvolvimento dos países em via de desenvolvimento³², mas com algumas correções. Os modelos da ONU e da OCDE

²⁹ J. Mac Lure. "Will the OECD Initiative on Harmful tax Competition help Developing and Transition Countries?". *Bulletin International Fiscal Association*, 2005, p. 90.

³⁰ V. Fitzgerald, "Tax Co-operation and Capital Mobility". *Oxford Development Studies* vol. 30. 3, 2002, p. 262.

³¹ Para mais sobre este ponto: J. Stiglitz. *In un Mondo Imperfetto, Mercato e Democrazia nell'Era della Globalizzazione*. Org: Laura Pennacchi, Roma, 2001.

³² Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.*

podem ser trabalhados para um mais acentuado reconhecimento dos interesses dos países em via de desenvolvimento. É certo que, ainda que a função dos dois modelos seja positiva para produzir uma harmonização de fato e jurídica, da outra parte, é verdade que a análise da atual situação demonstra as causas das variações de níveis econômicos dos Estados, grande não homogeneidade e complexidade de *policies*. Uma sugestão, que até agora não foi reconhecida como válida, é a de dar uma maior margem de decisão aos países em via de desenvolvimento na escolha e variações nos modelos ONU e OCDE (o que foi requerido na *Doha Conference*).

Enfim, retornar ou ir em direção ao princípio da territorialidade? O princípio da territorialidade encontrou, e ainda encontra, grandes defensores na literatura mundial, baseados no fato que este princípio é o que melhor produz o desenvolvimento da economia mundial e da neutralidade da importação dos capitais³³. Talvez não seja necessária uma escolha radical nesta direção, tendo em conta que o *trend* há tempos demonstra que a evolução das convenções dos vários modelos aplicativos revela uma menor rigidez na contraposição entre estado da fonte e estado da residência. De fato, a nova dinâmica econômica mostra que, mesmo os países em via de desenvolvimento, posicionam-se como os países desenvolvidos na dupla veste de *capital exporters* e *capital importers* e, portanto, pode ser útil escolher entre estas duas formas e não somente aquela da fonte. De fato, por haver uma prevalência do uso do modelo OCDE no desenvolvimento das relações recíprocas, os países em via de desenvolvimento acabam por adotar uma situação de cessões recíprocas e de equilíbrio. Em última análise, o objetivo concreto a ser atingido pelos países em via de desenvolvimento é que os países desenvolvidos devem se tornar empreendedores nos países em via de desenvolvimento e deixar os tributos no Estado de investimento.

De fato, assinala-se que a reciprocidade e bilateralidade nas relações entre os países desenvolvidos e os países em via de desenvolvimento é somente um argumento de fachada, pois não há equivalência nos interesses em jogo entre os dois contraentes. Mais substancialmente, para que os tratados sejam modificados, devem ocorrer modificações substanciais na estrutura de relacionamento entre os países exportadores de bens, serviços e matérias primas e os países importadores de capitais.

O dever de casa dos países em via de desenvolvimento é aquele de estruturar melhor as suas políticas fiscais internas segundo modelos, o máximo possível, coordenados com aqueles dos países desenvolvidos. Por que, então, não adotar sistemas de tributação que dão maior ênfase na tributação indireta, especialmente, sobre o consumo, trocas, entre outros³⁴? Isto se trata de um problema de difícil resolução, porque, na prática, cada sistema tributário é uma roupa personalizada para cada Estado, que se aproveita desta individualidade³⁵. É difícil, portanto, dar con-

³³ Entre outros: K. Vogel. *Worldwide vs. Source Taxation of Income. A Review and Reevaluation Arguments*. Kemmeren, Principle of Origin in Tax Conventions, 2001, p. 55.

³⁴ Sobre esta problemática: R. Avy Yonah e Yoram Margalioth. "Taxation in Developing Countries: Some Recent Support and Challenges to the Conventional View". *Virginia Tax Review*, 2007.

³⁵ Tanzi. "The Impact of Globalization on Taxation". *IBFD Bulletin*, 1998, p. 338.

selhos ou indicações normativas que sejam aplicáveis a cada um dos países em via de desenvolvimento.

De outro lado, em via absoluta, os países em desenvolvimento devem estruturar os seus sistemas tributários internos com políticas de incentivos fiscais, pois os capitais estrangeiros permitem que estes países se avizinhem aos *standards* da vida econômica dos países OCDE, ainda que a literatura se posicione contra a política dos incentivos fiscais dos países em via de desenvolvimento pelo fato que produz somente desvantagens sem contrapartidas, gerando uma competição entre os países pobres, fazendo o alerta para que, com estas medidas, estes países não adentrem, de direito ou de fato, no rol dos paraísos fiscais.

Em conclusão, pede-se que seja permitido adicionar mais sugestões a estas tantas que foram realizadas pela doutrina especializada para resolver estes problemas, deixando claro que esta sugestão proposta pode ser considerada mais como um auspício.

Acreditados que, talvez, chegou o momento histórico de dar espaço à utopia e imaginar que os modelos das convenções tributárias sejam repensados tendo como objetivo não somente de acomodar os interesses de eliminar a dupla tributação, da eficiência, da neutralidade, das exigências do mercado e da riqueza, mas também da equidade. Que os tratados incorporem, também, a função redistributiva em nível internacional, sendo uma verdadeira expressão da conjunta solidariedade internacional. Em uma perspectiva que se espera que não seja utópica, um novo modo de fazer *policy* de auxílio, mas que fizesse com que os países ricos se tornassem *partners* dos países em via de desenvolvimento para projetos econômicos comuns, com a vantagem de que ambos passam da lógica de *bargaining* para uma lógica de coparticipação. Recuperando a posição do II Concílio Vaticano e encontrada na recente encíclica *Caritas in Veritate* do princípio (bíblico e patrístico) da destinação universal dos bens da terra.

Como disse Miranda Stewart, em termos de uma lúcida profecia: “tax reform domestic need to start conceptualizing inequality not only within countries but between countries in the context of globalization. This could help push tax reform beyond the need of the market to the needs of the people themselves in developing and transition countries”³⁶.

A indicação forte desta afirmação está no uso do termo *conceptualizing*, com o qual se sublinha que, mais uma vez, as reviravoltas históricas efetivamente evolutivas e radicais para a humanidade não são vinculadas aos interesses materiais, mas de uma consciência cultural.

³⁶ M. Stewart. *Global, op. cit.*