MAURO JOSÉ SILVA

**DA COMPETIÇÃO À COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA
INTERNACIONAL: ASPECTOS JURÍDICOS DA PROMOÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL NUM CENÁRIO
INTERNACIONALIZADO**

DOUTORADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2009

MAURO JOSÉ SILVA

**DA COMPETIÇÃO À COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA
INTERNACIONAL: ASPECTOS JURÍDICOS DA PROMOÇÃO DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL NUM CENÁRIO
INTERNACIONALIZADO**

Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Titular de Direito Tributário, Dr. Luís Eduardo Schoueri

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO – 2009

Banca Examinadora:

Dedicatória

À minha esposa: minha companheira, minha terra, meu céu, meu ar, minha origem e meu destino. Uma lembrança sempre presente de que a felicidade é possível. Os felizes momentos juntos - que não vivenciamos - para permitir que fosse concretizado este trabalho é que conferem valor a esta obra.

Aos meus filhos, com votos de que o exemplo da jornada percorrida até aqui inspire grandes feitos em suas felizes vidas.

Aos meus pais, vitoriosos na tarefa de moldar um ser humano movido a desafios. Dedico, em especial, à minha mãe, sempre ansiosa por testemunhar minhas realizações que, para a imensidão de seu amor, sempre são grandiosas.

Agradecimentos

Ao meu orientador, pela amizade e pela confiança depositadas, bem como pela motivação e seguras lições que forneceu e que foram essenciais para a conclusão desta obra.

Aos meus familiares e a todos os amigos que me apoiaram e pediram para que Deus iluminasse diariamente meus caminhos.

Aos meus amigos do trabalho, pelo apoio, pela paciência, pelo companheirismo e pela torcida que sempre, fraternalmente, demonstraram.

Aos funcionários da biblioteca da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pela cordialidade, simpatia, eficiência e presteza no auxílio durante as agradáveis horas de pesquisa.

Ao prof. Scalquete, pelo tempo empreendido na correção das ofensas involuntárias ao vernáculo.

À Dra. Beatriz Gram, pelas traduções do resumo.

A vida é demasiado curta para nos permitir
interessar-nos por todas as coisas, mas é bom que nos
interesseemos por tantas quantas forem necessárias
para preencher os nossos dias.

Bertrand Russell

RESUMO

A busca pelo desenvolvimento nacional, como um processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas, é um ideal que permeia o texto constitucional brasileiro e obriga o Estado a atuar para sua concretização. No entanto a atuação estatal deve considerar as repercussões internacionais que podem anular os esforços de promoção do desenvolvimento.

O oferecimento de incentivos fiscais para atrair ou manter IED possui uma relação direta com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional. Tais incentivos, no atual mundo globalizado, podem ensejar o surgimento de uma situação de competição tributária internacional que precisa ter sua aceitabilidade internacional compreendida, segundo uma análise estruturada pela proporcionalidade tendo como finalidade o aumento dos níveis de desenvolvimento.

É preciso que existam mecanismos nos tratados internacionais para evitar a bitributação que preservem os efeitos indutores das normas nacionais as quais buscam promover o desenvolvimento nacional. As cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* exercem tal função de garantir que a manifestação da soberania fiscal de um país, ao conceder o incentivo fiscal, seja respeitada numa relação bilateral.

A neutralidade no fluxo internacional de investimentos, até há poucos anos, era tratada somente em termos de CEN, CIN e NN. Atualmente, surgem novas idéias que questionam a CEN como alternativa mais defensável para a eficiência na alocação do investimento, inserindo nas discussões a neutralidade de propriedade do capital.

As obrigações internacionais, assumidas no sistema multilateral do comércio, podem funcionar como obstáculo para as medidas incentivadoras do desenvolvimento. Entretanto é possível para o Brasil como PED estabelecer subsídio específico, não proibido e não recorrível, que resulte em atração ou manutenção de IED o qual contribua para a promoção do desenvolvimento.

A cooperação na área de tributação contribui para a configuração de uma tributação internacional mais justa, sendo que qualquer iniciativa de buscar o desenvolvimento sustentável encontra, na cooperação tributária internacional, um aspecto crucial.

A despeito da existência de alguns fóruns e organizações internacionais que cuidam da cooperação tributária, a médio e longo prazo, países que ainda têm muito a fazer em prol de seu desenvolvimento, como o Brasil, teriam numa organização mundial de tributação a oportunidade de discutir alguns assuntos que, nas modalidades de cooperação tributária já praticadas, estão afastados.

Palavras-chave:

Desenvolvimento nacional

Competição tributária internacional

Cooperação tributária internacional

Tributação internacional da renda

Investimento estrangeiro direto

ABSTRACT

The pursuit of national development as a process of expansion of substantive liberties of the people is an ideal which is present in the constitutional Brazilian text and forces the State to act as for its realization. Nevertheless, the action of the State has to consider the international effects which can make void the efforts to promote its development.

Offering tax incentives to attract or maintain foreign direct investments (FDI) has a direct relationship with the purpose of promoting national development. The tax incentives, in a nowadays globalized world, may cause some situation of international tax competition which need its international acceptance comprehended as an analysis structured by proportionality having its purpose towards the increasing levels of development.

It is necessary that mechanisms exist in international treaties so as to avoid double taxation that protect the inductive effects of the national laws which look for to promote national development. The tax sparing and matching credit clauses function so as to guarantee the manifestation of fiscal sovereignty of a country granting a fiscal incentive may be respected in a bilateral relationship.

The neutrality in the international investments flow till some years ago was treated only based on CEN, CIN and NN. Now new ideas are coming up that bring discussion about CEN as being the best alternative as for the effectiveness to place the investment, introducing in the debates the neutrality of capital ownership.

International obligations undertaken in the multilateral trade business system may work as an obstacle as for the incentive measures of development. Nevertheless, Brazil as a developing country may establish a specific subsidy, which is not

prohibited or which may not suffer any penalty that would bring or maintain foreign direct investment (FDI) contributing to promote development.

Cooperation in tax sector contributes to confirm a more fair international taxation scenario, and any step undertaken looking for sustainable development finds in international tax cooperation a fundamental aspect.

Despite the existence of some international forums and international organizations dealing with tax cooperation, in medium and long run, countries which have a lot to accomplish in favor of their development, as Brazil, would have in a world tax organization the opportunity to discuss some subjects that in tax cooperation forms are already used but this does not happen.

Keywords:

National development

International tax competition

International tax cooperation

International income tax

Foreign direct investment

RÉSUMÉ

La recherche pour le développement national en tant que procédure d'expansion des libertés substantielles des personnes est un idéal qui sillonne le texte constitutionnel brésilien, et qui oblige l'Etat à agir pour que cela puisse se concrétiser. Néanmoins, l'action de l'état doit considérer les répercussions internationales, qui peuvent annuler les efforts pour promouvoir le développement.

L'offre d'avantages fiscaux pour attirer ou maintenir l'investissement étranger direct possède un rapport direct avec le but de promouvoir le développement national. Dans le monde globalisé actuel, ces avantages peuvent déclencher le surgissement d'une situation de concurrence tribulaire internationale, qui doit avoir son acceptation internationale, comprise d'après une analyse structurée par proportionnalité, ayant comme but l'augmentation des niveaux de développement.

Il faut qu'il existe des mécanismes dans les traités internationaux afin d'éviter la double imposition d'impôts, qui maintiennent les effets inducteurs des normes nationales, qui cherchent à promouvoir le développement national. Les clauses de crédit d'impôt fictif (« *taxsparing* » et « *matching credit* ») exercent la fonction d'assurer que la manifestation de la souveraineté fiscale d'un pays qui concède un avantage fiscal, soit respectée dans un rapport bilatéral.

La neutralité du mouvement international d'investissements était traitée à peine en tant que CEN, CIN, et NN, il y a quelques années. Actuellement, de nouvelles idées surgissent qui questionnent le CEN comme option la plus adéquate pour l'efficacité du placement de l'investissement, apportant la neutralité de la propriété du capital dans le débat.

Les obligations internationales engagées dans le système multilatéral du commerce peuvent être un obstacle pour les mesures qui stimulent le développement. Toutefois, il est possible pour le Brésil, en tant que pays en développement d'établir une subvention spécifique, qui ne soit pas interdite et qui ne puisse souffrir aucune sanction, et

dont le résultat n'empêcherait pas que les investissements étrangers directs soient attirés ou maintenus, et puissent contribuer au développement.

La coopération dans le secteur tributaire favorise la configuration d'un système fiscal international plus juste, et toute initiative de recherche vers le développement durable trouve dans la coopération fiscale internationale un aspect fondamental.

Malgré l'existence de quelques forums et organisations internationales qui s'occupent de la coopération fiscale, à moyen et à long terme, les pays qui ont encore beaucoup à réaliser en faveur de leur développement, tel que le Brésil, auraient l'occasion de discuter quelques thèmes, voire une organisation mondiale tributaire, qui dans les modalités de coopération tributaires sont déjà pratiquées, mais cela ne se pose pas.

Les mots clefs:

Développement national

Concurrence tributaire internationale

Coopération tributaire internationale

Imposition de l'impôt international sur le revenu

Investissement étranger direct

LISTA DE ABREVIATURAS

AMI – Acordo Multilateral sobre Investimento

APA – *Advance Pricing Agreements* ou Acordo de Preços Antecipado

ASMC - Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

CECIQT - Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional de Questões Tributárias

CEN - *Capital Export Neutrality*

CFC - *Controlled Foreign Companies*

CIN - *Capital Import Neutrality*

CINDE – Coalizão Costarriquenha de Iniciativas para o Desenvolvimento

CON - *Capital Ownership Neutrality*

CTI – Competição tributária internacional

DISC – *Domestic International Sales Corporation*

ECOSOC - *Economic and Social Council*

ETI – *Extraterritorial Income*

FMI – Fundo Monetário Internacional

FSC – *Foreign Sales Corporation*

GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*

GECIQT – Grupo *ad hoc* Especialistas em Cooperação Internacional de Questões Tributárias

IED – Investimento Estrangeiro Direto

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

ILO - *International Labour Office*

ITD – *International Tax Dialogue*

MP – Medida Provisória

NN – Neutralidade Nacional

NON - *National Ownership Neutrality*

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OIG – Organização intergovernamental

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMT – Organização Mundial de Tributação

ONU – Organização das Nações Unidas

PD – Países Desenvolvidos

PED – Países em Desenvolvimento

PET – Países com Economias em Transição

PMD – Países Menos Desenvolvidos

UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development*

ZPE - Zonas de Processamento de Exportação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. RELEVÂNCIA DO TEMA E DEFINIÇÃO DA TESE A SER EXPOSTA.....	1
2. MÉTODO DA PESQUISA.....	3
3. ROTEIRO DO TRABALHO.....	5
4. O CONTEÚDO DO DESENVOLVIMENTO.....	8
4.1. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988.....	10
5. PAÍSES DESENVOLVIDOS (PD) E PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO (PED).....	15
 CAPÍTULO I – COMPETIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL E DESENVOLVIMENTO.....	21
1.1. DESENVOLVIMENTO, GLOBALIZAÇÃO E COMPETIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL.....	21
1.2. EXTERNALIDADES E CTI.....	24
1.3. INFLUÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO NA DECISÃO SOBRE INVESTIMENTOS.....	27
1.4. ASPECTOS DA CTI RELACIONADOS AO DESENVOLVIMENTO.....	32
1.4.1. CTI segundo o objetivo almejado.....	34
1.4.1.1. <i>Competição tributária internacional para atrair investimentos estrangeiros diretos</i>	35
1.4.1.2. <i>Efeitos dos investimentos diretos para o objetivo de desenvolvimento do país de localização do investimento</i>	38
1.4.1.2.1. <i>O caso da indústria de vestuário em Bangladesh</i>	40
1.4.1.2.2. <i>O caso Costa Rica – Intel</i>	41
1.4.2. Competição tributária segundo a aceitação pela comunidade internacional.....	43

1.4.2.1.	<i>Competição tributária internacional aceitável a priori</i>	47
1.4.2.2.	<i>Competição tributária internacional inaceitável a priori</i>	49
1.4.2.3.	<i>Competição tributária internacional aceitável em situações que obedecem à proporcionalidade voltada para a finalidade de diminuir as desigualdades de desenvolvimento</i>	50

CAPÍTULO II – DESENVOLVIMENTO NACIONAL E AS CLÁUSULAS DE *TAX SPARING* E DE *MATCHING CREDIT* NOS TRATADOS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO.....55

2.1.	NOÇÕES SOBRE RESIDÊNCIA, FONTE E UNIVERSALIDADE.....	56
2.1.1.	Principais critérios para a divisão interestatal do poder de tributar a renda nos tratados: residência e fonte.....	56
2.1.1.1.	<i>Critério da residência</i>	58
2.1.1.2.	<i>Critério da fonte</i>	58
2.1.2.	Universalidade x territorialidade pura ou restrita.....	59
2.2.	NORMAS INDUTORAS E TRATADOS.....	61
2.3.	<i>TAX SPARING</i>	64
2.4.	<i>MATCHING CREDIT</i>	66
2.5.	DISTINÇÃO ENTRE <i>TAX SPARING</i> E <i>MATCHING CREDIT</i>	67
2.6.	RAZÕES PARA A UTILIZAÇÃO DO <i>TAX SPARING</i> E/OU DO <i>MATCHING CREDIT</i>	70
2.7.	CRÍTICAS DA OCDE AO <i>TAX SPARING</i>	73
2.7.1.	Mudanças na estrutura econômica global.....	77
2.7.2.	<i>Tax sparing</i> como instrumento de ajuda externa.....	80
2.7.3.	<i>Tax sparing</i> pode encorajar uma excessiva repatriação de lucros.....	81
2.7.4.	A premissa básica que sustenta a defesa do <i>tax sparing</i> seria inválida.....	82
2.7.4.1.	<i>Reinvestimento dos lucros no país da fonte com conseqüente não-tributação momentânea na residência</i>	82
2.7.4.2.	<i>Dificuldades de precisar o montante de receita tributária transferida para a residência</i>	83
2.7.4.3.	<i>Peculiaridades do sistema crédito da fonte em vários países</i>	84

2.7.5. Dúvidas quanto à efetividade dos incentivos fiscais na promoção do desenvolvimento.....	85
2.7.6. Abusos da cláusula de <i>tax sparing</i>	86
2.7.7. Dificuldades para a administração tributária do país da residência.....	88
2.7.8. Ocorrência de dupla não-tributação que contraria as finalidades do tratado.....	89
2.8. <i>TAX SPARING</i> E/OU <i>MATCHING CREDIT</i> E O ACORDO SOBRE SUBSÍDIOS DA OMC.....	91
2.9. <i>TAX SPARING</i> E/OU <i>MATCHING CREDIT</i> E A POLÍTICA BRASILEIRA DE CELEBRAÇÃO DE TRATADOS VOLTADA PARA O OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL.....	93

CAPÍTULO III – NEUTRALIDADE E COMPETIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL QUE BUSCA ESTIMULAR O IED.....95

3.1. AS PREMISSAS QUE AMPARAM A NEUTRALIDADE NA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL.....	95
3.2. O MODELO DE MUSGRAVE PARA NEUTRALIDADE.....	99
3.2.1. Neutralidade de exportação de capitais (CEN).....	99
3.2.2. Neutralidade de importação de capitais (CIN).....	100
3.2.3. Neutralidade nacional (NN).....	101
3.2.4. Críticas ao modelo de Musgrave.....	103
3.3. NOVAS IDÉIAS SOBRE NEUTRALIDADE.....	111
3.3.1. Neutralidade de propriedade do capital (<i>Capital Ownership Neutrality - CON</i>).....	112
3.3.2. Neutralidade na propriedade nacional (<i>National Ownership Neutrality - NON</i>).....	114
3.4. A RELAÇÃO ENTRE AS NEUTRALIDADES E OS DEBATES SOBRE CTI QUE BUSCA ESTIMULAR O IED.....	115

CAPÍTULO IV - O TRATAMENTO DOS SUBSÍDIOS NA OMC E OS INCENTIVOS FISCAIS EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO.....CAPÍTULO IV – O TRATAMENTO DOS SUBSÍDIOS NA OMC E OS INCENTIVOS FISCAIS EM BUSCA DO

DESENVOLVIMENTO304CAPÍTULO IV – O TRATAMENTO DOS SUBSÍDIOS NA OMC E OS INCENTIVOS FISCAIS EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO304120

4.1. TRATAMENTO DOS SUBSÍDIOS NA OMC.....	120
4.1.1. Seqüência para a análise de um subsídio diante das regras do ASMC.....	122
4.1.1.1. <i>Definição de subsídio</i>	123
4.1.1.2. <i>O requisito da especificidade</i>	126
4.1.1.3. <i>Espécies de subsídios</i>	127
4.1.1.1. <i><u>Subsídios irrecorríveis(verdes)</u></i>	127
4.1.1.2. <i><u>Subsídio proibidos(vermelhos)</u></i>	130
4.1.1.3. <i><u>Subsídios recoráveis (amarelos)</u></i>	131
4.1.2. Um incentivo fiscal para atrair IED diante das normas do ASMC.....	134
4.1.2.1. <i>A lei sobre as Zonas de Processamento de Exportação brasileiras</i>	139
4.2. OS CASOS DISC/FSC/ETI E SUAS RELAÇÕES COM A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO NACIONAL.....	150
4.2.1. O caso DISC.....	151
4.2.1.1. <i>A formação do painel</i>	152
4.2.1.2. <i>O argumento dos EUA</i>	153
4.2.1.3. <i>O argumento da Comunidade Européia</i>	155
4.2.1.4. <i>Principais conclusões do painel DISC e dos painéis contra Bélgica, França e Holanda</i>	156
4.2.2. O caso das <i>Foreign Sales Corporation</i> (FSC).....	158
4.2.2.1. <i>A formação do painel</i>	159
4.2.2.2. <i>Argumento dos EUA</i>	159
4.2.2.3. <i>Argumento da Comunidade Européia</i>	160
4.2.2.4. <i>Principais conclusões do painel FSC</i>	160
4.2.2.5. <i>O recurso dos EUA e a decisão do Órgão de Apelação</i>	162
4.2.3. A substituição da legislação das FSC pela legislação sobre <i>Extraterritorial Income</i> (ETI).....	163
4.2.3.1. <i>Principais argumentos das partes e decisões do painel e do órgão de apelação quanto à legislação ETI</i>	163
4.2.3.2. <i>A retaliação autorizada</i>	165

4.2.4.	A revogação da legislação ETI pelo <i>Jobs Act</i>	166
4.2.4.1.	<i>Principais argumentos das partes e decisões do painel e do órgão de apelação quanto ao Jobs Act</i>	166
4.2.5.	A revogação das regras de transição e da <i>grandfather clause</i> contidas no <i>Jobs Act</i>	168
4.2.6.	Os casos DISC/FSC/ETI e a busca pelo desenvolvimento nacional.....	168

**CAPÍTULO V - COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL
CONTRIBUINDO PARA O OBJETIVO DO
DESENVOLVIMENTO.....172**

5.1. COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA E DESENVOLVIMENTO.....	173
5.2. A COOPERAÇÃO E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO.....	176
5.3. A AJUDA DA TEORIA DOS JOGOS NA COMPREENSÃO DOS CENÁRIOS ENVOLVIDOS NA COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA.....	178
5.3.1. Dilema do prisioneiro.....	180
5.3.2. Caçada ao cervo.....	181
5.3.3. Maldição do vencedor.....	183
5.3.4. A batalha dos sexos.....	183
5.4. COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA NUM AMBIENTE NÃO-SOLIDÁRIO.....	184
5.5. MODALIDADES DE COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL.....	186
5.6. OS FÓRUNS OU ORGANIZAÇÕES EXISTENTES ENVOLVIDOS NA COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL.....	192
5.6.1. Comitê Internacional das Organizações de Administrações Tributárias (CIOAT ou CIOTA).....	193
5.6.2. Fórum Global de Tributação da OCDE.....	194
5.6.3. Diálogo Internacional sobre Tributação (<i>International Tax Dialogue</i> - ITD).....	178
5.6.4. Atuação da ONU na cooperação tributária internacional.....	184
5.7. UMA ORGANIZAÇÃO INTERGOVERNAMENTAL SOBRE TRIBUTAÇÃO.....	200
5.7.1. Funções da OMT.....	201
5.7.2. Viabilidade num cenário individualista e num cenário solidário.....	202
5.7.3. Requisitos para a OMT contribuir para a busca pelo desenvolvimento.....	204
5.7.4. Possibilidade de a OCDE ou a OMC exercer as funções de uma OMT.....	207
5.7.5. O caminho de curto e longo prazo.....	210

CONCLUSÕES.....	213
------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	222
ANEXOS.....	259
Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial.....	260
Tabela A.I.2 - Lista de países menos desenvolvidos (PMD) segundo critérios da ONU.....	266
Tabela A.I.3 - Lista de países em desenvolvimento relacionados no Anexo VII do ASMC, incluindo os PMD e não PMD.....	267
Tabela A.2.1 - Estoque de IED no Brasil em 2006 (em milhões de US\$).....	268
Tabela A.2.2 - Cláusulas de <i>tax sparing</i> e <i>matching credit</i> em alguns tratados celebrados pelo Brasil.....	269
Tabela A.5.1- Organizações internacionais que possuem algum fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação.....	271
Tabela A.5.2 - Descrição e detalhamento dos membros de algumas organizações internacionais que possuem fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação.....	275

INTRODUÇÃO

1. RELEVÂNCIA DO TEMA E DEFINIÇÃO DA TESE A SER EXPOSTA

No segundo semestre de 2008, assistimos ao aprofundamento de uma crise financeira global que pode ser tomada como um exemplo contundente do grau de interdependência entre os países e de como os planos de desenvolvimento de um país dependem do ambiente internacional.

A crise de 2008, surgida, entre outros fatores, a partir da falta de uma adequada regulamentação das instituições bancárias norte-americanas, terá repercussões econômicas e jurídicas que, nesse momento, ainda não conseguimos dimensionar. Mas várias das soluções imaginadas passam por uma atuação multilateral tanto no lado econômico, para conter uma temida recessão prolongada, quanto no lado jurídico, para, por exemplo, estabelecer uma regulação global eficiente das instituições financeiras. Esse reforço na compreensão sobre a necessidade de atuação multilateral na regulação financeira não passará sem reflexos nas questões que interessam ao desenvolvimento e envolvem a tributação internacional da renda. Se a globalização já era uma realidade desafiadora nesse campo, após a crise de 2008 teremos muito mais com que nos preocupar.

Enquanto aguardamos a concretização de tais perspectivas, cumpre-nos contribuir para que o conjunto de repercussões internacionais atuais, em relação às políticas nacionais de desenvolvimento que utilizam instrumentos ligados à tributação da renda, seja mais bem identificado e compreendido. Assim, pretendemos colaborar para o que a UNCTAD chamou de “aumento da coerência entre estratégias de desenvolvimento nacional (...) e obrigações e compromissos internacionais” que resulta num ambiente favorável para o desenvolvimento sustentável.¹

¹ Cf. UNITED NATIONS. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *São Paulo consensus*. São Paulo, 2004, p. 5.

Tendo em vista que o constituinte elegeu o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (inciso II do art. 3º da Constituição Federal), pretendemos apontar os desafios que se apresentam para o legislador tributário brasileiro, bem como para o aplicador das leis, na busca desse objetivo, quando o meio escolhido para promover o desenvolvimento é a utilização de incentivos fiscais para atrair investimento estrangeiro direto.

Para a ciência jurídica brasileira, portanto, almejamos contribuir para que sejam ampliadas, no âmbito dos debates jurídicos que devem envolver a elaboração e a aplicação das leis tributárias, as considerações a respeito dos efeitos e reações internacionais que podem advir da busca por tal objetivo – tanto na seara da competição quanto da cooperação tributária internacional –, quando o meio para a promoção do desenvolvimento é a utilização de incentivos fiscais para atrair investimento estrangeiro direto. Nesse caminho, ao questionarmos alguns dos fundamentos sobre os quais as discussões internacionais estão assentadas, críticas serão contraditadas, conceitos revisitados e propostas apresentadas de modo que tais inserções, isoladamente e/ou em seu conjunto, configurem nossa contribuição que, a despeito de ser discreta, tenha a originalidade como característica.

Um dos propulsores de nossa motivação para apresentarmos o presente trabalho é nossa convicção de que a preocupação com a efetividade das políticas de desenvolvimento concorre para aumentarmos o legado que atual geração pode deixar para o futuro, atendendo às palavras de Jeffrey Sachs: “que o futuro diga de nossa geração que mandamos para frente poderosas correntes de esperança e que trabalhamos juntos para curar o mundo”.²

Encerramos esta primeira parte de nosso preâmbulo com as palavras de Fábio Konder Comparato: “estejamos convictos de que a humanidade saberá decidir livremente o seu futuro, construindo aquela ‘sociedade comum do gênero humano’ de que falou Cícero, mas na qual todos os seres humanos poderão, enfim, exercer, em igualdade de condições, o seu fundamental direito à busca da felicidade”.³

² Cf. SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 414.

³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 436.

2. MÉTODO DA PESQUISA

O trabalho que apresentamos não pretende esgotar o assunto. Uma tal pretensão nos atribuiria tarefa impossível e tentaria, em vão, negar o fato de que a ciência jurídica, como qualquer ramo do conhecimento humano, é um organismo vivo em constante evolução.

Nosso objetivo foi dar uma contribuição à ciência jurídica brasileira e fomentar o surgimento de novas pesquisas sobre o tema. Para tanto, tivemos uma incessante preocupação com as referências bibliográficas, pois são estas que demonstram o caminho percorrido e podem servir como ponto de partida para novas pesquisas. Adotamos como critério incluir nas referências bibliográficas todos os textos a que tivemos acesso, ainda que não tenham sido citados diretamente, por entendermos que contribuíam para o alcance do objetivo da tese. Ainda que não citado diretamente, o texto, eventualmente consultado e listado nas referências bibliográficas, de alguma forma contribuiu para o desenrolar da pesquisa, o que o habilitou a constar naquelas referências.

Para as citações inseridas no texto, buscamos, preferencialmente, as fontes primárias para que pudéssemos nós mesmos extrair os fundamentos das idéias dos autores que nos ajudaram a construir as conclusões.

Poderá ser observada uma predominância de material de pesquisa em língua estrangeira, uma vez que constatamos que há uma carência de trabalhos publicados sobre o assunto em língua portuguesa. Muitos artigos citados raramente são encontrados em bibliotecas do país, e a sua obtenção foi possível por meio do acesso a bases internacionais de artigos em formato eletrônico que é concedido a estudantes da Universidade de São Paulo, seja nos computadores da biblioteca ou mesmo diretamente das suas residências. Destacamos tal possibilidade, pois entendemos que se tem mostrado uma importante ferramenta para a pesquisa nesta universidade e que precisa ser mais freqüentemente explorada na pesquisa sobre temas jurídicos. Quanto aos livros, não

poderíamos deixar de mencionar a qualidade das obras e periódicos que podem ser encontrados nas bibliotecas desta Faculdade de Direito para consulta pessoal, sendo que alguns livros de doutrina internacional foram diretamente por nós adquiridos.

Assim, estivemos diante de um imenso leque de fontes de pesquisa disponíveis – em meio magnético e para consulta pessoal – e enfrentamos o grande desafio para o pesquisador: identificar o que contribui para a construção dos argumentos que convergem para o núcleo da tese. Esperamos ter vencido esse desafio.

Trabalhamos firmemente para que todos os argumentos que amparam nossas conclusões tivessem suas fontes registradas adequadamente, o que expressa nosso compromisso, como não poderia ser diferente, com a seriedade científica e acadêmica. Se alguma referência eventualmente tenha sido omitida ou assinalada equivocadamente, há de ser compreendido que tal equívoco – que esperamos não tenha ocorrido –, foi ocasionado pela grande, porém necessária, quantidade de notas que registram as diversas obras consultadas.

Tanto na pesquisa quanto na elaboração de nossas conclusões, optamos, tanto quanto entendemos aplicável, por uma abordagem interdisciplinar que buscou colher contribuições de outras ciências e de outras disciplinas jurídicas. Isso foi feito sem abandonarmos as especificidades da lógica jurídica e as características do direito tributário, bem como sem perdermos de vista, quando fizemos as conexões possíveis, os pontos que unem e diferenciam as disciplinas. Nesse sentido, buscamos atender ao que o filósofo francês, Edgar Morin,⁴ reivindica para o tratamento científico de um fenômeno complexo: distinguir, mas não separar; ao contrário, articular e associar.

⁴ Cf. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 102-3; PETRAGLIA, Izabel. *Edgar Morin: a educação e a complexidade do ser e do saber*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 58-9.

3. ROTEIRO DO TRABALHO

A fim de possibilitar um primeiro contato com os tópicos abordados no decorrer da obra, oferecemos um roteiro para o trabalho.

A apresentação do resultado de nossas pesquisas foi redigida com as regras ortográficas vigentes até 31 de dezembro de 2008, em conformidade com o período de transição até 31 de dezembro de 2012, estabelecido pelo parágrafo único do art. 2º do Decreto 6.583/2008.

O texto está estruturado em uma parte introdutória, cinco capítulos, uma parte final com o conjunto de nossas conclusões, as referências bibliográficas que utilizamos, direta ou indiretamente, e alguns anexos.

Na Introdução, além de apresentar a relevância do tema, fixar a tese a ser exposta, assinalar o método da pesquisa e oferecer o roteiro do trabalho, faremos o registro do conteúdo do desenvolvimento, não de uma perspectiva da história do desenvolvimentismo, mas de sua expressão extraída de recentes trabalhos que o associam ao conjunto das liberdades. Estabelecida a noção de desenvolvimento, vamos assinalar no texto constitucional os dispositivos que conduzem para a obrigação do Estado de promover o desenvolvimento nacional.

Ao buscar lições doutrinárias internacionais que nos ajudaram a elaborar a presente tese, bem como documentos de organismos internacionais multilaterais, sentimos a necessidade de fixar outra premissa introdutória para permitir que o estudo fosse conduzido sem ignorar o alcance de algumas idéias encontradas naqueles textos: a delimitação do conjunto de países que entendemos pertencentes aos grupos dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento.

Encerradas as lições introdutórias, seguimos para o conteúdo principal do trabalho, dividido em cinco capítulos.

No Capítulo I, iniciamos com a compreensão a respeito do caminho que conduz à competição tributária internacional, o qual envolve a globalização e as externalidades fiscais. Em seguida, verificamos se a decisão de localização de um investimento sofre alguma influência da tributação, para prosseguirmos com a apresentação de nosso conceito de competição tributária internacional (CTI). Dando continuidade ao capítulo, são também discutidos a forma como se dá a CTI para atrair investimentos estrangeiros diretos (IED) e os efeitos do IED no objetivo de desenvolvimento nacional. Finalizando o capítulo, apresentamos como a CTI vem sendo tratada nas discussões internacionais sob o aspecto de sua aceitabilidade, para, então, apresentarmos nossa proposta sobre o assunto, que utilizará uma análise estruturada pela proporcionalidade.

O Capítulo II busca identificar como pode ser preservado o caráter indutor de normas tributárias nacionais que objetivam promover o desenvolvimento em face de uma relação bilateral para a qual foi firmado um tratado para evitar a bitributação ou mesmo como um tratado pode ser, ele próprio, uma norma indutora do desenvolvimento de um ou de ambos os países signatários. São estudadas as cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*, identificando suas características e diferenças. As críticas da OCDE à cláusula de *tax sparing* são contraditadas e apresentamos razões para que tais cláusulas sejam inseridas em tratados para evitar a bitributação. Encerramos o capítulo com uma apreciação sobre a política brasileira de celebração de tratados com relação às cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*.

A neutralidade no fluxo internacional de investimentos é o assunto tratado no Capítulo III. Apresentamos as origens e características do chamado Modelo de Musgrave (CEN/CIN/NN) e, em seguida, as críticas a tal modelo. A tentativa de escapar de tais críticas levou ao surgimento de novas idéias sobre a neutralidade no fluxo internacional de investimentos (CON/NON), sobre as quais fornecemos as principais características. Fechamos o capítulo, demonstrando as relações entre as discussões sobre a neutralidade no fluxo internacional de investimentos e a promoção do desenvolvimento por meio de uma atuação em CTI para atrair IED.

Dedicamos o Capítulo IV, dividido em duas partes, para desvendarmos como as regras da OMC sobre subsídios podem limitar a utilização de incentivos fiscais na promoção do desenvolvimento. Na primeira parte, foi elaborada uma sequência de análise das regras do ASMC, que permite concluir se uma dada situação de concessão de incentivo fiscal pode ensejar medidas compensatórias por parte de outro Estado-membro da OMC. A seguir, aproveitamos para verificar como as recentes alterações nas normas sobre as ZPE brasileiras podem ser afetadas pelo ASMC. Na segunda parte, relatamos os casos DISC/FSC/ETI, tendo como objetivo, além de contribuir para uma melhor compreensão do funcionamento das regras do ASMC e para uma clarificação do conteúdo dos casos, extrair algumas lições sobre os reflexos da regulação do comércio internacional na tributação internacional da renda e, conseqüentemente, nas medidas para atrair IED adotadas nessa seara.

Chegamos ao Capítulo V para investigar em que medida a cooperação tributária internacional interessa ao objetivo do desenvolvimento nacional. Demonstramos as modalidades de cooperação tributária que são possíveis e os fóruns e organizações envolvidas atualmente na cooperação tributária internacional. A partir desse cenário, apresentamos a proposta de uma Organização Mundial de Tributação, tratando de suas funções, sua viabilidade tanto num cenário internacional individualista quanto num cenário internacional solidário voltado para a realização do direito ao desenvolvimento. Cogitamos a possibilidade de organizações multilaterais, já existentes, exercerem as funções da OMT para concluir qual seria a posição de curto e longo prazo que o Brasil deveria assumir nesse aspecto.

Em todo o percurso dos cinco capítulos, procuramos fornecer o vínculo com nosso corte temático ou moldura delimitadora que é a questão do desenvolvimento nacional. Para tanto, precisamos, dando continuidade à parte introdutória, registrar a noção de desenvolvimento que adotamos para, em seguida, assinalarmos como o desenvolvimento é tratado no texto constitucional.

4. O CONTEÚDO DO DESENVOLVIMENTO

Para assentar a noção de desenvolvimento adotada no trabalho, evitamos o escorço histórico sobre as teorias desenvolvimentistas,⁵ preferindo captar as principais características da discussão mais recente sobre o tema do desenvolvimento, presentes na obra de Amartya Sen⁶ que relaciona o desenvolvimento com a liberdade no trecho que destacamos:

“O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados repressivos. Apesar de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes

⁵ Vários textos podem ser consultados sobre as teorias desenvolvimentistas, entre eles: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46-52; RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. São Paulo: Renovar, 2007, p. 25-32; SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-63, (p. 33-37).

⁶ Amartya Sen é cidadão indiano, concluiu o doutorado em Cambridge em 1959, foi professor de filosofia e economia em Harvard até 1998, desde então é mestre em Cambridge. Foi ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1998 por seus estudos sobre a pobreza, a fome e o desenvolvimento.

autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade”.⁷

As idéias do autor conduzem para a conclusão de que o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas que é marcado por “um compromisso muito sério com as possibilidades de liberdade”.⁸ Nessa perspectiva, a liberdade não é apenas um fator instrumental, mas o destino do próprio desenvolvimento.⁹

O enfoque do desenvolvimento, defendido por Amartya Sen, é um estágio adiante ao consenso assinalado por Fábio Konder Comparato no sentido de entender o desenvolvimento como um processo de longo prazo, fomentado por políticas públicas ou programas de ação governamental nos campos econômico, social e político, possuindo estes fortes interligações entre si.¹⁰ Se por um lado concordamos em não reduzir a compreensão do desenvolvimento ao desenvolvimento econômico, uma vez que “não é a maximização da riqueza que gera a liberdade e a justiça”,¹¹ por outro lado não olvidamos que esse processo de expansão das liberdades, que Amartya Sen atribui ao desenvolvimento, não prescinde do desenvolvimento econômico e da ampliação da riqueza social. Nesse sentido, o próprio Amartya Sen reconhece que não se pode compreender o desenvolvimento sem seus componentes econômico, social, político ou jurídico.¹²

É na dimensão do desenvolvimento econômico que as discussões na seara do direito tributário internacional, envolvendo a competição e a cooperação tributária internacionais, estão mais diretamente inseridas, ao tratarem, por exemplo, das regras de

⁷ Cf. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

⁸ Cf. SEN, *op. cit.*, (nota 7), p. 336-7.

⁹ Cf. BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 31-60, (p. 58).

¹⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 395.

¹¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – v. II - Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 350.

¹² Cf. SEN, Amartya. Prefácio: reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 13-30, (p. 18).

tributação do investimento direto, tendo como efeito a restrição ou o estímulo ao desenvolvimento.

Registrada a noção de desenvolvimento que adotamos, ainda temos que fornecer um panorama de como o desenvolvimento, assim entendido, foi tratado no texto constitucional brasileiro, identificando as exigências constitucionais estabelecidas em relação ao assunto, de maneira a dar o contorno completo de nosso corte temático.

4.1. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988

Percebemos a presença do ideal de desenvolvimento, na Constituição de 1988, desde seu preâmbulo que, a despeito de não possuir força normativa, fornece-nos uma prévia dos valores em direção aos quais o Estado estruturado pela Constituição deve atuar. A inclusão do desenvolvimento entre os valores supremos do Estado estruturado pela Constituição, conforme consta do preâmbulo, já nos dá a dimensão da importância do tema no nível constitucional. A partir do preâmbulo, a presença do ideal de desenvolvimento permeia toda a chamada Constituição Econômica, o que nos leva à necessidade de conhecer o conteúdo de tal expressão.

Tomando o magistério de Vital Moreira, temos que a constituição econômica é “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.¹³ Não podemos deixar de assinalar que a identificação de tais normas no texto constitucional não é tarefa topográfica, conforme já lecionou Washington Peluso Albino de Souza, uma vez que a constituição econômica “apresenta-se na tessitura estrutural desta [da Constituição como um todo], não importa na condição de Parte, Título, Capítulo ou em artigos esparsos. Sua caracterização baseia-se tão-somente na

¹³ Cf. MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974, p. 35.

presença do 'econômico' no texto constitucional".¹⁴ Seguindo tal orientação, assinalaremos algumas normas constitucionais que impulsionam o Estado brasileiro na busca pelo desenvolvimento.

Antes de iniciarmos a consideração do texto constitucional, temos que registrar que, na determinação de nosso corte temático que toma o desenvolvimento conforme as exigências constitucionais, partiremos do gênero norma constitucional sem aprofundar em sua natureza de regra ou princípio, o que, entendemos, levaria nossa pesquisa para longe da hipótese de nossa tese.¹⁵

Identificaremos, a seguir, os dispositivos constitucionais que entendemos ter o conteúdo mais impregnado de exigências em relação ao desenvolvimento, sem querer esgotar a identificação de tal conteúdo no texto constitucional. Trataremos do art. 1º, do art. 3º, do art. 170 e do art. 174.

No *caput* do art. 1º, o Estado brasileiro é definido como Estado Democrático de Direito o que, ao tempo em que traz implicações das mais profundas na compreensão do texto constitucional, é apontado por José Afonso da Silva como um comando normativo que pressupõe a vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o pleno exercício de direitos individuais, políticos e sociais.¹⁶ Nos incisos do mesmo artigo, encontramos os fundamentos deste Estado e, entre eles, a dignidade da pessoa humana. Para Luís Eduardo Schoueri, extraímos daí a imposição de um vetor da atuação estatal positiva, que aponta no sentido de que seja construída uma sociedade que valorize a existência digna da pessoa humana por meio da diminuição das desigualdades sociais no contexto do Estado Democrático de Direito.¹⁷ O mesmo autor entende que a diminuição das desigualdades sociais implica ampliar a liberdade das camadas sociais mais

¹⁴ Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 23.

¹⁵ Sem dúvida, é riquíssima a doutrina sobre a questão dos princípios e sua distinção das regras. Como escapa de nosso objetivo aprofundar esse debate, apenas assinalamos duas obras sobre o assunto. A primeira, pela influência na metodologia do Direito e na distinção entre princípio e regra, que é a obra de Karl Larenz (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, *passim*). A segunda, por oferecer um panorama da evolução da distinção entre princípios e regras e por conter algumas das referências bibliográficas mais destacadas sobre o assunto, que é a obra de Humberto Ávila, intitulada *Teoria dos Princípios* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, *passim*).

¹⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124. No mesmo sentido, ver: FARENA, Duciran Van Marsen. *O princípio constitucional do desenvolvimento*. Tese (Doutorado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996, p. 135.

desfavorecidas,¹⁸ o que nos leva a confirmar que o desenvolvimento, adotado pelo texto constitucional, é o desenvolvimento entendido como um processo de ampliação das liberdades. Assim, um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, deve buscar o fortalecimento do processo de desenvolvimento e, portanto, o fortalecimento das políticas que visem à ampliação das liberdades por meio da diminuição das desigualdades sociais.

Avançando no destaque de alguns dos dispositivos constitucionais que tratam do desenvolvimento, encontramos, no inciso II do art. 3º, a determinação de que garantir o desenvolvimento nacional é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Essa referência por si só poderia suscitar uma interpretação de que o desenvolvimento nacional, apontado como objetivo fundamental do Estado brasileiro, seria aquele que se confunde com o desenvolvimento econômico, mas, considerando todos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e não só aquele estampado no inciso II do referido artigo, fica desvelado o vetor valorativo presente em tal trecho constitucional que converge para o conteúdo do desenvolvimento como um processo de ampliação das liberdades que não está restrito a uma de suas dimensões, a econômica. De outro modo não poderíamos conceber, pois a busca por um desenvolvimento nacional focado apenas na dimensão econômica não garantiria a superação do individualismo nato do sistema econômico capitalista, o que seria incompatível com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. O simples crescimento, associado ao desenvolvimento econômico, sem que ocorra qualquer transformação, seja social, seja no sistema produtivo, foi chamado por Gilberto Bercovici de simples modernização que não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população. Nesse sentido, o mesmo autor assinalou que o conjunto do desenvolvimento econômico com o social, tendo como resultado a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais.¹⁹

¹⁷ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário – estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471, (p. 457-8).

¹⁸ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 17), p. 462.

¹⁹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir de Constituição de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38 e 42-3.

No art. 170 encontramos parte relevante da nossa Constituição Econômica de modo tal que, no *caput* do artigo, há a determinação da finalidade da “ordem econômica”, o que exige uma clarificação sobre tal expressão.

Eros Grau assume que ordem econômica e constituição econômica possuem conceitos bastante próximos, cuidando de explicar que tal proximidade refere-se à ordem econômica do mundo do dever ser que não pode ser confundida com a ordem econômica do mundo do ser. Para o autor a ordem econômica instalada no nível constitucional tem por fim o aprimoramento da ordem econômica do mundo do ser, operando, com as transformações que exige, para instrumentalizar sua preservação.²⁰ Entendemos que são exatamente tais transformações exigidas pelo texto constitucional que constituem o componente básico do processo de desenvolvimento na dimensão da ordem econômica do mundo do ser. Tais transformações, tendo como finalidade assegurar a todos a existência digna, serão levadas a efeito por meio de situações que sofrerão a incidência de vários vetores valorativos enumerados naquele artigo, dos quais destacamos dois para contribuir na composição de nosso corte temático: a soberania nacional e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Concordamos com a idéia exposta por Carla Abrantkoski Rister de que é exigida de um país, orientado pelo vetor valorativo da soberania nacional em sua Ordem Econômica do dever ser, a preocupação com seu próprio desenvolvimento, uma vez que não é razoável supor “que outras nações tomem para si tal incumbência”. A autora, ao afirmar que o Estado brasileiro, orientado por tal vetor valorativo, deve defender um “projeto próprio de desenvolvimento”,²¹ fornece a primeira impressão de que defende um projeto de desenvolvimento que ignore a inserção do país no cenário globalizado, mas, em seguida, afasta tal impressão, assinalando que a busca pelo desenvolvimento nacional de maneira independente em relação aos demais países deve observar os limites do possível na correlação de forças políticas e econômicas no cenário internacional, sem adotar uma postura passiva em tal processo, pois a Constituição exige que o Estado brasileiro conduza seu próprio processo de desenvolvimento, tendo como destinatário o seu povo.²²

²⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 53.

²¹ Cf. RISTER, *op. cit.*, (nota 5), p. 282.

²² Cf. RISTER, *op. cit.*, (nota 5), p. 285

Ressalvamos que não se trata apenas de uma correlação de forças, pois, assim tomado, poderíamos imaginar que havendo suficiente força política e/ou econômica no cenário internacional, poderia um Estado fazer prevalecer seu projeto nacional, o que representaria uma postura isolacionista que a longo prazo traria mais prejuízos que benefícios para o país. Assim, a soberania nacional como um vetor valorativo da Ordem Econômica do dever ser tem que ser encarada com a devida cautela para não a tomarmos como um incentivo ao isolacionismo no cenário internacional.

Compartilhamos a constatação de que, nos últimos anos, política tributária, questões de desenvolvimento e globalização estão colidindo em caminhos - antes dificilmente imagináveis²³ - levando à necessidade de considerarmos a atuação estatal na busca pelo desenvolvimento sob o prisma tanto interno como internacional.²⁴ Não é nosso objetivo contribuir na discussão a respeito dos benefícios fiscais numa visão estrutural dentro do ordenamento jurídico ou mesmo como instrumentos à disposição do Estado na tarefa de promover o desenvolvimento, mas que não possam sofrer influência decisiva de fatores externos ou internacionais decorrentes das relações mantidas com outros países. Nossa atenção estará voltada para a discussão a respeito da repercussão internacional da adoção de benefícios fiscais, como instrumentos à disposição do Estado para promover o desenvolvimento, que possam sofrer restrições oriundas de compromissos internacionais por conformar uma situação de competição tributária.

Como Rabih Ali Nasser alertou, “a importância do aspecto internacional está em que, apesar de ter obrigatoriamente o desenvolvimento nacional como objetivo último orientador de suas ações, o Estado não pode deixar de levar em consideração fatores externos dos quais esse mesmo desenvolvimento depende”. Nesse cenário, quanto mais um país aproveita os recursos externos para promover o desenvolvimento nacional, maior será a necessidade de levar em consideração os aspectos internacionais, sem que isso signifique um abandono da soberania nacional.²⁵ Certo é que não há como negar que o processo de desenvolvimento, pelo menos em seu componente econômico, pode ser substancialmente

²³ WHISENHUNT, Whitney. To Zedillo or not to Zedillo: why the world needs an ITO. *Temple International & Comparative Law Journal*. v. 16, n. 2, 2002, p. 559.

²⁴ Cf. NASSER, Rabih Ali. *A OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 72.

²⁵ Cf. NASSER, *op. cit.*, (nota 24), p. 74. Preferimos falar, divergindo do citado autor nesse ponto, em aproveitamento dos recursos vindos do exterior, e não em dependência de tais recursos.

paralisado pela ação de Estados estrangeiros, no plano internacional,²⁶ na medida em que restrições, retaliações ou medidas compensatórias que forem impostas em resposta a uma atuação voltada para a busca do desenvolvimento nacional podem dificultar ou desestimular o fluxo de investimentos e a ampliação do comércio internacional, resultando na criação de obstáculos ao atingimento dos objetivos do desenvolvimento.

O vetor valorativo que aponta para a diminuição das desigualdades regionais e sociais, explicitado no inciso VII do art. 170, exige a adoção de algumas medidas de incentivo utilizando benefícios fiscais. A doutrina internacional, em seu estágio atual, pode considerar tais medidas como competição tributária danosa ou mesmo um subsídio a ser combatido diante da OMC. Esse conflito entre o interesse nacional e a liberdade internacional dos investimentos e do comércio precisa ser tratado em um ambiente de cooperação internacional mais do que por normas multilaterais sancionatórias. É disso que trataremos no Capítulo V.

Acompanhando Guilherme Amorim Campos da Silva, podemos compreender, ainda, que no art. 174 a Constituição estabelece um dever do Estado: promover o desenvolvimento econômico nacional, melhorando a qualidade de vida de cada cidadão. O mesmo autor conclui que a norma jurídica constitucional que estabelece o direito ao desenvolvimento nacional é provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes da União. Dessa maneira todos os poderes do Estado devem atuar na direção da implementação de tal objetivo fundamental.²⁷

Estabelecido o contorno de nosso corte temático, acrescentaremos a essa parte introdutória a definição do conteúdo dos grupos de países chamados desenvolvidos e em desenvolvimento.

5. PAÍSES DESENVOLVIDOS (PD) E PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO (PED)

²⁶ Cf. COMPARATO, *op. cit.*, (nota 10), p. 397.

²⁷ Cf. SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p. 66.

Como parte de nossas considerações introdutórias para o presente trabalho, retomamos uma preocupação de nossa dissertação de mestrado que entendemos precisa ser objeto de maior especificação para o enfrentamento das questões que aqui trataremos: a definição do que consideramos um país em desenvolvimento. A necessidade de clarificação da composição do grupo de países chamados em desenvolvimento em contraponto a outro grupo chamado desenvolvido advém da presença constante em textos internacionais de referências a tais grupos de países

Em nossa dissertação de mestrado adotamos a posição de Klaus Vogel com relação à expressão “país em desenvolvimento”.²⁸

Mencionamos que Klaus Vogel questiona se faz sentido falarmos em países em desenvolvimento, uma vez que os Estados, que geralmente se designam como países em desenvolvimento, diferem entre si, em suas condições, meios e possibilidades, das mais variadas maneiras. Entre os países ditos em desenvolvimento estão os países mais pobres do mundo, que dependem fortemente da exportação de matérias-primas e encontram-se presos a um círculo vicioso de pobreza, mas também estão países que conseguem uma boa desenvoltura comercial internacional – o autor cita como exemplo o Brasil.

Naquela ocasião, apontamos o ponto em comum que Klaus Vogel encontrara nesses países: “são determinados a recuperar a sua economia, criando a possibilidade de exportação para os Estados ‘desenvolvidos’, removendo os entraves comerciais, e interessados, por outro lado, nos investimentos de Estados industrializados, que fazem falta para a criação de novos empregos e, por conseguinte, de poder aquisitivo”.²⁹ Além de assumir tal posição de Klaus Vogel, acrescentamos que a busca dos países em desenvolvimento por investimentos de Estados industrializados tinha como objetivo contribuir decisivamente para aumentar o nível geral de qualidade de vida e de desenvolvimento humano.³⁰

²⁸ Cf. SILVA, Mauro José. *Direito ao desenvolvimento e fonte do pagamento: em busca de fundamentos jurídicos para a divisão interestatal do poder de tributar a renda*. Dissertação (Mestrado em direito). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004, p. 59-61.

²⁹ Cf. VOGEL, Klaus. Importância do direito tributário internacional para os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho T.; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado – Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 471-487, (p. 470-1).

³⁰ Cf. SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 60.

Continuamos compartilhando de tal posição, mas entendemos que precisamos avançar para definirmos exatamente quais países, no contexto do concerto das nações, consideramos como países desenvolvidos (PD) e quais países consideramos países em desenvolvimento (PED), uma vez que em diversos trechos do trabalho faremos menção aos dois grupos de países.

A dificuldade de uma definição do que seja PED está refletida nas variadas posições adotadas por algumas organizações internacionais de destaque no cenário internacional: Organização Mundial do Comércio (OMC) e Organização das Nações Unidas (ONU).

Vera Thorstensen anota que, no âmbito da OMC, existe controvérsia sobre definição de país em desenvolvimento. No âmbito daquela organização foram tentadas inúmeras discussões para a elaboração de um critério de definição, mas, sem conseguir sucesso, preferiu-se deixar para cada país a iniciativa de se definir como desenvolvido ou em desenvolvimento.³¹

Por conta disso, conforme observado por Rabih Ali Nasser, a partir da Rodada Uruguai, o Brasil é visto pelos países desenvolvidos como um membro pleno, mesmo sem ter atingido um grau de desenvolvimento comparável que não deve pretender receber tratamento privilegiado ou mais benéfico.³²

Essa observação do autor pode ser entendida quando observamos que, na Parte IV do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), que trata de comércio e desenvolvimento, há referência às “partes contratantes menos desenvolvidas” e não às “partes contratantes em desenvolvimento”.³³ No mesmo sentido, no Anexo VII do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) temos expressa a definição de quais países em desenvolvimento, membros da OMC, que não estão sujeitos às limitações sobre subsídios proibidos. Estão nessa condição

³¹ Cf. THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p. 255.

³² Cf. NASSER, *op. cit.*, (nota 24), p. 257.

³³ Em inglês: “less-developed contracting parties” e “developing contracting parties”.

os países que são considerados Países Menos Desenvolvidos (PMD) pela ONU e outros 20 países com renda *per capita* inferior a US\$ 1.000,00.³⁴

Por sua vez, a ONU considera que são PMD aqueles países que obedecem aos seguintes critérios:

- Baixa renda *per capita* nos últimos três anos;
- Baixo desenvolvimento humano, medido com base nos indicadores de nutrição, saúde, educação e alfabetização entre adultos;
- Alta vulnerabilidade econômica, baseada em indicadores como: instabilidade na produção agrícola, instabilidade de exportação de bens e serviços, importância econômica de atividades não tradicionais, concentração de exportações e percentual da população desalojada por desastres naturais.³⁵

Com base nesses critérios, a lista de PMD tem atualmente 50 países conforme demonstrado na Tabela A.I.2.

Então, segundo o anexo VII do ASMC, os países em desenvolvimento, membros da OMC, que não estão sujeitos às limitações sobre subsídios proibidos, totalizam 70, conforme relacionados na Tabela A.I.3.

O Brasil não consta, então, entre os países em desenvolvimento, membros da OMC, que não estão sujeitos às limitações sobre subsídios proibidos³⁶, submetendo-se ao mesmo tratamento previsto para os países desenvolvidos nesse aspecto. Não é objeto do presente trabalho a análise dos fundamentos dos critérios da regulamentação da OMC, mas não deixamos de registrar a flagrante ofensa à igualdade que essa situação gera, uma vez que um país, o Brasil, com renda *per capita* US\$ 5.910 (Tabela

³⁴ Veja a lista completa do anexo VII do ASMC, incluindo esses 20 países, na Tabela A.I.3.

³⁵ Cf. UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Committee for Development Policy. *Report on the sixty session*. mar./abr. 2004. E/2004/33. Disponível em: <<http://www.un.org/docs/ecosoc/>>. Acesso em: 03 set. 2008, p. 15.

³⁶ Veremos no item 4.1.1.3.3 que em relação aos subsídios recorríveis (amarelos) todos os PED são excepcionados dos requisitos subjetivos para a configuração da recorribilidade.

A.I.1) submete-se ao mesmo tratamento que outro país com renda *per capita* cerca de oito vezes maior, US\$ 46.040 (Tabela A.I.1), no caso dos EUA.

Considerando a dificuldade de uma definição conceitual do que seja país em desenvolvimento mesmo na ONU e na OMC, adotamos uma definição concreta apoiada em dados do Banco Mundial. Assim, são países em desenvolvimento os países que não são relacionados pelo Banco Mundial como países de alta renda e, por óbvio, são países desenvolvidos os países considerados pelo Banco Mundial como de alta renda.

A tabela A.I.1 traz a relação completa dos países de alta, média e baixa renda, segundo dados do Banco Mundial, bem como esclarece os critérios que aquele organismo utiliza para tal classificação.

É certo que existem fatores importantes na determinação do grau de desenvolvimento de um país – desenvolvimento entendido como um processo de ampliação das liberdades e não simplesmente desenvolvimento econômico – que escapam da medida da renda *per capita* que é a base da classificação que adotamos. Entre tais fatores podem ser citados: distribuição de renda, poluição e degradação ambiental, níveis adequados de saúde e educação. Mas é inegável a correlação positiva entre renda *per capita* e a maioria desses fatores, pois a realidade nos mostra que os residentes nos países mais ricos dispõem de melhor acesso à saúde, educação e melhor distribuição de renda do que os residentes em países mais pobres.³⁷

A classificação proposta não é imune a críticas, ao contrário, suscita muitos questionamentos, entre eles, se ainda faz sentido a divisão de tais grupos de países. Com relação a isso, a UNCTAD, organismo da ONU que cuida de questões relacionadas ao comércio e ao desenvolvimento, reconhece que os contrastes entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, que marcaram as relações internacionais na década de 1960, ainda estão presentes atualmente, havendo até casos em que os contrastes aumentaram.³⁸ Outras relevantes críticas podem ser apresentadas, com as quais não debateremos, uma vez que nossa pretensão com a classificação oferecida não vai além de permitir uma visão mais

³⁷ Cf. MARGALIOH, Yoram. Tax competition, foreign direct investments and growth: using the tax system to promote developing countries. *Virginia Tax Review*, v. 23, p. 157-200, 2003, p. 160-1.

³⁸ Cf. UNITED NATIONS. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The spirit of São Paulo*. São Paulo, 2004, p. 1.

concreta do grupo de países que, em alguns trechos, chamamos de PED e PD, seguindo a freqüente referência a tais grupos de países, existente em textos doutrinários internacionais.³⁹

³⁹ A divisão de PD e PED baseada em renda *per capita* é assumida, entre outros, por Yoram Margalioth em MARGALIOTH, *op. cit.*, (nota 37), p. 191.

CAPÍTULO I. COMPETIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL E DESENVOLVIMENTO

1.1. DESENVOLVIMENTO, GLOBALIZAÇÃO E COMPETIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL

Nas últimas décadas, cada vez mais o avanço no processo de promoção do desenvolvimento nacional deixou de ser possível sem que se considere a atuação do Estado num contexto global no qual as políticas públicas nacionais influem e são influenciadas pela atuação de outros países e de corporações transnacionais por conta do fenômeno da globalização.

Tal fenômeno teve suas características essenciais muito bem identificadas e sintetizadas por José Eduardo de Faria. O autor constatou que o período anterior à globalização foi marcado por um cenário social, político, econômico e cultural, identificado com os Estados-nação e com o poder para realizar objetivos e implementar políticas públicas por meio de decisões e ações livres, autônomas e soberanas. O fenômeno, a que chamamos globalização, surge e se consolida marcado pela interdependência, onde lógicas e racionalidades, dinâmicas e procedimentos se entrecruzam e ultrapassam fronteiras tradicionais. Desaparecem, em inúmeras situações, as distinções entre países, surgindo enormes dilemas para os governos. Os atores envolvidos na globalização chegam a ponto de desafiar a autoridade dos *policy makers* quando lhes convém e, na defesa de seus interesses, não reconhecem tal autoridade ou não contribuem para a solução de problemas nacionais.⁴⁰

A condução da globalização para a competição internacional no comércio foi tratada por Vera Thorstensen. Embora as considerações da autora refiram-se diretamente ao comércio e não à tributação, é certo que cada vez mais a competição

⁴⁰ Cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 14.

internacional, no comércio, implicará competição tributária, como veremos com o exemplo dos casos DISC/FSC/ETI no item 4.2.

A autora observa que, como resultado do processo de globalização, tem ocorrido um aprofundamento da especialização internacional e da interpenetração das economias nacionais, de um modo tal que os interesses econômicos das nações passaram a estar reciprocamente relacionados, tornando sem significado a tradicional distinção entre instrumentos de política econômica doméstica e instrumentos de política econômica internacional. O cenário, assim constituído, permite que as medidas que tenham impacto na decisão de produção de bens ou serviços de uma empresa globalizada se tornem tema de interesse para os governos de outros países e para a comunidade internacional, seja ela focada no lado do produtor ou no lado do consumidor. Essas transformações têm contribuído para o surgimento e aprofundamento de uma nova postura para o comércio internacional que, partindo de um enfoque de simples liberalização de fronteiras, aponta para uma abordagem mais ampla, orientada para a competição internacional.⁴¹

Vito Tanzi nos fornece curiosa metáfora sobre o funcionamento dos sistemas tributários no mundo globalizado e voltado para a competição internacional. Para o autor, com a globalização, os sistemas tributários funcionam como placas tectônicas em atrito umas com as outras. De forma similar às placas tectônicas, eles vão desenvolvendo pressões por busca de melhores oportunidades entre si por causa das diferentes alíquotas, das diferentes bases de tributação e pelas diferentes possibilidades de elisão e evasão. Essas pressões são exploradas pelos operadores na economia privada para aumentar seu bem-estar econômico no sistema,⁴² uma vez que numa economia global o comércio e os negócios internacionais são dominados por um número relativamente baixo de poderosas empresas multinacionais. Assim, se de um lado tais empresas podem estar sujeitas a tributos que se sobrepõem em vários países, criando barreiras para o comércio e o investimento internacionais; de outro lado, a multinacional pode ser capaz de tirar vantagem de seu *status* para efetivar a elisão ou a evasão em todos ou alguns dos países nos quais atua.⁴³

⁴¹ Cf. THORSTENSEN, *op. cit.*, (nota 31), p. 286.

⁴² Cf. TANZI, Vito. *Taxation in an integrating world*. Washington: The Brookings Institution, 1995, p. 6.

⁴³ Cf. UNITED NATIONS. Secretariat. Ad hoc group of experts on international cooperation in tax matters. Eleventh meeting. *Institucional framework for international tax cooperation*. ST/SG/AC.8/2003/L.6. 19 ago. 2003. Disponível em: <<http://documents.un.org/simple.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008, parág. 4.

O que destacamos, para nossa análise, é o fato de a globalização, nos moldes que assistimos nos últimos anos, contribuir para a transformação de problemas nacionais em internacionais e vice-versa.⁴⁴ Nesse sentido, o consenso internacional aponta para o fato de que os governos estão cada vez mais limitados na sua capacidade de determinar suas formas de tributar ou mesmo fixar as alíquotas dos tributos devido ao crescimento da interdependência econômica e financeira internacional.⁴⁵

Essa interdependência tem reflexos no processo de desenvolvimento nacional na medida em que, para promovê-lo, os países admitem alterar sua tributação, o que suscitará a reação de outros países com o mesmo objetivo, resultando no que é denominado competição tributária internacional (CTI).

Para iniciarmos a compreensão do fenômeno da CTI, vamos inicialmente verificar como esta se relaciona com as chamadas externalidades fiscais.

⁴⁴ Cf. TANZI, Vito, ¿Se necesita una organización mundial de tributación? In: ASAMBLEA GENERAL DEL CIAT, nº 32, Salvador, p. 67-83, 1998, Disponível em: <<http://www.ciat.org>>. Acesso em: 12 set. 2008, p. 2.

⁴⁵ Cf. UNITED NATIONS. General assembly. Preparatory committee for the international conference on financing for development. Technical note nº 1: *Existing proposals for enhanced international cooperation in tax matters*. A/AC.257/27/Add.1. 20 set. 2001. Disponível em: <<http://documents.un.org/simple.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008, parág. 1. A OCDE, o FMI e o Banco Mundial também reconhecem que a globalização dificulta os países na cobrança de seus próprios tributos em ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Developing the international dialogue on taxation: a joint proposal by the staffs of the IMF, OECD and World Bank. 13 mar. 2002. *World Tax Daily*. 2002 WTD 50-23, 2002, p. 1.

1.2. EXTERNALIDADES E CTI

O termo externalidade é bastante usado por economistas, relacionando-se com os benefícios ou custos oriundos ou ligados ao exercício de determinada atividade, mas que não são suportados por quem lhes dá causa, e sim por terceiros. Ou seja, são efeitos suportados por agentes "externos" à sua origem, sendo comuns na vida social. Podem ser efeitos desejados e fomentados, mas podem também ser alheios à vontade de quem os causa. Assim, as externalidades designam os efeitos, positivos ou negativos, decorrentes da ação de algum agente econômico, particular ou do Estado, que podem recair ou afetar pessoas que não estejam ligadas à própria atividade geradora do efeito. Na expressão literal usada por Rachel Sztajn, "externalidade é, (...), o efeito experimentado por alguém, mas que deriva de ato, fato ou ação de outrem".⁴⁶ As externalidades não correspondem a uma ação ilícita por parte de seus causadores, mas assinalam a presença de uma falha de sinal de mercado.⁴⁷

A relação entre externalidade e competição tributária está ligada a críticas feitas à própria origem dos estudos de economistas sobre a competição tributária. Os estudos econômicos sobre competição tributária têm origem no trabalho de Charles Tiebout de 1956 que examinou o comportamento da provisão de bens públicos por governos locais. O estudo de Tiebout apontou que a competição entre governos pelo aumento da população aumentaria o bem-estar da sociedade como um todo. Para evitar perder residentes, jurisdições deviam ajustar o gasto público e o nível de tributação para as preferências locais. Indivíduos escolheriam a jurisdição na qual eles desejariam viver de acordo com sua demanda por serviços públicos relativamente ao nível da carga de tributos. Para o autor, a competição entre governos seria similar a uma competição por produtos no mercado, resultando num incentivo aos governos em buscar a eficiência e satisfazer a

⁴⁶ Cf. SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004, (p. 7).

⁴⁷ Cf. NUSDEO, Fábio, *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 153.

população de eleitores.⁴⁸ Esta visão positiva de Tiebout sobre a competição tributária⁴⁹ animou muitos estudiosos, mas não escapou a várias críticas, entre elas, a de ter como premissa um mundo simplista no qual os proprietários de terras dominam as decisões governamentais e procuram aumentar o valor de seu patrimônio, atraindo mais habitantes para a região. Além dessa crítica quanto ao simplismo do mundo imaginado por Tiebout, os críticos de seu modelo insistem que se um governo local procura maximizar o bem-estar de seus habitantes engajando-se em competição tributária, tal postura afetará o bem-estar dos habitantes de outras regiões por causa dos efeitos das externalidades.⁵⁰ Em termos econômicos, a análise a respeito de como a competição tributária estaria relacionada a uma externalidade fiscal é atribuída a David E. Wildasin. Para esse autor, a externalidade fiscal ocorreria quando as políticas públicas de uma região afetam o orçamento de outra região. Como exemplo de uma externalidade fiscal assinalou o caso no qual uma jurisdição diminui a tributação sobre o capital e, por conta disso, recebe investimento em detrimento de outras jurisdições causando a diminuição da receita tributária daquele.⁵¹ Um dos exemplos mais recorrentes de externalidade fiscal é aquele fornecido por Reuven Avi-Yonah: desde que, em 1984, os EUA aboliram o imposto retido na fonte sobre juros pagos a estrangeiros, a maior parte dos países importadores de capital não tem sido capaz de exigir tal tributo devido ao medo de perder investimento estrangeiro do tipo *portfolio*.⁵²

As externalidades são tidas como positivas ou negativas na medida em que, respectivamente, resultam em benefício ou em custo para um terceiro.⁵³ São normalmente associadas a custos e ganhos da atividade privada que em virtude de falhas

⁴⁸ Cf. TIEBOUT, Charles M. A pure theory of local expenditures. *The Journal of Political Economy*. v. 64, n. 5. p. 416-424, oct. 1956, *passim*.

⁴⁹ Para conferir uma resenha sobre as discussões das teorias econômicas sobre competição tributária e externalidade fiscal ver: PORSSE, A. A. *Competição tributária regional, externalidades fiscais e federalismo no Brasil: uma abordagem de equilíbrio geral computável*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2005.

⁵⁰ Cf. TEATHER, Richard. *The benefits of tax competition*. London: The Institute of Economic Affairs, 2005, p. 39.

⁵¹ Cf. WILDASIN, David E.. Interjurisdictional capital mobility: fiscal externality and a corrective subsidy. *Journal of Urban Economics*. n. 25, p. 192-212, 1989, p. 194-6.

⁵² Cf. AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. *Harvard Law Review*, n. 113, mai. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=208748>. Acesso em: 29 out. 2008, p. 2. Para uma noção do que seja um investimento do tipo *portfolio*, ver nota 82.

⁵³ Cf. NUSDEO, *op. cit.*, (nota 47), p. 154.

no mecanismo de mercado afetam outros além daqueles que os originaram.⁵⁴ Mas a consideração da externalidade num cenário de relação sócio-econômica não é recomendada apenas para situações que envolvem agentes privados. Para Rachel Sztajn, as externalidades compõem uma das formas de análise de fenômeno mais geral, que resulta em entender que cada ato ou ação, mesmo individual, pode ser inserido numa cadeia de causa e efeito, sendo difícil determinar quando o ato seja apto ou não para produzir qualquer repercussão externa ao agente. Assim, perfeitamente aplicável a idéia de externalidade num cenário de competição tributária internacional no qual os atores envolvidos são governos de países soberanos. Nesse sentido, Vito Tanzi cita um exemplo de externalidades envolvendo decisões governamentais. Para o autor, num cenário globalizado e com mercados interconectados, um aumento da taxa de desconto em um importante Banco Central pode ter conseqüências internacionais e provocar fortes reações por parte de outros países.

Rachel Sztajn assinala ainda que, ao considerarmos a externalidade, estamos, em termos jurídicos, considerando o valor da solidariedade entre pessoas. Isso se dá na medida em que as externalidades podem resultar de atos de disposição de bens, de exercício de atividades ou de aplicação de normas que causam desconforto a terceiros. Ao considerarmos a externalidade, ou seja, ao considerarmos o desconforto causado a terceiros, estaríamos concretizando a solidariedade.⁵⁵ Nessa medida, concordamos com a professora da Universidade de São Paulo quando esta afirma que identificar externalidades relevantes e encontrar remédios para conter seus efeitos negativos é tarefa dos operadores do direito, pois, nesse caso, apesar de utilizarmos uma noção tradicionalmente econômica, mantivemos a lógica jurídica voltada para os valores.

Voltando-nos para a tributação internacional, constatamos que não é incomum, no estudo da competição tributária internacional, relacioná-la com o fenômeno das externalidades. No texto de Chris Edwards e Veronique de Rugy, encontramos a associação feita pelo especialista em finanças públicas, Wallace Oates, que afirmou existir

⁵⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 76.

⁵⁵ Cf. SZTAJN, *op. cit.*, (nota 46), p. 8-9.

um tipo de externalidade fiscal quando os formuladores de política tributária de uma jurisdição não levam em conta as repercussões de suas decisões em outras jurisdições.⁵⁶

Ao considerarmos as externalidades fiscais, vislumbramos o espaço para a aplicação da teoria dos jogos no estudo da CTI, pois passamos a ver determinado país, ao definir seu sistema de tributação internacional da renda, como um ator, um jogador, no cenário internacional globalizado, que age e reage de acordo com a atuação real e/ou esperada dos outros atores. Cada política tributária afeta e é afetada pelas políticas reais e/ou esperadas dos demais países. Em cada cenário de CTI, a previsibilidade das externalidades é que faz com que os países confrontem-se em situações similares a algum dos jogos que tratamos no item 5.3 – dilema do prisioneiro, por exemplo.

Tendo visto que a opção de promover o desenvolvimento por meio da utilização de alterações no sistema tributário pode conduzir à CTI, devemos agora verificar se tal opção é coerente com objetivo, ou seja, se, de fato, podem existir consequências favoráveis ao desenvolvimento quando há alterações na tributação, para em seguida apresentarmos uma proposta sobre como a CTI deve ser tratada no ambiente internacional a fim de permitir que contribua com o processo de ampliação das liberdades substantivas das pessoas.

1.3. INFLUÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO NA DECISÃO SOBRE INVESTIMENTOS

Para concluirmos em que medida a CTI é coerente com o objetivo do desenvolvimento e apresentarmos uma proposta de como o assunto deve ser tratado entre os países, precisamos, inicialmente, buscar evidências de que as considerações sobre a tributação têm realmente alguma influência na decisão da localização de investimentos, sejam eles diretos, em *portfolio* ou em ativos financeiros.

⁵⁶ Cf. OATES, Wallace. Fiscal Competition or Harmonization? Some Reflections, *National Tax Journal*, September 2001, p. 507 *apud* EDWARDS, Chris; RUGY, Veronique de. International Tax Competition- A 21st-Century Restraint on Government. *Policy Analysis*. n. 431, p. 1-43, abr. 2002, p. 21.

No início da década de 1990, a então Comunidade Européia designou um comitê de especialistas para, em primeiro lugar, avaliar a importância da tributação para a decisão empresarial com respeito à localização de investimento e a alocação internacional de lucros entre empresas e a necessidade de uma maior harmonização dessa tributação dentro da Comunidade Européia. O comitê foi presidido por Onno Ruding, daí seu relatório ser comumente chamado de *Ruding Report*. Teve como membros: Donal de Builteir, Jean-Louis Descours, Lorenzo Gascon, Carlo Gatto, Ken Messere, Albert Rädler e Frans Vanistendael. Reuniu-se onze vezes, entre janeiro de 1991 e fevereiro de 1992, para elaborar o relatório, no qual essa questão foi enfrentada com relação aos países que compunham a comunidade.⁵⁷ Num estudo envolvendo 17 países europeus, apurou-se que, para 48% das empresas industriais, a tributação seria o maior fator a influir na decisão de localização da fábrica. Esse percentual seria de 38% para os estabelecimentos comerciais, 41% para estabelecimentos de pesquisa e desenvolvimento, 57% para estabelecimentos que funcionam como centros de coordenação do grupo empresarial e 78% para estabelecimentos que funcionam como centros financeiros. A conclusão do relatório foi a de que a tributação não é o único determinante nas decisões sobre localização de investimento, mas tem uma forte influência, principalmente no setor financeiro.⁵⁸ Apesar disso, os membros do comitê não conseguiram concluir se haveria evidências decisivas de que a ação isolada de governos nacionais provocaria uma desordenada e generalizada competição tributária, levando para a erosão da arrecadação relativa às empresas dentro dos Estados-membros. Ao contrário, desde 1965 até a data do relatório teria ocorrido um aumento da participação da tributação sobre a renda das empresas em relação ao PIB. Apesar dessa falta de evidências decisivas da chamada “*race to the bottom*”⁵⁹, considerando um período de tempo maior, o relatório constata que, entre 1985 e 1991, houve uma diminuição das alíquotas nominais máximas do imposto de renda das empresas, nos países da comunidade, de 46,9% para 40,1%, sendo que similar redução teria ocorrido com as mais altas alíquotas aplicáveis às pessoas físicas.⁶⁰ Essa tendência de redução das alíquotas tem-se mantido até recentemente, conforme relatórios mais recentes da

⁵⁷ Cf. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Conclusions and recommendations of the committee of independent experts on company taxation. Ruding Report*. Luxemburg: Office for official publications of the European Communities, 1992, Disponível em: <http://aei.pitt.edu/1332/01/ruding_tax_report.pdf>. Acesso em: 12 set. 2008, p. 5-9.

⁵⁸ Cf. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, (nota 57), p. 22-3.

⁵⁹ Em português: “corrida para baixo”.

⁶⁰ Cf. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, (nota 57), p. 25.

Comunidade Européia atestam. Segundo tais dados, a alíquota do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas vem caindo desde 1995, a ponto de a maior alíquota que, em média era de 37,4% em 1995 ter passado para 27,7% em 2007 para os países que adotam o Euro como moeda.⁶¹ No entanto, confirmando a falta de evidências da “*race to the bottom*”, não tem havido uma tão significativa queda na arrecadação do imposto de renda das empresas em relação ao PIB devido ao alargamento das bases de cálculo.⁶²

Retomando o estudo do Comitê, observamos que este, além de registrar a tendência de introdução de esquemas tributários especiais projetados para atrair negócios internacionais com mais mobilidade, particularmente no setor financeiro, expressou preocupação também com a competição tributária com relação aos tributos arrecadados na fonte⁶³ sobre o fluxo de juros sobre investimentos indiretos (*portfolio*⁶⁴).⁶⁵ Ou seja, qualquer tentativa dos países europeus de agravarem ou insistirem na tributação na fonte sobre tais rendas poderia provocar a fuga de capitais para países não membros da comunidade.⁶⁶

Com relação à renda dos investimentos diretos, o Relatório Ruding constatou que a perda de receita tributária poderia ocorrer não como resultado da fuga dos investimentos reais, mas como resultado da mudança do lucro das multinacionais de país com alta tributação para países com baixa tributação sobre o lucro⁶⁷, o que evidencia que o Comitê demonstrou pouca preocupação com a CTI para atrair IED.

O Comitê Ruding trabalhou com dados colhidos e pesquisas realizadas antes da década de 1990, o que justifica sua relativa concordância com a literatura econômica tradicional que sempre defendeu que as empresas não levavam em conta, na decisão de localização de investimento, as questões tributárias.

⁶¹ Cf. EUROPEAN COMMUNITIES. *Taxation trends in the European Union: main results*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008, p. 9.

⁶² Cf. RODI, Michael. Competição tributária internacional por investimentos. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coords.). *Direito tributário atual v. 21*. São Paulo: Dialética, 2007, (p. 126-138), p. 129; EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, (nota 61), p. 13-4.

⁶³ Sobre fonte ver item 2.1.

⁶⁴ Veja uma definição de investimento em *portfolio* na nota 82.

⁶⁵ Cf. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, (nota 57), p. 11.

⁶⁶ Cf. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, (nota 57), p. 25.

⁶⁷ Cf. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *op. cit.*, (nota 57), p. 26.

No entanto existem evidências de que até mesmo os estudos anteriores à década de 1990 que concluíam que os incentivos tributários tinham pouca influência na localização de investimento podem ser questionados.⁶⁸ Alex Easson relata estudo feito por Stephen E. Guisinger, em 1985, no qual foi constatado que de 74 projetos de investimento em países em desenvolvimento, aproximadamente, dois terços foram influenciados pela disponibilidade de incentivos (percentual reduzido para 23% se somente incentivos tributários forem considerados). Segundo Easson, Guisinger explica o aparente conflito entre seu estudo e outros que, na mesma época, concluíam em sentido oposto pelo fato de existirem incentivos em quase todos os países, o que deixaria a existência do incentivo como fator não determinante. O investidor, ao ser indagado se o incentivo foi determinante, teria corretamente afirmado que não, pois os incentivos existiam em todas as suas opções de localização da empresa. Deveria ser outro o questionamento: o investidor deveria ter sido indagado se seu investimento seria feito em determinado local se fossem eliminados os incentivos enquanto outros países mantivessem incentivos nos mesmos níveis.⁶⁹ Isso se justifica pelo fato de que, a partir da década de 1990, ficou evidente que as multinacionais que procuravam uma localização para seus investimentos, no mundo em desenvolvimento, estimulavam uma disputa entre os países pelo oferecimento de maiores incentivos numa espécie de "*tiebreaker*"⁷⁰ entre os países que haviam sido listados como viáveis por outros quesitos.⁷¹

O que as pesquisas sobre os fatores determinantes sobre o IED revelam é que a decisão de investimento passa por três etapas. Na primeira, são feitas considerações de longo prazo para eliminar os países não elegíveis. Em seguida, são eliminados os países indesejáveis por questões de curto prazo que são, em alguma medida, influenciadas pelo governo como custos do trabalho, nível educacional e instabilidade política. Finalmente, as multinacionais estimulam a atuação dos países remanescentes como se estivessem em um

⁶⁸ Em texto de Henry Tilbery da década de 1970, encontramos referências a alguns autores que também partilhavam dúvidas quanto à influência da tributação na decisão dos empresários (Cf. TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento* São Paulo: Bushatsky, [197-?], p. 13-67, (p. 43-4)).

⁶⁹ Cf. EASSON, Alex. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 67.

⁷⁰ *Tiebreaker* é aquela situação que promove o desempate numa competição.

⁷¹ Cf. MORAN, Theodore H. How does FDI affect host country development? Using industry case studies to make reliable generalizations. In: MORAN, Theodore H.; GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Center for Global Development: Washington, 2005, p. 281-313, (p. 308). No mesmo sentido ver: AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 64.

leilão de modo a oferecerem condições vantajosas em fatores diretamente sobre o controle do governo, como os incentivos fiscais e outras formas de subsídio. Nesse leilão o PED é forçado a oferecer incentivos tributários somente pelo fato de outros países oferecerem, e não por causa de uma análise de custo/benefício da competição tributária.⁷²

Diante disso, estamos num cenário típico de dilema do prisioneiro que pode resultar na maldição do vencedor⁷³. Como veremos, o prisioneiro, ao confessar, sabe que receberá alguma pena, mas também sabe que, ao não confessar, pode receber uma pena ainda maior, na medida em que desconhece a opção do outro. Aqui temos uma situação similar na qual um país pode até concluir que conceder o benefício fiscal não lhe será vantajoso em termos de custo/benefício, mas também sabe que se não os conceder perderá ainda mais por não receber o IED. Se o nível de benefícios fiscais não é compensado pelos efeitos positivos da entrada de IED, então o país que recebeu o investimento acaba sofrendo da maldição do vencedor (*winner curse*).

Essa disposição dos países é confirmada se observarmos que, na metade dos anos 1990, mais de 100 países ofereciam incentivos fiscais para atrair IED. A mesma tendência é observada, ainda, nos últimos anos, pois pesquisa recente feita em 45 países em desenvolvimento constatou que 85% deles ofereciam algum tipo de isenção fiscal ou redução do imposto de renda das empresas com objetivo de atrair capital estrangeiro.⁷⁴ Essa disposição dos países pode ser apoiada em dados coletados pelo Banco Mundial sobre IED nos EUA que demonstraram que o aumento das alíquotas de tributação de um ponto percentual reduz o IED em cerca de 3,3%.⁷⁵

Por um lado, estamos ciente de que outros fatores além da tributação são considerados nas decisões de investimento, sendo que, em geral, tais fatores podem ser identificados como: estabilidade econômica e política; adequada infra-estrutura física, de negócios e legal; ausência de obstáculos burocráticos; adequada infra-estrutura de comunicação; força de trabalho hábil; a possibilidade de repatriar lucros livremente;⁷⁶ mas,

⁷² Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 65.

⁷³ Ver item 5.3 do Capítulo V.

⁷⁴ Cf. BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial 2005: um melhor clima de investimento para todos*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 195.

⁷⁵ Cf. BANCO MUNDIAL, *op. cit.*, (nota 74), p. 122.

⁷⁶ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 19-20; BANCO MUNDIAL, *op. cit.*, (nota 74), p. 122.

por outro lado, não podemos concordar com Michael Rodi quando o autor afirma que “modificações no campo do imposto de renda de pessoas jurídicas realmente alteram praticamente em nada os investimentos efetivos”, servindo apenas para “definição sobre em quais países os lucros serão demonstrados”.⁷⁷

Assumimos, a partir daqui, que a existência de incentivos tributários é fator determinante na decisão de localização de investimentos, considerando que outros fatores já foram analisados e preenchidos pelos países interessados. Sensibilizados por isso, e envolvidos num cenário típico de dilema do prisioneiro, os países que desejam receber IED acabam competindo entre si por meio da concessão de benefícios fiscais.

1.4. ASPECTOS DA CTI RELACIONADOS AO DESENVOLVIMENTO

Ciente de que a disposição de buscar o desenvolvimento nacional, num ambiente globalizado como o atual, pode conduzir para a CTI, temos que tratar de alguns aspectos sobre a CTI para verificar se esta é compatível com o objetivo do desenvolvimento nacional.

Começamos com a definição de CTI.

Definimos a competição tributária internacional como a situação na qual se constata a atuação de duas ou mais jurisdições tributárias soberanas no sentido de estimular empresas e/ou indivíduos a adotar comportamento que resulte no surgimento ou manutenção de algum elemento de conexão entre aquela jurisdição e uma ou mais manifestações de capacidade contributiva, de modo a permitir o exercício exclusivo ou compartilhado da soberania fiscal⁷⁸.

Conforme Michael Rodi já apontou, as vantagens e desvantagens da CTI dividem opiniões e as discussões sobre o assunto e estas são, por vezes, afetadas por

⁷⁷ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 130.

⁷⁸ Nossa noção sobre soberania fiscal está registrada no item 2.1.

fatores ideológicos e culturais. É comum, por exemplo, encontrarmos autores norte-americanos defendendo a CTI em contraponto a autores europeus que a condenam.⁷⁹ O mesmo autor clama por maior diálogo entre pesquisadores sobre o tema,⁸⁰ diálogo com o qual esperamos colaborar com nossa visão preocupada com o desenvolvimento nacional.

Para alcançarmos melhores resultados na discussão desse tema, propomos classificar a competição tributária internacional segundo dois aspectos: objetivo almejado e reação mais comum provocada dentro da comunidade internacional ou capacidade de ser aceita pela comunidade internacional. Com tal classificação pretendemos destacar que, ao analisamos uma CTI que visa atrair IED e uma CTI danosa, não estamos tratando do mesmo assunto.

Essa classificação é motivada pela constatação feita por Frances Horner no sentido de que a competição tributária que preocupa os países em desenvolvimento (PED) não é a mesma que preocupa os países desenvolvidos (PD). Os primeiros, entre eles o Brasil, estão preocupados com a competição que influi nos investimentos estrangeiros diretos ou investimentos reais. Nessa questão os PD, por meio da OCDE, hesitam em tocar, pois estão preocupados com a tributação da renda dos serviços e com a tributação da renda financeira móvel geograficamente.⁸¹

⁷⁹ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 127.

⁸⁰ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 131.

⁸¹ Cf. HORNER, Frances. Do we need an International Tax Organization? *World Tax Daily*. 2001 WTD 195-1209, out. 2001, p. 3.

2.1. CTI segundo o objetivo almejado

Segundo o objetivo almejado, a competição tributária internacional pode visar à atração de investimentos ou à tributação da renda dos serviços. Sobre esta última não trataremos por assumirmos que estaríamos nos desviando de nosso corte temático, pois a mera atração de receita tributária de serviços não teria significativa importância na promoção do desenvolvimento nacional. Voltamo-nos para a competição tributária para atração de investimentos, sendo que esta pode visar ao investimento estrangeiro direto (IED) – o chamado *Foreign Direct Investment (FDI)* –, à atração de investimento do tipo *portfolio*⁸² ou à atração de investimento em ativos financeiros.

O investimento estrangeiro direto (IED) ou *Foreign Direct Investment (FDI)* é aqui entendido como a compra de ativos, a transferência de ativos e o reinvestimento de lucros ganhos em um país por um residente em outro país. No caso de compras de ações, o investimento direto, ao contrário do investimento do tipo *portfolio*⁸³, envolve a aquisição de uma substancial quantia de ações, de modo a adquirir o controle ou habilidade para participar da gerência da companhia da qual as ações foram adquiridas: usualmente, um mínimo de 10% de ações distingue investimento direto do investimento em *portfolio*. Um empréstimo para uma subsidiária ou afiliada é normalmente relatado como investimento direto, no entanto um empréstimo para a compra de títulos ou para uma companhia não ligada é considerado um investimento em *portfolio*.⁸⁴

⁸² Tomando a lição de Alex Easson, temos que o investimento do tipo *portfolio* geralmente toma a forma de aquisição de direitos como ações e títulos, e é essencialmente “passivo” no sentido de que, normalmente, não envolve qualquer elemento de controle ou participação na gerência de ativos que formam o objeto do investimento. Investimento direto, ao contrário, é essencialmente ativo e relacionado com a condução do negócio (Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 4.).

⁸³ Para uma discussão sobre a diferença entre IED e investimentos do tipo *portfolio* com referências bibliográficas adicionais, consultar SCHLEE, Paula Christine. Investimento internacional e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 259-88, (p. 260-4).

⁸⁴ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 4-5.

As formas mais comuns de IED são: (i) aquisições ou fusões de empresas; (ii) criação de *joint venture* (empreendimento conjunto) com empresas em outro país; (iii) criação de novos empreendimentos (investimentos inteiramente novos) em outros países; (iv) investimento adicional ou reinvestimento em projetos existentes no exterior. Em adição, existem outras atividades, como licenciamento de tecnologia, operações de subcontratações ou formação de alianças de negócios, as quais podem ou não ser classificados como IED, mas que certamente são tidas como relacionadas a IED. Uma distinção que será útil para compreendermos os efeitos do IED no objetivo do desenvolvimento nacional é aquela feita entre investimento em novos negócios (*greenfield investment*) e as fusões e aquisições. Investimento em novos negócios envolve a criação de novos ativos no país da instalação, enquanto as fusões e aquisições resultam na mudança de propriedade de ativos existentes, sem criação de novos ativos em qualquer percentual no curto prazo. Empreendimentos conjuntos podem tomar essa forma também. Um empreendimento conjunto pode ser formado para operar em negócios já existentes no país de instalação, ou operar negócios inteiramente novos.⁸⁵ Veremos, no item 1.4.1.2, que os investimentos em novos negócios e os reinvestimentos têm maior importância para a promoção do desenvolvimento do que as fusões e aquisições.

Nossa preocupação é com a busca pelo desenvolvimento nacional segundo a orientação do texto constitucional, logo focaremos nosso estudo na competição tributária internacional para atrair investimentos estrangeiros diretos, pois estes contribuem mais decisivamente para o desenvolvimento, conforme alguns efeitos que veremos no item 1.4.1.2.

1.1.1. *Competição tributária internacional para atrair investimentos estrangeiros diretos*

Alex Easson lembra que, tradicionalmente, os países mais desenvolvidos ficam felizes em receber IED, apesar de alguns setores-chave da economia terem sido

⁸⁵ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 5.

reservados para investidores domésticos ou mesmo para o Estado. Observa que é entre os países em desenvolvimento e nas economias em transição onde a maior mudança de atitude tem ocorrido. Até a metade ou o fim da década de 1970, a maior parte dos países em desenvolvimento estava altamente desconfiada do IED, relacionando-o como uma forma de pós-colonismo ou dólar-imperialismo. A atitude mudou - em alguns países mais do que em outros - e quase todos agora entendem o IED como essencialmente benéfico para seu desenvolvimento e competem entre si para atraí-lo.⁸⁶

O autor ainda aponta que, durante muito tempo, a competição entre países para atrair investimento direto do exterior era vista com pouca preocupação. As maiores nações exportadoras de capital estavam mais preocupadas em eliminar restrições, impostas ao investimento estrangeiro de responsabilidade de suas próprias empresas multinacionais, do que os possíveis efeitos adversos das concessões de benefícios para investimentos dados por outros países. Dentro da OCDE, as discussões sobre um acordo multilateral sobre investimento (AMI) estavam preocupadas com a facilitação ou com a segurança do investimento no exterior, deixando os possíveis efeitos distorcivos dos incentivos ao investimento como uma questão menor. Somente nos últimos anos, os membros da OCDE decidiram fazer um estudo independente sobre o problema da competição tributária.⁸⁷

Uma razão para o crescimento da preocupação com o IED é a ligação entre investimento estrangeiro e comércio internacional. Os dois são complementares e reforçam um ao outro: investimento segue o comércio e comércio segue o investimento. Empresas raramente investem em países aos quais não têm previamente vendido seus produtos - a maior parte das empresas inicia seu processo de internacionalização pelo comércio com outros países. Como o comércio internacional cresce, isso encaminha naturalmente para um aumento do IED, o qual por sua vez resulta num aumento do comércio.⁸⁸ Nesse ciclo virtuoso entre comércio e investimento não é apenas o país que recebe o investimento que desfruta de benefícios econômicos. Uma pesquisa feita entre países da OCDE demonstrou que um fluxo de investimentos para o exterior (*outward investment*) permite às empresas manterem-se competitivas e acaba por encorajar a

⁸⁶ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 10-1.

⁸⁷ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 224.

⁸⁸ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 10.

manutenção e a geração de empregos no país de residência da empresa. Isso ocorre na medida em que o investimento no exterior estimula a exportação de bens de capital a ponto de ser constatado que US\$ 1 investido no exterior gera um adicional de exportação de US\$ 2.⁸⁹

A competição tributária para atrair IED é realizada por meio do oferecimento dos chamados incentivos tributários. Um incentivo tributário é uma medida tributária especial, concedida a investimentos em projetos selecionados que tem o efeito de diminuição da efetiva carga tributária naqueles projetos, comparativamente à efetiva carga tributária que teria surgido para o investidor na ausência das medidas tributárias especiais.⁹⁰ Entre os incentivos tributários mais comuns no ambiente internacional podemos relacionar, seguindo a proposta de Alex Easson:⁹¹

- (i) redução das alíquotas do imposto sobre a renda das empresas para atividades em particular ou tipos de empresa;
- (ii) isenções tributárias com prazo limitado;
- (iii) créditos ou descontos em investimento em bens de capital;
- (iv) depreciação acelerada de bens de capital;
- (v) regras de dedução que permitam um montante maior que o custo atual ser deduzido;
- (vi) deduções ou créditos para lucros reinvestidos;
- (vii) alíquotas reduzidas para retenção de imposto nas remessas para o país de residência⁹²;

⁸⁹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Open markets matter: the benefits of trade and investment liberalisation*. 1999, p. 4.

⁹⁰ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 3.

⁹¹ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 2.

⁹² Sobre residência e fonte ver item 2.1.

(viii) imposto de renda da pessoa física reduzido e/ou contribuições para a seguridade social reduzidas para executivos e demais empregados;

(ix) reduções no imposto sobre a propriedade;

(x) redução no imposto sobre a importação e outras despesas aduaneiras.

Sendo oferecidos tais incentivos e havendo atração de IED, de que maneira o desenvolvimento nacional é afetado? É o que mostraremos a seguir.

1.1.2. *Efeitos dos investimentos diretos para o objetivo de desenvolvimento do país de localização do investimento*

Admitida a tributação como fator que exerce influência na decisão de localização de IED,⁹³ precisamos identificar de que maneira a entrada de IED irá beneficiar no objetivo de desenvolvimento.

Conforme assinalado por Peggy Musgrave, a interação entre os países em termo de políticas e níveis de tributação contribui para a redistribuição da renda mundial por meio dos efeitos nos fluxos de investimentos e dos efeitos na arrecadação tributária de cada país envolvido.⁹⁴ Além de tais efeitos, Alex Easson aponta alguns benefícios aproveitados pelo país que recebe o IED:⁹⁵

(a) aumento do montante de capital disponível para o investimento;

⁹³ Uma lista de referências bibliográficas com estudos teóricos e empíricos que sustentam tal conclusão pode ser encontrada em MARGALIO, *op. cit.*, (nota 37), p. 179.

⁹⁴ Cf. RICHMAN, Peggy Brewer. *Taxation of foreign investment income: an economic analysis*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1963, p. 89. Atentar para o fato de que a autora Peggy Musgrave publicou suas primeiras considerações sobre o tema ainda com o nome de Peggy Brewer Richman.

⁹⁵ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 14.

- (b) aumento no nível de emprego;
- (c) aumento da arrecadação para o governo;
- (d) introdução de novas técnicas e tecnologias;
- (e) outros efeitos de transbordamento (*spillover effects*)

A relação entre a entrada de IED (*inward FDI*) e o aumento do montante de capital disponível para investimento dentro do país que recebe o IED não é tão óbvia quanto parece. Podemos questionar se a entrada de IED não afastará o investimento doméstico, resultando em igual ou menor montante de capital disponível para investimento no país. Essa possibilidade está relacionada ao tipo de IED que tratamos. Se o IED toma a forma de investimentos em novos negócios ou de ampliação de negócios já existentes (*greenfield investments*), ou de reinvestimento então essa possibilidade é remota, pois, por definição, esse tipo de IED envolve a criação de novos ativos. Situação diversa temos no caso de IED que envolve fusões ou aquisições, pois nesse caso não haverá introdução de novo capital no país, apenas a troca de titulares. Assim, quando falamos que o IED implica aumento do investimento no país, estamos tratando de IED em novos negócios, em ampliações de negócios existentes e em reinvestimentos.⁹⁶

O aumento do investimento tem relação direta com o crescimento econômico e este com o aumento do poder de compra da população, o que gera demanda por novos bens e serviços. Esse ciclo irá propiciar aumento no nível de emprego e o aumento da arrecadação tributária do governo seja com o lucro das empresas ou com o salário e o consumo dos trabalhadores.⁹⁷

A aquisição de novas técnicas e a transferência de tecnologia é uma consequência mais do que esperada para a entrada de IED, pois o mercado globalizado a

⁹⁶ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 14.

⁹⁷ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 15.

cada dia exige uma maior busca de produtividade e aumento de qualidade dos produtos das empresas que nele competem.⁹⁸

Além destes, outros efeitos de transbordamento podem ser observados pela entrada de IED como, por exemplo: aumento da eficiência das empresas locais como resultado da competição com as filiais ou subsidiárias das empresas estrangeiras instaladas no país; aumento da exportação por parte das empresas nacionais estimuladas pela ação das novas empresas estrangeiras; e surgimento de melhorias na infra-estrutura do país.⁹⁹

A possibilidade de obtenção de alguns ou de todos esses efeitos da entrada de IED, apontados por Alex Easson, é que deixa a CTI para atrair IED como uma alternativa coerente com o objetivo de buscar o desenvolvimento nacional.

Dois exemplos internacionais podem ser citados para registrar os efeitos de transbordamento para a economia do país de localização do investimento: o caso da indústria do vestuário em Bangladesh e o caso Costa Rica – Intel.

1.4.1.2.1. O caso da indústria de vestuário em Bangladesh

Um exemplo internacional de efeitos de transbordamento que não podem ser mensurados tivemos com a indústria de vestuário de Bangladesh. Até 1978, Bangladesh não detinha indústria têxtil. Uma pequena empresa têxtil, *Desh Garments Ltd*, instalou-se no país em 1977. Em seguida firmou uma *joint venture* com a Daewoo, a maior produtora de produtos têxteis da Coreia do Sul. Na implantação do empreendimento conjunto, a *Desh Garments* enviou 130 trabalhadores para treinarem na Coreia do Sul. O treinamento não se limitou a tratar da operação industrial, mas continha lições de como enfrentar os obstáculos burocráticos e aproveitar benefícios aduaneiros a exportadores. O acordo de colaboração foi cancelado pouco mais de um ano depois, mas 115 dos 130 trabalhadores treinados montaram suas próprias empresas exportadoras de vestuário. Bangladesh que, em

⁹⁸ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 16

⁹⁹ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 16.

1978, não possuía indústria têxtil passou a ter em anos recentes 75% de sua exportação, 4,5 bilhões de dólares, advindos de tal setor. É um exemplo de que a entrada de IED, além de gerar empregos diretos e indiretos e contribuir para que novos empreendimentos surjam, pode criar mercados onde eles ainda não existiam e promover mudanças institucionais que favoreçam o crescimento econômico e, conseqüentemente, o aumento do desenvolvimento.¹⁰⁰

1.4.1.2.2. O caso Costa Rica - Intel

No início dos anos 90, o governo da Costa Rica constatou que os investimentos do exterior, em seu país, ainda estavam concentrados em antigas fábricas de roupas e que o país não era cogitado para investimentos que envolvessem um nível médio ou alto de tecnologia, embora tivesse uma rara reputação de estabilidade política comparativamente aos países da América Latina e América Central. Decididas a mudar tal situação, as autoridades da Costa Rica reestruturaram uma agência de desenvolvimento: a Coalizão Costarriquenha de Iniciativas para o Desenvolvimento (CINDE). Com pessoal bem pago e altamente qualificado, a agência voltou-se para o objetivo de encontrar meios de inserir o país na lista de possibilidades para investimentos de média e alta tecnologia.¹⁰¹

Desenvolvendo seu trabalho, a CINDE descobriu que a Costa Rica não constava na lista de opções iniciais da Intel para a instalação de uma nova fábrica. Em conversas com executivos da Intel, a CINDE descobriu que o fato de a Costa Rica não constar na lista preliminar de possíveis países a receberem o investimento de 300 milhões de dólares da Intel estava relacionado com deficiências identificadas nos meios de transporte e na qualificação da mão-de-obra. Para superar tais obstáculos, o governo da Costa Rica comprometeu-se a construir um novo terminal de cargas no aeroporto da

¹⁰⁰ Cf. MARGALIOTH, *op. cit.*, (nota 37), p. 174-5.

¹⁰¹ Cf. MORAN, Theodore H.; GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. Conclusions and implications for FDI policy in developing countries, new methods of research, and a future research agenda. In: MORAN, Theodore H.; GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Center for Global Development: Washington, 2005, p. 375-95, (p. 379-80).

capital, construir uma nova subestação elétrica para suprir a energia demandada pela fábrica e promover programas de qualificação que seriam desenvolvidos entre o Instituto Costarricense de Tecnologia e a Intel. Mesmo assim, para suplantar as ofertas de outros países que concorriam por esse investimento, o governo ofereceu incentivos tributários: isenção total de impostos sobre a renda nos primeiros oito anos e isenção de 50% dos impostos sobre a renda nos quatro anos seguintes. A CINDE justificou que não tinha escolha, pois os demais países que competiam (Brasil, Chile, Indonésia, México, e Tailândia) ofereciam incentivos similares.¹⁰²

O que os estudiosos do caso destacam é que a atuação do governo da Costa Rica só foi orientada por um dado concreto: a fábrica geraria 3.500 empregos diretos com salários 50% maiores que a média nacional. Os efeitos indiretos (*spillover effects*) passavam pela intuição das autoridades. Mas a realidade premiou o esforço da Costa Rica, pois nos três anos seguintes à instalação da fábrica, já no final da década de 1990, o IED totalizou 1,3 bilhões de dólares e as exportações somaram 3,3 bilhões anuais. Empresas como Motorola, Abbot Laboratórios, Baxter HealthCare, Procter and Gamble e Fedex fizeram investimentos na Costa Rica nos anos seguintes.¹⁰³

A concessão de incentivos tributários para atrair IED, bem como outros tipos de competição tributária internacional, tem provocado diversas reações no cenário internacional. Com base nessas reações, propomos a seguir uma outra classificação para a CTI que conterà a nossa proposta sobre como tratar a competição tributária internacional, utilizando uma metodologia jurídica.

¹⁰² Cf. MORAN; GRAHAM; BLOMSTRÖM, *op. cit.*, (nota 101), p. 379-80.

¹⁰³ Cf. MORAN; GRAHAM; BLOMSTRÖM, *op. cit.*, (nota 101), p. 379-80.

1.4.2. Competição tributária segundo a aceitação pela comunidade internacional

Encontramos diversidade de tratamento quanto à aceitabilidade da competição tributária internacional. Pode-se entender a competição tributária como sempre positiva, bem como esta pode ser totalmente condenada, sendo possível que seja compreendida, como nosso caso, como aceitável sob determinadas circunstâncias.

Esclarecemos que não adotamos a expressão “competição tributária danosa” (*harmful tax competition*) como faz a OCDE ao condenar a existência tanto de paraísos fiscais como de regimes tributários preferenciais.

Para a OCDE, seriam paraísos fiscais¹⁰⁴ aquelas jurisdições tributárias nas quais fossem observados os seguintes fatores essenciais: (a) imposição de baixa tributação ou nenhuma tributação sobre a renda; (b) ausência de uma política de troca de informações com outras autoridades fiscais; (c) falta de transparência das medidas legais ou administrativas relativas ao regime oferecido; (d) ausência de obrigação de existência de atividade substancial em seu território para as empresas atraídas por seu regime tributário.¹⁰⁵ Este último critério, presente no relatório de 1998, foi retirado dos requisitos para identificação de um paraíso fiscal a partir do relatório de 2001¹⁰⁶, segundo Alberto Xavier, “por sugestão da nova Administração norte-americana (Bush)”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Nosso objetivo não inclui um tratamento detalhado sobre o que seriam paraísos fiscais, mas nesse item estamos apenas argumentando com base no conceito da OCDE. Para uma melhor compreensão sobre os paraísos fiscais consultar HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão. Rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, *passim*.

¹⁰⁵ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Harmful tax competition: an emerging issue*, 1998, parág. 23.

¹⁰⁶ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The OCDE's project on harmful tax practices*. The 2001 progress report. 2001, parág. 27.

¹⁰⁷ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 319.

Os regimes tributários preferenciais ficariam caracterizados quando observados necessariamente o primeiro e, complementarmente, um ou mais dos demais requisitos a seguir: (a) imposição de baixa tributação ou nenhuma tributação sobre a renda; (b) adoção de regimes denominados *ring fencing*, por meio dos quais os benefícios são oferecidos somente a residentes no exterior ou, em outra modalidade, as empresas beneficiadas são proibidas de operar no mercado interno; (c) falta de transparência das medidas legais ou administrativas relativas ao regime oferecido; (d) ausência de uma política de troca de informações com outras autoridades fiscais. É entre os regimes tributários preferenciais que poderiam ser enquadrados alguns casos de oferecimento de incentivos para atrair IED, o que implicaria serem estes tidos como “danosos”.

Os motivos de não adotarmos a expressão usada pela OCDE são três: semântico, discordância com os critérios de definição dos danos e definição restrita dos atingidos pelo dano.

O motivo semântico é mais que óbvio pelo fato de que, havendo uma competição tributária danosa, deveríamos ter uma competição tributária não danosa como contraponto. Como é cristalino que, em toda competição, não é possível que todos os envolvidos alcancem o máximo de seus objetivos, a competição tributária, assim encarada, sempre trará dano em alguma medida para determinado país. Conforme Alex Easson destacou, há cenários como aqueles similares à maldição do vencedor (*winner curse*) em que todos os países envolvidos na competição podem ser prejudicados, mas há outros cenários identificados como similares ao dilema do prisioneiro ou à caçada ao cervo nos quais existem os países que suportam os prejuízos da competição e outros ficam com os benefícios, ainda que em algumas situações o total de prejuízos seja maior que o total de benefícios.¹⁰⁸ Mas em qualquer cenário, sempre haverá algum prejuízo para alguma das partes envolvidas.

O segundo motivo refere-se aos critérios de definição de quais seriam os danos considerados e quando teríamos uma situação de competição tributária danosa. Trataremos, a seguir, em conjunto deste segundo e do terceiro motivo: definição restrita dos atingidos pelo dano.

¹⁰⁸ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 219. Sobre a maldição do vencedor, o dilema do prisioneiro e a caçada ao cervo, ver item 5.3 do Capítulo V.

O relatório OCDE de 1998 refere-se, insistentemente, a dois objetivos básicos: proteger as bases tributárias de seus membros e evitar a redução do bem-estar global.¹⁰⁹ Considerados tais objetivos, foram definidos como danos:

- (i) distorção no fluxo de investimentos financeiro ou real;
- (ii) degradação da justiça e integridade das estruturas tributárias;
- (iii) desencorajamento do cumprimento das obrigações tributárias por todos os contribuintes;
- (iv) remodelamento do nível desejado e da composição da carga tributária para bases menos móveis, como trabalho, propriedade e consumo;
- (v) aumento dos custos administrativos e custo de cumprimento da legislação tributária para autoridades fiscais e contribuintes.

Considera a OCDE que os casos nos quais as práticas do país em análise possuem todos esses efeitos negativos devem ser denominados de competição tributária danosa. Se somente alguns desses efeitos estão presentes, o grau de dano irá variar e a identificação de uma prática danosa envolverá um balanceamento de fatores. Se os efeitos de um conjunto de práticas tributárias estão prejudicando as bases tributárias de outros países, tais práticas serão, sem dúvida, denominadas competição tributária danosa, segundo entende a OCDE.¹¹⁰

A definição dos danos provocados pela competição tributária internacional feita pela OCDE deve começar a ser questionada já a partir dos objetivos que estariam sendo perseguidos: proteger as bases tributárias de seus membros e evitar a redução do bem-estar global.

¹⁰⁹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 105), parág. 37.

¹¹⁰ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 105), parág. 30-1.

O primeiro de tais objetivos ressalta uma característica da OCDE que, por vezes, é esquecida ou escamoteada no debate sobre as questões de tributação internacional: a OCDE é uma organização com membros definidos e dedica-se aos interesses desses membros e não do conjunto da comunidade internacional.

O segundo destes objetivos traz em si uma falácia, pois, conforme já apontou Michael Littlewood, não há qualquer evidência de que a competição tributária poderia reduzir o bem-estar global, até mesmo devido ao fato de que não há como medir o bem-estar global. Certamente, o bem-estar global é bem mais amplo que a consideração de riqueza e renda, e deve passar por uma adequada distribuição de ambos. Além disso, mesmo que se conseguisse estabelecer um critério de medida para o bem-estar global e se constatasse sua redução, não haveria como isolar a causa desse fenômeno de modo a concluir que a competição tributária contribui decisivamente mais do que outros fatores presentes no mundo globalizado.¹¹¹ A premissa da OCDE, além de estar focada em possíveis problemas internos de seus membros, carece de demonstração. Poderíamos até mesmo defender a hipótese contrária, ou seja, que o deslocamento de investimentos de países da OCDE para PED possa, com muito mais plausibilidade, aumentar o bem-estar global já que existe um número mais significativo de pessoas vivendo em países mais pobres do que em países mais ricos.¹¹² Michael Littlewood prossegue admitindo que não é raro os governos adotarem políticas que sofram de falta de demonstração de seus objetivos e que o mesmo poderia acontecer com as organizações multilaterais, mas adverte que é nesse ponto que o procedimento democrático mostra sua utilidade, pois, no caso dos governos, os afetados pela política adotada têm como influir na definição desta e podem até mesmo provocar seu cancelamento.¹¹³ No caso da competição tributária internacional, a atuação da OCDE, que chama de danosa tanto a CTI em relação a paraísos fiscais quanto a regimes tributários preferenciais de países em desenvolvimento, possui problemas em suas premissas, e os afetados pela atuação da organização que não sejam membros da organização não podem provocar seu cancelamento.

Nosso enfoque em relação à competição tributária internacional é outro. Propomos entender qual tipo de competição tributária que, apesar de resultar em algum

¹¹¹ Cf. LITTLEWOOD, Michael. *Tax competition: harmful to whom?* Disponível em: <http://wdi.umich.edu/files/old/global_conf/papers/papers/littlewood.pdf>. Acesso em: 28 set. 2008, p. 25-6.

¹¹² Cf. LITTLEWOOD, *op. cit.*, (nota 111), p. 28.

¹¹³ Cf. LITTLEWOOD, *op. cit.*, (nota 111), p. 16.

dano para algum ou alguns dos envolvidos, sejam eles membros da OCDE ou não, pode ser aceitável dada a presença de outros efeitos compensatórios, tomados com relação à preocupação com o aumento do nível de desenvolvimento.¹¹⁴ Tais efeitos compensatórios não são considerados somente em relação ao país prejudicado por determinada atuação em competição tributária internacional, mas levando em conta a solidariedade internacional voltada para a realização do direito ao desenvolvimento¹¹⁵.

Antes de fazemos nossa proposição quanto à análise da aceitabilidade da CTI, apresentamos duas posições antagônicas com relação a isso: aqueles que aceitam e outros que rejeitam a CTI *a priori*.

1.4.2.1. *Competição tributária internacional aceitável a priori*

O principal argumento sustentado por aqueles que defendem ser a competição tributária aceitável *a priori*, conforme relato de Alex Easson, está relacionado com a crítica a estruturas governamentais grandes e ineficientes. Argumenta-se que, como a competição é benéfica para as empresas, seria então a competição tributária benéfica para os países de modo a estimulá-los a providenciar um ambiente mais atrativo para a atividade econômica a um custo menor.¹¹⁶ Seria uma forma de evitar perdas nos dispêndios governamentais e, conseqüentemente, reduzir o tamanho do governo.¹¹⁷ Michael Rodi associa tal argumento ao pensamento econômico neoclássico.¹¹⁸

Um dos mais citados autores, entre aqueles que defendem esse argumento, é Daniel J. Mitchell. O autor norte-americano define competição tributária como o fenômeno que ocorre quando os governos não são capazes de aumentar alíquotas de impostos, devido à possibilidade de as atividades econômicas mudarem para jurisdições

¹¹⁴ A possibilidade de categorização da CTI entre aceitável e não aceitável encontramos em AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 28; e em RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 131.

¹¹⁵ Sobre direito ao desenvolvimento tratamos no item 5.2.

¹¹⁶ Cf. EASSON, *op. cit.*, (nota 69), p. 224-5.

¹¹⁷ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 48.

¹¹⁸ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 128.

de menor carga tributária.¹¹⁹ Seria uma força desejável na economia mundial, pois sem a competição tributária os países imporiam ainda mais pesadas cargas tributárias a seu povo, e os contribuintes ficariam impedidos de aproveitar as oportunidades econômicas que surgem motivadas pelas diferenças de tributação.¹²⁰ Para Mitchell, os países europeus estariam tentando criar um cartel tributário, sem a participação dos EUA, ao tentarem limitar a competição tributária. Carregando na visão unilateral da questão, o autor afirma que os EUA são um dos maiores beneficiários da competição tributária, pois seriam um país com baixa tributação, comparativamente aos países europeus, o que, segundo concluiu, estaria garantindo altos níveis de crescimento e de emprego nos EUA.¹²¹

Em outro artigo, Daniel J. Mitchell cita o exemplo da Irlanda para defender a competição tributária internacional como aceitável *a priori*.¹²² Há mais de 20 anos, a Irlanda poderia ser identificada como "um homem doente na Europa". Em 1984 a maior alíquota do IR era de 65%, o ganho de capital era tributado com alíquota máxima de 60% e o IRPJ no máximo de 50%. Nos anos 90, as alíquotas despencaram de modo que, na época que redigiu o trabalho, Mitchell encontrou a alíquota máxima dos indivíduos em 42%, o ganho de capital era tributado pela alíquota de 20% e o IRPJ com uma alíquota máxima de 12.5%. Conclui que esse verdadeiro "milagre Irlandês", transformando o "homem doente" em um "tigre celta", estaria motivando os demais países europeus a reduzirem suas alíquotas.¹²³

Os argumentos de Mitchell são eminentemente econômicos e, como tal, focados na eficiência de alocação de recursos, uma das principais preocupações da ciência econômica. Nossa preocupação, essencialmente jurídica sem esquecer os aspectos econômicos, está voltada para a questão da desigualdade de níveis de desenvolvimento, o que nos impede de concordar que a CTI seja tratada simplesmente com uma oportunidade

¹¹⁹ Cf. MITCHELL, Daniel J. The adverse impact of tax harmonization and information exchange on the U. S. economy, *World Tax Daily*, 2001 WTD 229-31, 2001, p. 1.

¹²⁰ Cf. MITCHELL, *op. cit.*, (nota 119), p. 2.

¹²¹ Cf. MITCHELL, *op. cit.*, (nota 119), p. 1 e 3.

¹²² O autor não usa a expressão "aceitável *a priori*", mas suas idéias são compatíveis com nossa classificação.

¹²³ Cf. MITCHELL, Daniel J. *Tax competition and fiscal reform: rewarding pro-growth tax policy*. Artigo apresentado na conferência "*A liberal agenda for the new century: a global perspective*". Moscou, abr. 2004. Disponível em: <<http://www.cato.org/events/russianconf2004/papers/mitchell.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2008.

para as “*smart nations*”¹²⁴ ou de adotar o entendimento de que a competição tributária seja aceitável *a priori* ainda que realizada, por exemplo, entre um PD e um PED em detrimento deste último.

1.4.2.2. *Competição tributária internacional inaceitável a priori*

Tsilly Dagan afirma categoricamente que a competição tributária prejudica a habilidade dos países para redistribuir renda entre seus residentes,¹²⁵ resultando no que Michael Rodi chamou de “ameaça ao estado do bem-estar social”.¹²⁶ Tais preocupações são típicas da visão de um país que já detém um alto nível de desenvolvimento e de recursos para promover o bem-estar, e que terá poucos benefícios de transbordamento com a entrada de investimento direto do exterior, mas sofrerá prejuízos com a saída deste. Definitivamente, não é possível concordar com tal visão do ponto de vista de um país, como o Brasil, em que ainda há regiões que podem obter muitos benefícios com a entrada de novos investimentos. Assim, não é possível afirmar, *a priori*, que a CTI irá piorar a situação dos países envolvidos, pois, oriundos de um cenário de CTI, podem advir efeitos tanto positivos quanto negativos, mesmo que tomássemos por fundamento o bem-estar e a eficiência, e não a diminuição das desigualdades de desenvolvimento.¹²⁷

¹²⁴ Tradução livre: “nações espertas”. Expressão utilizada por EDWARDS, Chris. Tax competition spurs globalization – Worldview – countries develop low-tax strategies to lure business. *USA Today (Society for the Advancement of Education)*, v. 131, mar. 2003, p. 1.

¹²⁵ Cf. DAGAN, Tsilly. *The costs of international tax cooperation*. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=315373>>. Acesso em: 28 out. 2008, p. 23.

¹²⁶ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 128. O autor não defende ser a CTI inaceitável *a priori*.

¹²⁷ Cf. BANCO MUNDIAL, *op. cit.*, (nota 74), p. 122.

1.4.2.3. Competição tributária internacional aceitável em situações que obedecem à proporcionalidade voltada para a finalidade de diminuir as desigualdades de desenvolvimento

Para admitirmos a existência de uma competição tributária aceitável devemos abandonar a visão de que, ao participar de um processo de competição tributária, um país tem alguma intenção voltada especialmente para o detrimento da receita tributária de outro. O exemplo do caso Costa Rica – Intel - que relatamos no item 1.4.1.2.2, ilustra uma situação comum de competição tributária internacional que demonstra o equívoco desse enfoque da questão.

A Costa Rica ofereceu vários incentivos tributários para receber um investimento de centenas de milhões de dólares da Intel, pois disputava com outros países a localização do investimento e estes também ofereciam incentivos.¹²⁸ O que motivou a Costa Rica não foi uma predisposição de prejudicar as economias de seus concorrentes, mas o desejo de incrementar a sua própria.

Outra premissa equivocada, e que encontramos no relatório OCDE, é a de que determinada base tributária “pertence” a um país A ou B.¹²⁹ O fenômeno da globalização, há muito tempo, afastou a possibilidade de esse tipo de raciocínio ser sustentado, pois o aumento da mobilidade do capital permite que os pólos geradores de renda sejam deslocados com rapidez sem que o fato de estarem hoje submetidos a determinada soberania fiscal represente qualquer obstáculo para uma mudança.¹³⁰

Deixando de lado a visão da OCDE, propomos a consideração de uma competição tributária aceitável que assim será considerada após uma análise estruturada pela proporcionalidade que lidará com dois valores aceitos internacionalmente: igualdade entre os Estados representada pela soberania e seu reflexo na área de tributação – a

¹²⁸ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 64.

¹²⁹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 105), parág. 29.

¹³⁰ Cf. TANZI, *op. cit.*, (nota 44), p. 8.

soberania fiscal -, e solidariedade expressa na obrigação de colaborar para a concretização do direito ao desenvolvimento.

Anotamos inicialmente que deixamos de denominar proporcionalidade como princípio,¹³¹ uma vez que o conteúdo de um princípio deve conter em si mesmo um fim juridicamente relevante conforme assinalaremos no item 2.1. Embora concordemos com Humberto Ávila no sentido de que a proporcionalidade em si não impõe a promoção de um fim e opera diferente de uma norma ou de um princípio, mas estrutura a aplicação do dever de promover um fim,¹³² não adotamos a nomenclatura de postulado normativo utilizada pelo respeitado autor por entendermos que a função da proporcionalidade, na metodologia jurídica, não equivale à de um postulado. Essa conclusão advém da constatação de que a aplicação da proporcionalidade implica ordenação e relação entre meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual,¹³³ e não corresponderia, considerando o sentido do verbete postulado, à aplicação de uma “proposição que, não sendo demonstrável nem evidente, se toma como ponto de partida de um raciocínio dedutivo”.¹³⁴ Luís Virgílio Afonso da Silva também entende não ser a proporcionalidade um princípio ou um postulado normativo e prefere entendê-la como uma regra de aplicação de outras regras ou uma meta-regra.¹³⁵ Assim, preferimos concordar com Humberto Ávila no trecho em que o autor assume que a denominação é secundária, sendo decisivo reconhecer que a proporcionalidade opera diferentemente de um princípio.¹³⁶

¹³¹ Vários autores admitem proporcionalidade como princípio. Entre tantos, cito: PONTES, Helenilson da Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 40-2; e SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 292-5.

¹³² Cf. ÁVILA, *op. cit.*, (nota 15), p. 81.

¹³³ Cf. ÁVILA, *op. cit.*, (nota 15), p. 82.

¹³⁴ Cf. POSTULADO. In: *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2006.

¹³⁵ Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese (Titularidade). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005, p. 221-2. De nossa parte, ainda não estamos convencido de que deve ser entendida a proporcionalidade como regra, uma vez que sua aplicação, em alguns casos, não é obrigatória, mas um recurso viável para a resolução de conflitos normativos. Não seria possível igualar a função da proporcionalidade a outras regras de aplicação de regras como exemplificado por Luís Virgílio: regra da lei posterior derroga lei anterior ou a regra de lei superior derroga lei inferior. Estas últimas regras são de aplicação obrigatória, resultando o seu descumprimento em interpretação em desconformidade com o Direito. Mas deixar de aplicar a proporcionalidade, em algumas situações jurídicas, não resulta, necessariamente, em interpretação nitidamente em desconformidade com o Direito, pois o resultado da interpretação que utiliza a proporcionalidade pode ser alcançado sem que a utilizemos estrita e explicitamente, o que colocaria em dúvida sua natureza de regra. Não temos a pretensão, no presente trabalho, de dar respostas nesse tão polêmico tema, mas deixamos essa observação registrada para reflexão do leitor.

¹³⁶ Cf. ÁVILA, *op. cit.*, (nota 15), p. 82.

Sinteticamente, vamos registrar como deve ser feita a análise jurídica estruturada pela proporcionalidade.

A aplicação da proporcionalidade é indicada “sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”,¹³⁷ passando pela verificação de três elementos essenciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação exige que o meio utilizado conduza, torne mais fácil ou sirva de instrumento para o alcance da finalidade desejada. A análise da adequação passa pela seguinte indagação: “a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?”.¹³⁸ Examinar a necessidade equivale a identificar outros meios que possam de maneira similar contribuir para o alcance do fim pretendido, restringindo menos o direito de terceiros. A proporcionalidade em sentido estrito exige que seja comparado se o benefício que o alcance do fim traz é compensado pelos prejuízos eventualmente suportados.¹³⁹

Tendo visto como devemos realizar a análise jurídica estruturada pela proporcionalidade, podemos oferecer nossa proposta sobre a aceitabilidade da CTI.

Na nossa proposta, temos uma medida concreta – a concessão de incentivos fiscais - destinada a realizar uma finalidade que é o aumento do nível de desenvolvimento ou a realização mais ampla possível do direito ao desenvolvimento fundado no valor solidariedade, então é possível a aplicação da proporcionalidade.

Conforme exposto nos itens 1.3 e 1.4.1.2, a concessão de incentivos fiscais para atrair IED contribui para a busca pelo desenvolvimento, o que nos permite autenticar a presença do elemento adequação.

O exame da necessidade para os casos de CTI não pode ter seu resultado definido *a priori*, mas depende do caso concreto e dos países envolvidos. No caso de CTI para atrair IED em novos negócios, é preciso indagar se aquele acréscimo de capital disponível para investimento poderia ser obtido de outra forma ou em outro ramo no qual

¹³⁷ Cf. ÁVILA, *op. cit.*, (nota 15), p. 105.

¹³⁸ Cf. SILVA, *op. cit.*, (nota 135), p. 222.

¹³⁹ Cf. ÁVILA, *op. cit.*, (nota 15), p. 108-16.

as características do país ou da região do país, conforme o caso, oferecessem condições tão vantajosas que não houvesse necessidade do benefício fiscal. Considerando que o benefício fiscal tem influência na decisão de localização de investimentos somente depois de preenchidos outros requisitos - conforme vimos no item 1.3 -, se o país, ou região do país já possui vantagem em relação a tais requisitos, a CTI revela-se desnecessária. Esse exame evitaria alguns casos de efeito carona (*free rider*) para aquelas empresas que investissem no país ou região ainda que inexistisse o incentivo, mas que acabam se beneficiando de uma situação de CTI que não passou pelo exame de necessidade.

Como a nossa análise propõe que o fim buscado por meio da competição tributária internacional é o aumento do nível de desenvolvimento, então para a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, nesse caso, temos que observar quais os prejuízos que tal CTI pode ensejar para assegurar que serão compensados pelos benefícios. Numa visão mais ampla, a soberania fiscal do outro país é afetada, uma vez que não conseguirá, unilateralmente, definir todos os contornos da tributação sobre a renda daquele negócio sem considerar a atuação do país que ofereceu os incentivos. Ao mesmo tempo, e de maneira mais imediata, o prejuízo da CTI pode advir da perda da arrecadação tributária para ambos os países envolvidos, o que leva para a conseqüente perda de recursos para o financiamento de prestações estatais relacionadas ao bem-estar de seus residentes. Nesse último caso, temos um prejuízo com possibilidade de ser mensurado. Outro prejuízo para um dos países – que corresponde a um ganho para o outro país - é a perda dos benefícios de transbordamento (*spillover effects*) da entrada ou manutenção de investimentos. O caso Costa Rica e o caso de Bangladesh revelam que os ganhos/perdas por efeito de transbordamento são difíceis de serem estimados em todo o seu alcance, o que dificulta uma análise objetiva da proporcionalidade em sentido estrito quanto a esse aspecto. No entanto, como Humberto Ávila já alertou, trata-se de exame complexo e carregado de subjetividade,¹⁴⁰ mas que, segundo entendemos, não está impedido de ser concretizado em cada caso. Então, a proporcionalidade em sentido estrito deverá ser observada caso a caso para verificar se os prejuízos quanto à soberania fiscal, e conseqüentemente quanto à arrecadação, juntamente com as perdas de efeitos positivos por conta do não-recebimento do IED por um país, são compensados com benefícios relacionados à concretização do direito ao desenvolvimento do outro país.

¹⁴⁰ Cf. ÁVILA, *op. cit.*, (nota 15), p. 116.

É de ser observado que a análise proposta não determina *a priori* que a CTI é sempre aceitável entre PD e PED, quando os incentivos tributários são oferecidos pelo PED. Igualmente não fica definido *a priori* que a competição entre PED é sempre inaceitável. Essa hipótese de CTI, envolvendo apenas PED, não é incomum, pois como Reuven Avi-Yonah adverte, em muitos casos de competição tributária internacional por meio de regimes preferenciais, há um PED competindo diretamente com outro PED. A competição tributária, utilizando, por exemplo, o rebaixamento de alíquotas do imposto sobre as empresas poderia ser ruim para ambos os países e a perda de receitas pode não ser compensada pelos benefícios de um fluxo de investimentos.¹⁴¹ A análise estruturada pela proporcionalidade de um caso similar a esse não permitiria que concluíssemos que seria uma CTI aceitável, pois não estaria respeitada a proporcionalidade em sentido estrito. Mas, como dissemos, dependerá da análise do caso concreto.

Concluir, portanto, se uma CTI é aceitável ou não depende de uma análise individual dos casos, tomando como elemento estruturador da análise a proporcionalidade. Nessa análise o fim a ser considerado e que pautará a verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é a melhoria no nível relativo de desenvolvimento global.

Assim, há casos de competição tributária internacional aceitável, ou seja, há casos nos quais os incentivos tributários, concedidos por um país para atrair IED, devem ser preservados na relação com outros países. No entanto, no próximo capítulo, veremos como a inexistência de um tratado para evitar a bitributação com cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* pode anular os efeitos de tais medidas tributárias incentivadoras do investimento.

¹⁴¹ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 65.

CAPÍTULO II. DESENVOLVIMENTO NACIONAL E AS CLÁUSULAS DE *TAX SPARING* E DE *MATCHING CREDIT* NOS TRATADOS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO

Quando um país que busca atingir um maior grau de desenvolvimento quer estimular os investimentos diretos em seu território, por meio de incentivos fiscais que afastem ou reduzam a pretensão tributária com o objetivo de promover o desenvolvimento, e tais incentivos fiscais referem-se a rendimentos cujo poder de tributar é compartilhado entre países que possuem entre si um tratado contra a bitributação (dividendos, juros e *royalties*, por exemplo), temos que verificar até que ponto a característica indutora da norma nacional é mantida, após aplicação das normas do tratado ou até mesmo se existe alguma função indutora nos dispositivos do tratado.

Antes de tratarmos das cláusulas presentes nos tratados que podem afetar as normas indutoras nacionais, devemos fornecer algumas noções a respeito dos critérios (residência e fonte) para a divisão interestatal do poder de tributar a renda e a respeito da universalidade, pois estas são exigidas para a melhor compreensão das normas convencionais.

2.1. NOÇÕES SOBRE RESIDÊNCIA, FONTE E UNIVERSALIDADE

2.1.1. Principais critérios para a divisão interestatal do poder de tributar a renda nos tratados: residência e fonte

Não é objetivo do presente trabalho contribuir para o aprofundamento da compreensão em relação aos critérios da residência e da fonte, portanto, vamos apenas registrar suas principais feições, aproveitando algumas conclusões alcançadas em nossa dissertação de mestrado.

Ao tratarmos de residência e fonte, vamos encontrá-las em muitos textos doutrinários citadas como princípios, ou seja, vamos encontrar referências ao “princípio da residência” e ao “princípio da fonte”. Retomamos aqui nossas conclusões nas quais assumimos que residência e fonte não podem ser tomadas como princípios e sim como critérios atributivos do poder de tributar a renda. Faremos a seguir uma síntese de nossos argumentos para permitir a compreensão.

Para afastarmos a possibilidade de residência e fonte serem tidas como princípios, partimos da compreensão de que princípios, conforme compreendido por Karl Larenz, são “pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia de direito que, todavia, não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas”.¹⁴² Apoiando-nos também nas idéias de Humberto Ávila no sentido de que “os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão de comportamento”,¹⁴³ concluímos que “não é incomum (...) encontrarmos argumentos

¹⁴² Cf. LARENZ, *op. cit.*, (nota 15), p. 316.

¹⁴³ Ver nota 15 com nossas sugestões de bibliografia inicial sobre princípios.

jurídicos apoiando-se em premissas tidas como ‘princípios’, sem que possamos encontrar nestes o conteúdo valorativo destacado, o fim juridicamente relevante, que permitiria a autenticação de sua natureza como verdadeiro princípio”.¹⁴⁴ A partir dessa premissa sobre o conteúdo jurídico dos princípios foi possível assinalar que, relacionada ao direito tributário internacional, encontramos a crítica de Alegría Borrás ao pensamento clássico de Bühler¹⁴⁵: “não é admissível uma atitude, como a de Bühler, que formula todo o direito internacional tributário em forma de princípios, pois considera como tais os que em realidade não são, como o ‘princípio da nacionalidade’, ‘principio do estabelecimento’, ‘princípio da imputação e da isenção’, etc, que podem ser princípios de caráter instrumental, mas não princípios gerais de direito”.¹⁴⁶ Para a autora, haveria um único princípio para o direito tributário internacional: a soberania fiscal. Concordamos parcialmente com a autora, pois a soberania fiscal está apta a ser considerada como princípio, mas não como o único.

Partindo das marcantes diversidades entre as nações e do desejo de manter a harmonia no ambiente internacional, a soberania¹⁴⁷ é aclamada como valor universal a ser preservado no relacionamento interestatal. Assim considerada, a soberania tem autenticada sua condição de princípio, repercutindo a mesma natureza à sua expressão no campo tributário: a soberania fiscal. Então, a soberania fiscal, impregnada do valor de igualdade entre as nações em relação ao poder de tributar, é um princípio do direito tributário internacional.

Considerando que o Estado é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”,¹⁴⁸ e acompanhando a lição de Alberto Xavier¹⁴⁹, optamos por reconhecer a existência de critérios atributivos da soberania fiscal baseados na nacionalidade, ou de índole pessoal, e critérios baseados na territorialidade. Isso implica dizer que “não é possível falarmos em princípio da

¹⁴⁴ Cf. SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 11.

¹⁴⁵ Cf. BÜHLER, Ottmar. *Principios de derecho internacional tributario*. Trad. de Fernando Cervera Torrejon. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968, *passim*.

¹⁴⁶ Cf. BORRÁS, Alegría. *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*. [Madrid]: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 1974, p. 166.

¹⁴⁷ Permanecemos com a definição de Miguel Reale sobre soberania como “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência” (Cf. REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins, 1960, p. 127.).

¹⁴⁸ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 118.

¹⁴⁹ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 21.

territorialidade, princípio da nacionalidade e princípio da residência, pois o conteúdo desses não possui carga valorativa que os credencie a ser entendidos como princípios”.¹⁵⁰ Assumimos, portanto, que territorialidade é um critério¹⁵¹ atributivo da soberania fiscal, tendo subcritérios a fonte e a residência, permanecendo a nacionalidade com posição similar à da territorialidade, ou seja, como critério atributivo da soberania fiscal.

Deixamos de lado o critério da nacionalidade, uma vez que este não é utilizado para a divisão do poder de tributar a renda nos tratados¹⁵², e tratamos dos critérios da fonte e da residência.

2.1.1.1. *Critério da residência*

O critério da residência exige, para as pessoas físicas, a presença física, permanente ou temporária, a disponibilidade de uma habitação. Para as pessoas jurídicas, a residência está relacionada ao local de sua constituição, de sua sede ou da direção efetiva.¹⁵³

2.1.1.2. *Critério da fonte*

¹⁵⁰ Cf. SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 35.

¹⁵¹ O uso por alguns doutrinadores da expressão “critérios” para referir-se residência e fonte pode ser conferida em SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 37-42.

¹⁵² Cf. PIRES, Manuel. *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*. Lisboa: Ed. Centro de Estudos Fiscais, 1984, p. 260. Sobre o abandono do critério da nacionalidade e sua utilização atualmente por Estados Unidos, México e Filipinas, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 – Parecer. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *Direito tributário atual*, v. 16. São Paulo: Dialética, 2001, p. 146-160, (p. 164).

¹⁵³ Cf. PIRES, *op. cit.*, (nota 152), p. 220.

O critério da fonte carrega certa ambigüidade ínsita à noção de fonte. Em seu sentido negativo, implica apenas que sua aplicação afasta a aplicação do critério da residência. No sentido positivo, refere-se ao Estado, que, de alguma forma, está conectado com a produção da renda ou ao Estado onde é adicionado valor ao bem.¹⁵⁴

Comporta duas espécies segundo a conexão que exige para ficar caracterizado: fonte de produção ou fonte de pagamento.

A acepção mais geral do critério da fonte é a fonte de produção que indica o local de exercício da atividade, local no qual são utilizados os fatores de produção ou no qual estão situados os bens ou direitos de que provém a renda a ser tributada.¹⁵⁵

A crescente desmaterialização de aspectos do fato gerador do imposto sobre a renda tem ampliado as dificuldades de adoção da fonte de produção na divisão interestatal do poder de tributar a renda de forma tal que a noção de fonte de pagamento passou a ser defendida como alternativa à fonte de produção. Aplicando-se o critério da fonte na acepção fonte de pagamento, teria competência para tributar uma renda o país de onde se originou o pagamento do bem ou serviço.

Nas discussões que envolvem a tributação internacional da renda, tão importante quanto entender residência e fonte é a compreensão da natureza jurídica, função e aplicação da universalidade, conforme faremos a seguir.

2.1.2. Universalidade x territorialidade pura ou restrita

A universalidade não é um princípio ou mesmo um critério atributivo da soberania fiscal, mas uma sistemática de aplicar a tributação sobre a renda. Podemos ter a universalidade para a incidência e a universalidade para a alíquota. A universalidade para a

¹⁵⁴ Cf. VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source taxation of income - a review and reevaluation of arguments. In: McLURE, Sinn, Musgrave et. al. *Influence of tax diferencials on international competitiveness*, [s.l.]: Kluwer, [s.d], p. 117-166, (p. 127-8).

¹⁵⁵ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 303.

incidência é a universalidade mais referida na doutrina e implica existir incidência do imposto sobre todas as rendas, independentemente de suas origens, ou seja, independente se a renda é obtida dentro do território ou se a renda é obtida no exterior. Assim, pela sistemática da universalidade para a incidência, uma pessoa conectada a um Estado por algum critério atributivo de soberania fiscal pagará imposto a este Estado sobre as rendas nacionais e sobre as rendas obtidas no exterior.¹⁵⁶ No caso da universalidade para a alíquota temos apenas a consideração das rendas obtidas no exterior para definição da alíquota aplicável, considerando a existência de alíquotas progressivas, o que resulta na situação de a renda estrangeira em si permanecer sem a incidência do imposto. Por definição, a universalidade, em qualquer de suas modalidades, não exige este ou aquele critério atributivo de soberania fiscal. A universalidade pode estar associada à nacionalidade e à residência ou mesmo ao critério da fonte¹⁵⁷.

De maneira mais comum, a universalidade para a incidência é associada à residência, sendo colocada em contraposição ao que é chamado de territorialidade restrita ou territorialidade pura, entendidas estas últimas como a consideração da residência como critério atributivo da soberania fiscal sem a aplicação da sistemática de tributação de todas as rendas independente das origens nacionais ou do exterior. Em outras palavras, o que encontramos denominado de territorialidade restrita ou territorialidade pura é a tributação dos residentes somente em relação às rendas obtidas dentro do território do Estado no qual residem. Embora nosso ponto de vista não entenda haver identidade entre territorialidade e residência, como já esclarecido, encontramos muitos textos internacionais que assumem tal identidade, ao fazerem referência à territorialidade pura ou restrita, o que nos exigiu inserir tal esclarecimento para permitir a compreensão de algumas discussões doutrinárias que adiante enfrentaremos.

Encerramos esse registro sobre as noções básicas dos critérios atributivos do poder de tributar a renda, residência e fonte, e da sistemática da universalidade para enfrentarmos mais diretamente a questão de como o conteúdo dos tratados pode trazer

¹⁵⁶ No presente trabalho, se nos referirmos à universalidade sem especificar qual delas equivalerá uma referência à universalidade para a incidência.

¹⁵⁷ Luís Eduardo Schoueri considera que mesmo Estados que aplicam o critério da fonte poderiam levar em consideração circunstâncias que ultrapassam os limites de seu território para, por exemplo, exigir que o contribuinte informasse o total de seu rendimento para estabelecer a alíquota aplicável e, conseqüentemente, o montante do tributo devido, o que corresponderia à aplicação da universalidade para a alíquota (Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e lei interna – Investimentos na Ilha da Madeira – Efeitos da lei nº 9.249/95. *Revista dialética de direito tributário*, n. 17, p. 91-127. fev. 1997, (p. 94).

estímulo ou obstáculos ao desenvolvimento nacional com relação à manutenção dos incentivos fiscais concedidos com o objetivo de atrair IED.

2.2. NORMAS INDUTORAS E TRATADOS

Conforme alerta Luís Eduardo Schoueri, a atuação estatal interna de indução aos investimentos pode ser afetada ou anulada pelo conteúdo dos acordos de bitributação ou mesmo pela atuação unilateral do país de residência da empresa investidora. O professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em sua tese de titularidade, fez um estudo das normas tributárias indutoras e anotou como estas podem ser afetadas ou estarem presentes nos tratados internacionais sobre bitributação.¹⁵⁸

Conforme define o autor, “por normas tributárias indutoras se entende um aspecto das normas tributárias, identificado a partir de uma de suas funções, a indutora”, esclarecendo que seu caráter normativo fica estabelecido na medida em que “por meio das normas tributárias indutoras, o legislador vincula a determinado comportamento um conseqüente que poderá consistir em vantagem (estímulo) ou agravamento de natureza tributária”.¹⁵⁹

Interessa-nos a atuação estatal de indução por estímulos por meio da qual o Estado proporciona benefícios àqueles que incorrem nos atos previstos pela norma, que não seriam obtidos no livre funcionamento do mercado que pode, segundo o autor, ser estudada no conjunto das subvenções.¹⁶⁰ Sendo as subvenções gênero no qual estariam inseridas as normas de intervenção indireta de caráter financeiro, o professor das Arcadas conclui que os incentivos fiscais – isenções, reduções de alíquota ou base de cálculo, concessões de crédito tributário etc – enquadram-se como espécies daquelas. Justifica tal conclusão - a despeito de uma visão jurídico-formal que, não enxergando uma prestação

¹⁵⁸ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 215.

¹⁵⁹ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 30.

¹⁶⁰ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 55.

pecuniária pelo Estado nos incentivos fiscais, negasse seu enquadramento como espécie de subvenção -, por considerar, apoiando-se na lição de diversos doutrinadores, que os privilégios tributários são uma renúncia de receita tributária que possui simetria com uma despesa pública.¹⁶¹

Partindo da constatação de que as normas tributárias indutoras podem sofrer limitações decorrentes de compromissos firmados pelo País no campo internacional e após analisar a situação de existência de norma tributária indutora, caracterizada como subsídio proibido pelo GATT,¹⁶² Luís Eduardo Schoueri analisou a relação das normas tributárias indutoras com os tratados de tributação, análise sobre a qual tentaremos contribuir com nossas observações.

Considerando que os acordos de bitributação têm como finalidade imediata afastarem ou mitigarem os efeitos da bitributação internacional por meio de técnicas de reconhecimento da tributação do outro Estado contratante, conhecidas como método da isenção e método do crédito ou da imputação, cabe-nos descrever, a seguir, as características de cada um desses métodos.

Na aplicação do método de isenção (*Befreiungsmethode, Freistellungsmethode, apportionment*) os rendimentos de fonte estrangeira não são considerados no cálculo do imposto devido no país da residência, podendo ocorrer com ou sem reserva de progressividade.¹⁶³

No método da imputação (*tax credit*), o rendimento de fonte estrangeira é considerado no cálculo do imposto devido, de tal modo que o Estado da residência tributa a renda global do contribuinte, independente de sua origem. No entanto o imposto pago no país da fonte é deduzido daquele apurado no país da residência, desde que tenha natureza equivalente ao imposto pago no país da residência.

¹⁶¹ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 57-8.

¹⁶² Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 210-4.

¹⁶³ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 814. O método de isenção com reserva de progressividade corresponderia à sistemática da universalidade para a alíquota, tomando a residência como critério atributivo da soberania fiscal.

Assim, no método da isenção é a renda obtida no exterior que é excluída, enquanto no método do crédito ou da imputação é o imposto efetivamente pago no exterior que é excluído.¹⁶⁴

Definidos os dois métodos, é possível compreender a limitação do método da imputação que levou à adoção das técnicas do crédito fictício (*tax sparing*) e do crédito presumido (*matching credit*) nos acordos para evitar a bitributação.

Utilizando-se o método da imputação, apenas os valores efetivamente devidos num Estado contratante é que serão excluídos pelo outro Estado, de modo que, quanto maior o tributo pago na fonte, menor será o saldo a pagar na residência e, *contrario sensu*, quanto menor o imposto pago na fonte, maior será o saldo a pagar na residência.¹⁶⁵ Como resultado, a aplicação do método da imputação pode tornar sem efeito o incentivo fiscal veiculado por normas tributárias indutoras do Estado da fonte, pois a opção do Estado da fonte por afastar sua pretensão tributária como forma de induzir o contribuinte a certo comportamento só alcançará o objetivo esperado se inexistir incidência tributária, por parte de outro Estado, que desestimule a atitude desejada pelo legislador do primeiro Estado. Ou seja, caso o Estado da fonte, utilizando-se de norma tributária indutora, permita uma redução do tributo, a simples aplicação do método da imputação levará a um incremento na pretensão tributária do Estado de residência. Embora a bitributação tenha sido afastada, a norma tributária indutora perderá sua função, já que seu efeito indutor desaparecerá pela maior incidência no Estado de residência do investidor.¹⁶⁶

Para evitar tais situações relacionadas às limitações do método da imputação na relação entre PD e PED, foi necessário introduzir, nos tratados, mecanismos que preservassem os efeitos das normas indutoras nacionais ou mesmo que fossem elas mesmas normas indutoras internacionais. Para tanto, encontramos nos tratados para evitar a bitributação a cláusula com *tax sparing* e/ou¹⁶⁷ com *matching credit*, sendo que estes

¹⁶⁴ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 819.

¹⁶⁵ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 215.

¹⁶⁶ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 216.

¹⁶⁷ A utilização das conjunções “e/ou” refere-se à possibilidade de ambas técnicas constarem de um mesmo tratado. Como exemplo, temos que no tratado Brasil x Japão houve a inserção do *tax sparing* para rendimentos em geral e para *royalties* provenientes do uso ou da concessão do uso de marcas de indústria ou de comércio; e *matching credit* para dividendos, juros e outros tipos de *royalties*. Conferir no texto vigente do tratado em CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 397-8. Há casos de utilização de *tax sparing* para situações de bitributação econômica

devem ser considerados como técnicas destinadas ao objetivo já assinalado e não como métodos para evitar a bitributação internacional. Essa ressalva foi feita por Manuel Pires, ao constatar que, nas situações envolvendo a aplicação de ambas as técnicas, não houve pagamento (integral ou parcial) de tributo no país da fonte, o que impediria falarmos de um caso de bitributação em relação ao tributo não pago e que deveria ser mitigada por algum método.¹⁶⁸ Assim, apesar de, em um tratado contra bitributação, a existência das técnicas de *tax sparing* e *matching credit* poder ser geralmente observada no artigo que trata dos métodos para evitar a bitributação, estas não são parte do método para evitar a bitributação e sim mecanismos que preservam os efeitos das normas indutoras nacionais ou mesmo que são em si próprias normas indutoras internacionais.

2.3. TAX SPARING

Conforme leciona Alberto Xavier, “o *tax sparing* ou crédito de imposto fictício (*shadowing*, *phantom tax*, *notional tax*, ou imputação especial por isenção de imposto) consiste na atribuição de um crédito correspondente ao imposto que teria sido pago no país de origem se não fossem as medidas de exoneração com que neste se pretendeu incentivar o investimento exterior”, o que permite evitar “que o contribuinte deixe de [se] beneficiar do efeito incitativo concedido no país da fonte, cujo sacrifício financeiro, na ausência do crédito fictício, acabaria por redundar em benefício exclusivo do país da residência”.¹⁶⁹ Para a aplicação dessa técnica – que segundo Ramón Valdes Costa também é conhecida como “*crédit d’impôt fictif*” ou “*imputation pour dégrèvement d’impôt*” em francês, e em espanhol “*crédito por impuesto exonerado*”¹⁷⁰ - é preciso que o país da fonte informe ao país da residência o imposto que normalmente seria pago caso não existissem medidas incentivadoras. Resulta que o *tax sparing* pode ser variável no tempo, pois se a alíquota normal aplicável a certa categoria de renda é alterada no país da fonte e o

juntamente com *matching credit* em situações de bitributação jurídica. São os casos dos tratados com Filipinas e Hungria. Confira em CASELLA, *op. cit.*, (nota 167), p. 260-1 e 316-7.

¹⁶⁸ Cf. PIRES, *op. cit.*, (nota 152), p. 368-9.

¹⁶⁹ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 824.

¹⁷⁰ Cf. COSTA, Ramon Valdes. *Estudios de derecho tributario internacional*. Montevideo:[s.n], 1978, p. 23-4.

benefício fiscal é mantido, o crédito a ser concedido pelo país da residência também é alterado.

A mais antiga referência ao *tax sparing* pode ser encontrada em documento de 1953 da *British Royal Commission*, conforme nos informa o relatório produzido pela OCDE em 1998 denominado “*Tax sparing: a reconsideration*”¹⁷¹. A Comissão britânica examinou a questão ao considerar os investimentos no exterior e recomendou a adoção do regime do *tax sparing*. O Parlamento debateu a questão em 1953 e voltou a enfrentá-la em 1956. A proposta foi rejeitada em 1957, mas seu debate prosseguiu nos anos seguintes até que, em 1961, a legislação britânica permitiu que o Reino Unido utilizasse tal técnica para promover o desenvolvimento industrial, comercial, científico e educacional dos países em desenvolvimento.

Em um tratado, o *tax sparing* surge pela primeira vez, em 1957, no tratado negociado entre Estados Unidos e Paquistão. Naquele ano, outros três tratados (Índia, Israel e República Árabe Unida) contendo cláusula de *tax sparing* foram apresentados ao senado norte-americano para aprovação, mas somente o tratado com o Paquistão chegou a ser aprovado, sendo os outros três retirados do senado norte-americano em 1964. Embora o tratado EUA x Paquistão não tenha entrado em vigor com a cláusula de *tax sparing*, foi o que esteve mais próximo de aprovação com tal cláusula, pois a aprovação ocorreu com a ressalva¹⁷² a tal cláusula com a justificativa imediata de que teria havido a expiração dos incentivos concedidos pelo Paquistão. Apesar desse motivo aparente, o Comitê de Relações Exteriores do Senado, desde o início das discussões, mostrou resistência à cláusula de *tax sparing*.¹⁷³ Essa posição, adotada pelo Senado norte-americano, foi fortemente influenciada pelo trabalho de Stanley S. Surrey, da Harvard University Law School, que argumentava que o *tax sparing* era um crédito fantasma que distorcia a neutralidade de exportação de capitais¹⁷⁴ e concedia um presente às corporações internacionais. Além disso, entendia que criava uma situação pela qual o tributo a ser pago

¹⁷¹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax sparing: a reconsideration*. 1998.

¹⁷² O tratado EUA x Paquistão foi aprovado com tal ressalva pelo senado norte-americano em 1958, tendo sua ratificação sido feita no mesmo ano pelos EUA. Em 1959 foi ratificado pelo Paquistão, o que permitiu a troca de instrumentos de ratificação e sua entrada em vigor em 21 de maio de 1959 (Cf. LIEBMAN, Howard M. A Formula for Tax-Sparing Credits in U.S. Tax Treaties with Developing Countries. *The American Journal of International Law*, v. 72, n. 2, p. 296-316, abr. 1978, (p. 296)).

¹⁷³ Cf. LIEBMAN, *op. cit.*, (nota 172), p. 296.

¹⁷⁴ Sobre neutralidade de exportação de capitais ver item .

nos EUA era determinado pelo tratado e não pelas leis norte-americanas.¹⁷⁵ Desde então, os EUA não incluem o *tax sparing* em seus tratados. Essa resistência norte-americana à aceitação da cláusula *tax sparing* foi determinante para que o tratado assinado com o Brasil em 1967 fosse aprovado pelo Senado daquele país com a ressalva sobre a cláusula de *tax sparing*.¹⁷⁶ Em vista disso, e considerando a posição brasileira que insistia na permanência de tal cláusula,¹⁷⁷ o tratado Brasil x EUA não entrou em vigor.

2.4. MATCHING CREDIT

O *matching credit*, *crédito prefixado*¹⁷⁸ ou crédito presumido (*lump-sum tax credit*, *pauschale Steueranrechnung*)¹⁷⁹ é definido tradicionalmente como a atribuição de um crédito mais elevado do que o que resultaria da aplicação da alíquota convencional ou de direito comum em vigor no país da fonte. O Estado da fonte, por meio do tratado, consente em restringir seu poder de tributar a um limite, enquanto o Estado da residência considera pago um montante de tributo superior ao estabelecido no tratado. Tendo sido adotado o *matching credit* num tratado, nos moldes da definição tradicional, temos no próprio tratado uma norma indutora, pois o investidor será sempre beneficiado, mesmo que o país da fonte não conceda benefícios fiscais.

Cabe aqui uma observação quanto à definição tradicional de *matching credit* acima reproduzida. Por tal definição, só temos *matching credit* se a alíquota permitida para o Estado da fonte for menor que o crédito que deverá ser concedido pelo Estado da residência, conforme estabelecido na mesma convenção. Ao observarmos alguns tratados dos quais o Brasil é parte contratante, constatamos a existência de algumas

¹⁷⁵ Cf. TOAZE, Deborah. Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results. *Canadian Tax Journal*, v. 4, n.4, p. 879-924, 2001, (p. 884).

¹⁷⁶ Cf. KELLEY, Patrick L. Tax Treaties Between the United States and Developing Countries: The Need for a New U. S. initiative. *The American Journal of International Law*, v. 65, n. 1, p. 159-67 jan. 1971, (p. 160).

¹⁷⁷ Tratamos da política brasileira na celebração de tratados no item 2.9.

¹⁷⁸ Cf. TORRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 468.

¹⁷⁹ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 824.

cláusulas que, aplicando rigorosamente a definição tradicional de *matching credit* e *tax sparing*, não poderiam ser reconhecidas como uma nem como outra.

Para fazer tal constatação, tomamos, dentre os dez países que detinham, em 2006, os maiores estoques de IED em nosso país - Tabela A.2.1: Estados Unidos, Holanda, Espanha, Ilhas Cayman, França, Alemanha, Portugal, Canadá, Japão e Ilhas Virgens Britânicas -, aqueles com os quais o Brasil possui tratado para evitar a bitributação, para construir a Tabela A.2.2¹⁸⁰ que demonstra que, por exemplo, no caso de *royalties* devidos pelo uso de marcas, os tratados celebrados com Alemanha (não mais em vigor) e Holanda, temos uma alíquota permitida pelo país da fonte maior que o crédito concedido pelo país da residência. Diante de tal observação, para que tais situações não fossem excluídas pela definição, o *matching credit* deveria ser entendido como um crédito prefixado no tratado, independente da política fiscal no país da residência. A definição de *matching credit*, portanto, não deve condicionar que a alíquota convencional, permitida ao país da fonte, fosse menor que o crédito concedido pelo país da residência. Assim, o *matching credit* deve ser entendido como uma técnica que permite a atribuição no tratado de uma alíquota fixa para o crédito concedido pelo país da residência, independente da política fiscal do país da fonte, podendo esta ser maior, menor ou igual à alíquota convencional permitida ao país da fonte para o respectivo rendimento. A fim de facilitar a referência a cada uma dessas modalidades, adotamos a nomenclatura de *matching credit* mínimo, quando a alíquota convencional da fonte é maior que o crédito prefixado; de *matching credit* garantia, quando a alíquota convencional da fonte é igual ao crédito prefixado; e *matching credit* indução, quando a alíquota convencional da fonte é menor que o crédito prefixado.

2.5. DISTINÇÃO ENTRE *TAX SPARING* E *MATCHING CREDIT*

À primeira vista, as técnicas do *tax sparing* e do *matching credit* podem ser confundidas a ponto de alguns autores tratarem as duas técnicas sem distingui-las,

¹⁸⁰ O Brasil nunca possuiu tratados contra a bitributação que entraram em vigor com Estados Unidos, Ilhas Cayman e Ilhas Virgens Britânicas.

como o faz Deborah Toaze¹⁸¹. Outros chegam a propor um *tax sparing system* que seria composto por: *tax sparing stricto sensu* e *matching credit*.¹⁸²

A lição de Alberto Xavier estabelece suas diferenças: “enquanto a cláusula de ‘*tax sparing*’ pressupõe um incentivo preexistente que visa a preservar, a cláusula de ‘*matching credit*’ atribui o direito à dedução no Estado de residência de um crédito fixado ‘*a forfait*’”, permitindo concluir que nessa última técnica o crédito existirá “seja qual for a política fiscal do outro Estado, estabeleça ele ou não um imposto reduzido ou até mesmo uma isenção”.¹⁸³ Assim, conforme entende Luís Eduardo Schoueri, “de regra, [no *matching credit*] concede-se ao investidor crédito, em seu país de residência, equivalente ao imposto a que normalmente se sujeitam os investimentos no Estado da fonte, enquanto, simultaneamente, este é reduzido”.¹⁸⁴ Heleno Torres vê entre as duas técnicas uma diferença, “consistindo o *matching credit* numa prefixação do crédito do imposto sob um determinado percentual, inscrito na cláusula convencional, enquanto o *tax sparing*, em vez de uma prefixação, consiste num mecanismo segundo o qual o Estado da fonte faz declarar os impostos que teriam sido pagos caso não existisse qualquer benefício, sendo, portanto, quantitativa e qualitativamente variável, comparando-se à estabilidade que há no *matching credit*”.¹⁸⁵

No trecho acima, da lição de Alberto Xavier observamos que o mestre parece limitar a aplicação da técnica do *tax sparing* a incentivos preexistentes à época da assinatura do tratado. Não adotamos tal limitação, pois as definições comumente aceitas pela doutrina internacional ou mesmo as formulações que encontramos nos tratados falam em aceitação dos créditos pelo país da residência mesmo nos casos de não pagamento do tributo por conta de incentivos no país da fonte sem que haja limitação, em todos os casos, quanto à contemporaneidade entre os tratados e os incentivos a serem considerados. Tais incentivos podem surgir mesmo após a assinatura do tratado, daí a necessidade, assinalada por Heleno Torres,¹⁸⁶ de o país da fonte declarar quais tributos seriam exigidos

¹⁸¹ Cf. TOAZE, *op. cit.*, (nota 175), p. 915.

¹⁸² Cf. LEE, Seong-Bong. Who gains benefits from tax incentives for Foreign Direct Investment in Korea? *Korea Institute for International Economic Policy, Working Paper*, v. 02-04, 2002, p. 28.

¹⁸³ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 824.

¹⁸⁴ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 218-9.

¹⁸⁵ Cf. TORRES, *op. cit.*, (nota 178), p. 469.

¹⁸⁶ Cf. TORRES, *op. cit.*, (nota 178), p. 469.

normalmente naquela situação. Sobre o assunto, podemos observar que no tratado Brasil x Japão há a possibilidade de incentivos fiscais introduzidos posteriormente serem considerados na aplicação do *tax sparing* pelo Japão, desde que a extensão dos incentivos seja acordada entre os países.¹⁸⁷

Outra característica, apontada pela doutrina e que ajudaria a distinguir as duas técnicas, é o fato de a presença de uma cláusula de *matching credit* num acordo sobre bitributação não tem como efeito “meramente evitar a anulação de normas tributárias indutoras unilaterais, passando a servir os próprios acordos como veículo para a introdução das últimas”.¹⁸⁸ Essa característica distintiva precisa ser entendida como válida para a maioria dos casos de *matching credit* (*matching credit* indução) e não para todos. Isso se deve ao fato, já apontado anteriormente,¹⁸⁹ de poderem existir cláusulas de *matching credit* nas quais a alíquota permitida para o país da fonte seja maior (*matching credit* mínimo) ou igual (*matching credit* garantia) que o crédito concedido pelo país da residência. Nesses casos, não há como assegurar que tal cláusula tenha em si mesma um efeito indutor, pois poderá não significar benefício algum para o investidor.

Nossa posição é no sentido de destacar a diferença entre as técnicas, pois as conseqüências da aplicação de uma ou outra são sensivelmente diferentes. A simples aplicação do *tax sparing* puniria os países que resolvessem diminuir gradualmente a sua carga tributária, pois as alíquotas estariam sendo diminuídas não como resultado de um incentivo, mas de uma política tributária geral. Não haveria, nessa situação, como o país da residência dar crédito equivalente à alíquota anteriormente vigente. Assim, ao tempo em que os países aplicassem tal política, estariam transferindo renda tributável para o país da residência do investidor. A adoção do *matching credit*, por sua vez, ao deixar prefixada a alíquota a ser aplicada no crédito concedido pelo país da residência, não tem esse efeito de desestimular a política fiscal do país da fonte no sentido de uma diminuição geral das alíquotas sobre a renda.

No mesmo sentido, Roque García Mullin entende que o *matching credit* é mais útil e atrativo para os PED que o *tax sparing*. Segundo o autor, o *matching credit*

¹⁸⁷ Cf. CASELLA, *op. cit.*, (nota 167), p. 397-8.

¹⁸⁸ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 218.

¹⁸⁹ Ver a parte final do item 2.4.

tem a vantagem sobre o *tax sparing* de evitar a condição de ter que se levar em conta quais medidas de incentivo devem ser consideradas para o mecanismo, evitando discussões sobre volume e intertemporalidade dos incentivos.¹⁹⁰

Veremos a seguir algumas razões para utilização do *tax sparing* e/ou do *matching credit* que nos ajudará a compreender de que modo a inserção de tais cláusulas nos tratados assinados pelo Brasil está em consonância com o objetivo do desenvolvimento nacional

2.6. RAZÕES PARA A UTILIZAÇÃO DO *TAX SPARING* E/OU DO *MATCHING CREDIT*

O pressuposto fundamental para a utilização da cláusula *tax sparing* ou da *matching credit* é “o sentido unilateral dos investimentos (do Estado mais desenvolvido para o menos desenvolvido) e, em consequência, dos rendimentos (do Estado menos desenvolvido - fonte - para o mais desenvolvido - residência)”, de modo que sem a adoção de tais técnicas, as subvenções, por meio de normas tributárias indutoras, concedidas pelo Estado da fonte (menos desenvolvido), serão absorvidas pelo Estado da residência.¹⁹¹ Além disso, forçoso reconhecer que “os Estados menos desenvolvidos não celebram acordos de bitributação para tornar neutra a tributação dos investimentos estrangeiros; ao contrário, abrem eles mão de parte de sua pretensão tributária, visando a produzir o efeito do incentivo àqueles investimentos”.¹⁹² Conforme registra Heleno Torres, “trata-se de uma formulação [o *tax sparing*] que favorece aos países em desenvolvimento, possibilitando a estes uma maior força de atração de investimentos de capital externo, ao mesmo tempo em que estimula os investidores oriundos dos países exportadores de capital”.¹⁹³ Certamente, essa afirmação do autor pode ser estendida ainda com mais razão ao *matching credit*.

¹⁹⁰ Cf. MULLIN, Roque García. Tratados impositivos entre países desarrollados y países em desarrollo. *Revista de direito tributário*. n. 23/24, p. 26-36, jan./jun. 1983, (p. 33).

¹⁹¹ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 217.

¹⁹² Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 218.

¹⁹³ Cf. TORRES, *op. cit.*, (nota 178), p. 467.

Exemplos esclarecedores de como a ausência de cláusula de *tax sparing* pode anular a norma indutora nacional que objetiva incentivar IED, encontramos em relatório da OCDE de 1998.

Uma empresa M, residente do país R, estabelece uma subsidiária S no país F. A subsidiária S obtém \$ 100 de renda líquida durante seu primeiro ano de operação. A alíquota do imposto de renda em F é 30%. Por causa da legislação de incentivos fiscais aplicável em F, S não pagará nenhum imposto de renda durante os primeiros cinco anos de operação. Por conseguinte, o montante de imposto poupado no primeiro ano por S, em F, é de \$ 30. No ano 2, S paga \$ 50 de sua renda líquida para M no país R. A alíquota de imposto sobre a renda em R é 40%. Não há imposto incidente na fonte sobre dividendos em F. R tributa os dividendos estrangeiros com alíquota cheia, mas permite um crédito pelos impostos efetivamente pagos, inclusive o imposto sobre a renda pago por subsidiárias estrangeiras. Desde que nenhum imposto tenha sido arrecadado por F pela renda distribuída, M fará o pagamento de \$ 20, a título do imposto de renda sobre os dividendos em R (40% dos \$ 50).¹⁹⁴ Essa aplicação do método da imputação acaba por cancelar os efeitos da isenção concedida por F, uma vez que os \$ 15 que deixou de arrecadar (30% dos \$ 50 remetidos) terão que ser pagos a R.¹⁹⁵

Se houvesse uma previsão de *tax sparing* no acordo de bitributação entre o país R e o país F, o país R teria que conceder à empresa M o crédito dos tributos que teriam sido pagos por S na distribuição de dividendos na ausência da norma indutora do país F. O tributo devido sobre os dividendos no país R no montante de \$ 20 (40% de \$ 50) teria que ser compensado com o crédito de fictício de \$ 15 (30% de \$ 50).¹⁹⁶ Nessas condições, estaria preservada a norma indutora nacional do país F.

Sem a existência da cláusula de *tax sparing*, o total da carga tributária a que o investidor é submetido não se altera, resultando que a receita tributária da qual o

¹⁹⁴ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *op. cit.*, (nota 171), p. 11. Encontramos esse primeiro exemplo reproduzido em português em TORRES, *op. cit.*, (nota 178), p. 465.

¹⁹⁵ Um outro exemplo sobre o efeito dos tratados contra a bitributação sobre os incentivos concedidos pelo país da fonte pode ser encontrado em BIGER, Nahum; PEPE, Michael F.G. The inhibiting effect of bilateral tax treaties on domestic tax incentives. *Canadian Public Policy*. v. 12, n. 13, p. 424-31, sep. 1986, p. 426-8.

¹⁹⁶ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 12.

país, onde se localizou o investimento, abriu mão para atrair IED, acaba por ser transferida para o país da residência do investidor.¹⁹⁷

É de se notar que o *matching credit* só terá efeito equivalente ou ainda mais benéfico para os PED em relação ao *tax sparing*, se presente na modalidade *matching credit* garantia ou indução,¹⁹⁸ pois na modalidade *matching credit* mínimo a alíquota prefixada para o crédito, sendo inferior à alíquota convencional permitida ao país da fonte, poderá não haver preservação integral ou significativa dos efeitos dos benefícios fiscais concedidos.

O efeito positivo da existência de cláusula de *tax sparing*, em tratados entre PD e PED com relação ao IED, foi constatado por um estudo feito por J. R. Hines com dados do fim da década de 1980 e início da década de 1990. Hines comparou os investimentos do Japão, que concede *tax sparing*, com os dos EUA, que não concedem *tax sparing*, para concluir que as empresas japonesas estavam muito mais propensas a investir em países nos quais havia a concessão de *tax sparing* do que as empresas norte-americanas nos mesmos países. Hines também concluiu que os países com os quais o Japão celebrou tratado com a cláusula de *tax sparing* ficaram mais estimulados a conceder incentivos fiscais para atrair IED.¹⁹⁹

Apesar das evidências apontadas por Hines, tem crescido entre os PD a resistência em aceitar a inclusão nos tratados para evitar a bitributação de tais técnicas que preservam ou veiculam normas tributárias indutoras. O relatório OCDE registrara que, já em 1998, muitos países membros daquela organização estavam apresentando críticas ou mesmo recusando-se a incluir o *tax sparing* na negociação dos tratados.²⁰⁰ A crescente resistência dos países, membros da OCDE, em celebrar tratados com cláusula de *tax sparing*, foi constatada por um pesquisador do FMI. Na pesquisa, realizada entre 2000 e 2003, foram analisados 107 acordos sobre bitributação concluídos nesse período, sendo

¹⁹⁷ Cf. UNITED NATIONS. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Tax incentives and Foreign Direct Investment: a global survey*. ASIT Advisory Studies n. 16. New York and Geneva, 2000, p. 28. Ver também: TORRES, *op. cit.*, (nota 178), p. 467.

¹⁹⁸ Ver item 5.2.

¹⁹⁹ Cf. HINES JR., James R. “*Tax sparing*” and direct investment in developing countries. Cambridge: National Bureau of Economics Research, 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=129468>>, Acesso em: 21 out. 2008, p. 12 e 28.

²⁰⁰ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 19.

que somente 33 com *tax sparing*. Destes 33, 16 envolviam países da OCDE. Dos 74 acordos sem cláusula de *tax sparing*, 54 envolviam países da OCDE.²⁰¹ Dos 54 tratados celebrados por países da OCDE sem a cláusula *tax sparing*, 39 possuíam um PED entre as partes contratantes.

Esses dados, no entanto, não podem ser atribuídos a uma orientação explícita da OCDE, uma vez que nos comentários ao seu modelo a organização não recomenda que os Estados-membros necessariamente abstenham-se de celebrar tratados com cláusula de *tax sparing* ou *matching credit*. A organização, apesar de ressaltar que não acredita ser o *tax sparing* uma efetiva ferramenta para promover o desenvolvimento econômico, recomenda que seus Estados-membros deveriam considerar incluir tais cláusulas somente em tratados com países com menor grau de desenvolvimento,²⁰² o que coincide parcialmente com o que aqui defendemos.

Apesar de não orientar explicitamente a rejeição ao *tax sparing*, a OCDE tece críticas a tal cláusula convencional. Mostraremos a seguir uma síntese de tais críticas e comentaremos o fundamento ou a falta deste em cada uma delas.

2.7. CRÍTICAS DA OCDE AO *TAX SPARING*

No relatório produzido pela OCDE, em 1998, denominado “*Tax sparing: a reconsideration*”, o *tax sparing* é tratado como uma técnica que habilita o investidor a utilizar, em seu país de residência, créditos de tributos que foram “spared”, ou seja, tomando um dos sentidos aplicáveis ao termo com coerência com a questão tributária²⁰³, desobrigados, dispensados, isentados no país da fonte, devido a uma política de incentivo qualquer. Quanto ao *matching credit*, o relatório faz somente uma rápida referência,

²⁰¹ Cf. THURONYI, Victor. Recent Treaty Practice on Tax Sparing. *World Tax Daily*. 2003 WTD 13-14, jan. 2003, *passim*.

²⁰² Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Model tax convention on income and on capital. Condensed version*. 2008, p. 281-2.

²⁰³ Cf. SPARE. In: MICHAELIS: *moderno dicionário inglês-português, português-Inglês*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

entendendo-o como a atribuição de um crédito fixado no tratado e que não guarda qualquer relação com o tributo efetivamente ou potencialmente cobrado no país da fonte.²⁰⁴

No entanto pudemos constatar que o relatório OCDE não distingue adequadamente o *tax sparing* do *matching credit*. O relatório fala da existência de uma cláusula de *tax sparing* no tratado México e Coréia,²⁰⁵ mas o que encontramos é uma cláusula de *matching credit*. Vejamos trechos dos arts. 9 e 23 do tratado entre México e República da Coréia:²⁰⁶

Art. 9º

Os dividendos pagos por uma sociedade residente em um Estado Contratante a um residente de outro Estado Contratante podem submeter-se à tributação neste outro Estado.

No entanto, estes dividendos podem também submeter-se à tributação no Estado Contratante no qual resida a sociedade que pague os dividendos, e segundo a legislação deste Estado, mas se o recebedor destes dividendos é o beneficiário efetivo, o imposto assim exigido não poderá exceder:

0 por cento do valor bruto dos dividendos se o beneficiário efetivo é uma sociedade (excluídas as sociedades de pessoas) que possui diretamente pelo menos 10 por cento do capital sociedade que paga os dividendos;

15 por cento do valor bruto dos dividendos em todos os demais casos.

²⁰⁴ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 36.

²⁰⁵ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 66.

²⁰⁶ Cf. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Servicio de administración tributaria. *Convenios internacionales celebrados por México, en materia fiscal hasta el 2001, parte 2*. Disponível em: <<http://www.sat.gob.mx>>. Acesso em: 08 set. 2008, p. 275 e 282.

...

Art. 23

...

No caso da Coréia, a dupla tributação será evitada da seguinte maneira:

Segundo as disposições da legislação fiscal coreana, em relação à concessão de créditos frente ao imposto coreano de impostos exigíveis de qualquer país distinto da Coréia (que não afetem ao princípio geral aqui estabelecido), o imposto mexicano exigível (excluindo o caso de um dividendo, o imposto exigível com relação aos benefícios por aqueles que pagam o dividendo) segundo a legislação mexicana e em conformidade com a presente Convenção, já seja diretamente ou por dedução, relacionado às rendas de fontes situadas no México, será creditável contra o imposto coreano exigível em relação com tais rendas. Porém, o crédito não excederá aquela proporção do imposto coreano que estejam relacionadas com as rendas derivadas de fontes situadas no México no que toca às rendas totais sujeitas aos imposto coreano.

Para os efeitos do parágrafo 2, quando o México não submeta à tributação os dividendos pagos por sociedades residentes no México, os dividendos isentos de pagamento de imposto serão considerados como se houvessem pago no México um imposto de 15% em relação a tais dividendos.

Para os efeitos do presente Artigo, “o imposto mexicano sobre ativos será considerado como um imposto sobre a renda.”²⁰⁷

²⁰⁷ Tradução livre do seguinte trecho do tratado:

“Art. 9º

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. Sin embargo, estos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos, y según la legislación de este Estado, pero si el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no podrá exceder de:

a) 0 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas) que posea directamente al menos el 10 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos;

Podemos observar que no art. 23, parágrafo 3, o crédito concedido pela Coréia é fixo em 15%, sendo que tal crédito é maior ou igual à alíquota convencional estabelecida para o país da fonte no art. 9º. Portanto o crédito a ser concedido na Coréia independe da alíquota normalmente aplicável no México na ausência de benefício fiscal, preenchendo os requisitos para ser considerada uma cláusula de *matching credit* e não de *tax sparing*.

O que se observa, então, é que o relatório OCDE trata indistintamente das situações de *tax sparing* e *matching credit*, porém é dirigido mais especificamente para *tax sparing*. Considerada tal constatação e o fato de o *matching credit* ser, geralmente, uma técnica ainda mais abrangente que o *tax sparing*, a análise e as críticas daquele relatório, a seguir estampadas, podem, quase que totalmente, ser estendidas para o *matching credit*.

Poderá ser observado que, como bem apontou Alberto Xavier,²⁰⁸ paira, sobre as críticas ao *tax sparing*, a concepção de que o sistema fiscal de cada país, em obediência à igualdade, deve ser neutro no que concerne às decisões de investimento, quer este se realize no próprio país ou no estrangeiro. É a chamada neutralidade de exportação de capitais sobre a qual mostramos nossa posição no Capítulo III.

b) 15 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

Este párrafo no afecta la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se paguen los dividendos.

...

Art. 23

...

2. En el caso de Corea, la doble imposición se evitará de la siguiente manera:

Sujeto a las disposiciones de la legislación fiscal coreana, en relación con la concesión de créditos contra el impuesto coreano de impuestos exigibles en cualquier país distinto de Corea (que no afecten el principio general aquí establecido), el impuesto mexicano exigible (excluido en el caso de un dividendo, el impuesto exigible respecto de los beneficios por los que se paga el dividendo) bajo la legislación mexicana y de conformidad con el presente Convenio, ya sea directamente o por deducción, respecto de rentas de fuentes situadas en México, será acreditable contra el impuesto coreano exigible en relación con dichas rentas. Sin embargo, el crédito no excederá de aquella proporción del impuesto coreano que guarden las rentas derivadas de fuentes situadas en México respecto de las rentas totales sujetas al impuesto coreano.

3. A los efectos del párrafo 2, cuando México no someta a imposición los dividendos pagados por sociedades residentes en México, o exente dichos dividendos del pago de impuesto, será considerado como si se hubiera pagado en México un impuesto de 15 por ciento en relación con dichos dividendos.

4. A los efectos del presente Artículo, el impuesto al activo mexicano será considerado como un impuesto sobre la renta.”

²⁰⁸ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 825.

2.7.1. Mudanças na estrutura econômica global

Segundo o relatório da OCDE, a justificativa que sustentou, nas décadas de 1960 e 1970, a inserção de cláusulas de *tax sparing* em tratados celebrados foi a necessidade de promover o desenvolvimento econômico em PED. No entanto, segundo entendeu aquela organização, essa justificativa não estaria mais válida para muitos países tidos como PED que teriam um nível econômico igual ou mesmo superior a alguns países membros da organização.²⁰⁹

Dados do Banco Mundial demonstram o equívoco de tal argumento mesmo se considerarmos apenas uma das expressões do desenvolvimento: o desenvolvimento econômico. Na tabela 2.1, a seguir, vemos que a média do PIB *per capita* dos PD é 21 vezes maior que a média do PIB *per capita* dos PED e que, em 2015, esse abismo ainda será correspondente a 19 vezes. A tabela demonstra com clareza que os PED não estão, nem estarão nas próximas décadas, em um nível de atividade econômica similar ou mesmo próximo dos PD da OCDE. Os PD e PED, quanto a esse aspecto, estão sim numa clara situação de desigualdade.

Tabela 2.1

Ano	PIB per capita médio estimado (US\$)		Abismo entre PD e PED
	PD	PED	
2006	32.090	1.530	21X
2015	39.700	2.080	19X
Fonte: WORLD BANK. <i>Global Economic Prospects 2005: trade, regionalism and development</i> . Washington: World Bank, 2005, p. 16.			

²⁰⁹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 21.

No caso particular do Brasil, tínhamos uma renda *per capita* de US\$ 5.910, em 2007, que era cerca de seis vezes menor que a renda *per capita* dos PD no mesmo ano (US\$ 37.566) e significativamente abaixo da média mundial de US\$ 7.958.²¹⁰

O equívoco do argumento pode ser reforçado se tomarmos as diferenças no IDH divulgado pela ONU que reflete outras acepções do desenvolvimento. Em 2007, a média do IDH dos países de renda alta membros da OCDE era de 0,947 ao passo que os PED tinham um IDH médio de 0,691, sendo atribuído ao Brasil um IDH de 0,800. Tal índice para o país, embora tenha permitido estarmos, entre os 177 países do relatório, na última posição (posição 70) do grupo considerado de alto desenvolvimento humano, representa uma posição inferior, entre os países da América Latina, à Argentina (posição 38), Chile (posição 40), Uruguai (posição 46), Cuba (posição 51), México (posição 52) e Panamá (posição 62).²¹¹

Essa flagrante desigualdade, tanto em termos econômicos quanto em termos de desenvolvimento humano, leva-nos à proposição que fazemos no sentido de que todos os tratados que envolvam PD e PED tenham cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* em benefício destes últimos. Particularmente em relação ao Brasil, a proposição que fazemos é de que o país deve manter a orientação no sentido de que todos os tratados nos quais a outra parte contratante seja um PD tenha cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit*. Tal proposição está em sintonia com o que foi defendido no próprio relatório OCDE, no que se refere a uma definição por critérios objetivos dos países que podem ter cláusula de *matching credit* ou *tax sparing*, pois a desigualdade econômica é um dado objetivo facilmente verificável em publicações do Banco Mundial ao passo que a desigualdade em termos de IDH está estampada nos relatórios da ONU.

²¹⁰ Cf. WORLD BANK. *World development indicators database*, 2008, Disponível em: <<http://www.worldbank.org/>>. Acesso em: 03 nov. 2008. O conflito entre os dados de 2007 assinalados nesse parágrafo e aqueles constantes da Tabela 2.1 deve-se à diversidade das datas das fontes. Na Tabela 2.1 o valor do PIB per capita médio dos PD foi estimado para 2006, pois o relatório é de 2005. Utilizamos os dados de 2005 do Banco Mundial por conta da estimativa do PIB para 2015 que foi feita naquele documento.

²¹¹ Cf. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report 2007/2008: Fighting climate change: human solidarity in a divided world*. New York: United Nations, 2007, p. 229-232.

Ainda sobre a estrutura econômica global, argumenta o relatório que o *tax sparing* teria sido concebido numa realidade de muitas barreiras para o comércio e que, considerada a liberalização do comércio, as indústrias que estivessem operando em países beneficiados pela cláusula de *tax sparing* iriam competir em condição vantajosa com as indústrias de outros países. Esse argumento supõe a existência de uma desigualdade puramente focada no tributo que foi pago ou não, deixando de considerar os riscos e as prestações estatais que beneficiam o contribuinte em cada país. Conforme Klaus Vogel argumentou, se o país onde se localiza o investimento tem um grau de desenvolvimento inferior ao país da residência, o capital investido estará submetido a um grau de risco maior e o investimento desfrutará de benefícios menores advindos das prestações estatais.²¹² Assim, uma situação que, a princípio, poderia representar uma condição vantajosa para a empresa que investe em países de menor desenvolvimento, desfrutando de incentivos fiscais preservados por cláusula de *tax sparing*, pode, na verdade, representar uma condição equivalente ou desfavorável se os maiores riscos e as menores prestações estatais fornecidas forem consideradas. Nesse sentido, Reuven Avi-Yonah assinala que seria inapropriado aplicar, a uma empresa instalada em um país que oferece menores prestações estatais, tributação idêntica ou similar àquela do seu país de residência, pois tal empresa, provavelmente, irá incorrer em maiores custos ou ganhar menores lucros do que se investisse em um país com um setor público maior. Referida empresa, por exemplo, teria que dispendir recursos em treinamento dos trabalhadores, uma vez que a educação teria sido deficiente; ou pode ter que suprir o transporte de seus funcionários na ausência de um sistema de transporte eficiente.²¹³

²¹² Cf. VOGEL, *op. cit.*, (nota 154), p. 157. No mesmo sentido ver: SCHOUERI, Luis Eduardo. Imposto de Renda e o comércio eletrônico. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário atual*, v. 16. São Paulo: Dialética, 2001, p. 146-60, (p. 152).

²¹³ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 48.

2.7.2. *Tax sparing* como instrumento de ajuda externa

Ao considerar o *tax sparing* como instrumento de ajuda externa para países em desenvolvimento, o relatório OCDE aponta que, ao contrário de situações de *tax sparing*, a ajuda externa direta é mais transparente, pois há meios para serem determinados previamente os beneficiários, o montante e os projetos que serão financiados.²¹⁴

Para considerar que o *tax sparing* é uma espécie de ajuda externa, a premissa da OCDE é de que somente o país da residência tem o direito de tributar a renda de investimentos estrangeiros. A partir dessa premissa, a tributação por parte do país da fonte em si já é uma concessão, um favor do país da residência em benefício do país da fonte. Seguindo nesse raciocínio, consideram os membros da OCDE que concessão ainda maior seria permitir a possibilidade de tributação pelo país da fonte e considerar como crédito na residência até aquele tributo não pago na fonte por conta de incentivos fiscais.

A fragilidade de tal argumento é demonstrada a partir da constatação feita por Manuel Pires de que não existe “razão científica para a tributação exclusiva em qualquer dos Estados respectivos [fonte e residência]”.²¹⁵ O raciocínio do autor permite concluirmos que, se sobre a mesma renda atuam duas soberanias fiscais, o Estado da residência tem o poder de tributar a globalidade do rendimento, atendendo as exigências de um imposto pessoal e subjetivo em direção à concretização da capacidade contributiva, ao passo que o Estado da fonte tem outra fatia do poder de tributar a mesma renda por conta da conexão com seu território.²¹⁶

Mesmo na argumentação de autores que defendem os efeitos positivos do IED em países em desenvolvimento, como Yoram Margalioth, encontramos a adoção dessa premissa equivocada da OCDE de que a cláusula de *tax sparing* é uma espécie de

²¹⁴ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 22.

²¹⁵ Cf. PIRES, *op. cit.*, (nota 152), p. 315.

²¹⁶ Cf. PIRES, *op. cit.*, (nota 152), p. 309.

ajuda externa dos PD para os PED.²¹⁷ Tomamos uma das idéias básicas que permeiam o pensamento jurídico como aquela que diz que “ninguém transmite direito que não possui” para justificarmos nossa posição de que não há ajuda externa nesse caso, pois o PD nunca possuiu direito de tributar a parcela da renda que ficou submetida à soberania fiscal do país da fonte segundo os ditames do tratado e segundo o respeito à soberania fiscal como verdadeiro princípio do direito tributário internacional. Da mesma forma, não entendemos que, com a aplicação do *tax sparing* e/ou *matching credit*, o país da residência esteja praticando um ato de renúncia fiscal, conforme admitiu Roberto França Vasconcelos.²¹⁸ Se nunca possuiu poder de tributar aquela parcela da renda, quando respeita o incentivo fiscal do Estado da fonte, por meio da cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit*, o país da residência não está concedendo ajuda externa ou aplicando uma renúncia fiscal, mas apenas respeitando a soberania fiscal do país da fonte.²¹⁹

2.7.3. *Tax sparing* pode encorajar uma excessiva repatriação de lucros

A existência de cláusula de *tax sparing*, no tratado entre país da residência e país da fonte, poderia encorajar a repatriação de lucros para a residência, em detrimento do reinvestimento no país da fonte.²²⁰

Embora amparada em raciocínio lógico, justificado pela racionalidade econômica presumida do investidor, essa crítica não é sempre válida. O investidor só sentiria estímulos para repatriar os lucros e deixar de reinvestir no país da fonte se estivesse diante de um *tax sparing* limitado no tempo. A definição de *tax sparing* não exige a limitação temporal, sendo esta decorrente do resultado das negociações para celebrar o tratado. Assim, nos casos nos quais a cláusula de *tax sparing* não estiver submetida a esse

²¹⁷ Cf. MARGALIO, *op. cit.*, (nota 37), p. 189-90.

²¹⁸ Cf. VASCONCELOS, Roberto França. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional*, n. 01, p. 147-91, 2005, (p. 169-70).

²¹⁹ Sobre o compartilhamento do poder de tributar a renda fazemos outros comentários em SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 79-83.

²²⁰ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 22-3.

limitador temporal, o investidor poderá reinvestir o lucro no país da fonte, sabendo que a renda do novo investimento também desfrutará do *tax sparing*. Assim, o estímulo para a repatriação imediata dos lucros desaparece em grande medida.

2.7.4 A premissa básica que sustenta a defesa do *tax sparing* seria inválida

A premissa básica que sustenta a defesa do *tax sparing* é de que, na ausência de tal cláusula, o país da residência se beneficia de parte da receita tributária da qual o país da fonte abriu mão por meio de incentivos para atrair investimentos estrangeiros. Segundo o relatório OCDE, tal premissa é invalidada por três motivos: reinvestimento dos lucros no país da fonte com conseqüente não-tributação momentânea na residência; dificuldade de precisar o montante de receita tributária transferida para a residência; e peculiaridades do sistema crédito de muitos países.

2.7.4.1. *Reinvestimento dos lucros no país da fonte com conseqüente não-tributação momentânea na residência*

Como, na quase totalidade dos países, o lucro obtido no exterior só é tributado na residência no momento do recebimento dos dividendos e não no momento da sua apuração, e considerando que tais lucros são muitas vezes reinvestidos no país da fonte, efetivamente, nesses casos, o benefício fiscal concedido pelo país da fonte não será transmitido para o país da residência.²²¹ Esse argumento considera que o simples diferimento do momento da tributação equivaleria a uma não-tributação. De imediato, de fato, considerada a sistemática de tributação da renda vigente na maioria dos países, existindo reinvestimento dos lucros obtidos no país da fonte, não há ingresso de recursos

²²¹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 23-4.

para o país da residência que corresponderiam ao tributo dispensado no país da fonte. No entanto o investidor sério, cauteloso e com visão de longo prazo não encara esse diferimento como não-tributação, e sua decisão de investir, certamente, leva em conta a tributação futura que sofrerá na renda dos reinvestimentos. Desse modo, a iniciativa do país da fonte para atrair investimento estrangeiro com a concessão de incentivos fiscais seria prejudicada.

2.7.4.2. Dificuldades de precisar o montante de receita tributária transferida para a residência

Devido ao fato de o envio de lucros para o país da residência, na maioria das vezes, ser feito anos após a sua apuração no país da fonte, para precisar o montante de receita tributária transferida do país da fonte para o país da residência dever-se-ia apurar o valor presente de tal transferência, dado seu distanciamento no tempo que chegaria a vários anos.²²² Essa crítica ao tempo da efetiva tributação no país da residência, que clama com acerto pela apuração correta do valor da transferência de receita tributária do país da fonte para o país da residência, na ausência de *tax sparing* e presença de incentivos fiscais neste último, confirma que a transferência de receita tributária do país da fonte para o país da residência ocorre em muitos casos. Tal raciocínio não invalida, ao contrário, confirma a premissa básica que sustenta a defesa do *tax sparing*, pois assume que há, na ausência da cláusula de *tax sparing*, receitas transferidas do país da fonte para o país da residência.

²²² Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 24.

2.7.4.3. Peculiaridades do sistema crédito da fonte em vários países

Na ausência da cláusula do *tax sparing*, a maioria dos tratados contra a bitributação utilizaria o método do crédito puro limitado ou crédito puro restrito, ou seja, permitiria o crédito do imposto efetivamente pago no país da fonte, mas restringiria esse crédito ao valor correspondente à aplicação de sua alíquota interna sobre a base de cálculo que considera a renda no país da fonte. Adicionalmente, a maioria dos países permitiria que o excesso de créditos em relação às rendas oriundas de um país com alta tributação fosse compensado com a falta de crédito em relação a um país que tenha concedido benefícios fiscais. Essa situação permitiria que os investidores, e não o país da residência, fossem beneficiados com o valor de receita tributária da qual o país da fonte abriu mão, ao conceder os incentivos fiscais.²²³ Essa crítica é válida se o seu pressuposto fundamental for observado, ou seja, se o país da residência permitir o crédito restrito global e não por país. Outra condição necessária para que a crítica seja válida é que a empresa investidora no país da fonte tenha investimentos em diversos outros países de modo a aproveitar o excesso de créditos relativos a tributos pagos nesses outros países na parcela que é equivalente à renda obtida no país que concede incentivos. É uma crítica, portanto, válida em relação a grandes grupos empresariais com investimentos globalizados e não em investimentos de porte médio ou mesmo grandes, mas concentrados em poucos países.

Além disso, mesmo nos casos em que a crítica é válida, é um argumento que ampara tanto a defesa do *tax sparing* quanto seu combate, pois, se a receita tributária da qual o país da fonte abriu mão, ao instituir um benefício fiscal, não fosse para o país da residência tanto nos casos de utilização do método do crédito limitado quanto nos casos de adoção da técnica do *tax sparing*, não haveria interesse dos PD em discutir ou criticar tal técnica. A própria existência do relatório OCDE demonstra a preocupação dos países membros com a técnica do *tax sparing* e, portanto, a falta de sustentação lógica de tal argumento.

²²³ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 24.

2.7.5. Dúvidas quanto à efetividade dos incentivos fiscais na promoção do desenvolvimento

O relatório OCDE coloca em dúvida a efetividade dos incentivos fiscais na promoção do desenvolvimento com as seguintes observações:

- Os países membros da organização ainda utilizam os incentivos fiscais, mas têm procurado reduzi-los a algumas áreas específicas, como pesquisa e desenvolvimento;
- O *tax sparing* pode ser usado como instrumento para a competição tributária internacional entre países com situações econômicas similares.
- Os incentivos fiscais contribuem para a complexidade da legislação tributária, pois exigem um detalhamento de seu alcance e das atividades beneficiadas.
- É difícil precisar exatamente quais empresas irão se beneficiar das medidas incentivadoras e em que medida.

Para contrapor a tais críticas, reportamo-nos aos itens 1.3 e 1.4.2.3 do Capítulo I nos quais apresentamos nossos argumentos quanto à influência da tributação na atração de IED para promover o desenvolvimento e quanto à hipótese de aceitabilidade da CTI.

2.7.6. Abusos da cláusula de *tax sparing*

Situações de abuso são enumeradas entre as críticas ao uso da cláusula de *tax sparing*. Entre elas: abusos de preços de transferência²²⁴, *treaty shopping*²²⁵ e alíquotas artificiais no país da fonte.²²⁶

Para lograr a obtenção de um lucro maior no país da fonte e beneficiar-se de um crédito maior no país da residência, a empresa investidora pode querer praticar preços favoráveis nas operações entre esta e a empresa vinculada, estabelecida no país da fonte.²²⁷ Essa prática é coibida com as medidas de controle de preços de transferência, e não é exclusividade da relação entre países que possuem um tratado com cláusula de *tax sparing*, o que impossibilita seja aceita como crítica razoável a esta técnica, pois as dificuldades relacionadas com o controle dos preços de transferência estão cada vez mais presentes nas relações entre quaisquer países que querem preservar sua base tributável do imposto sobre a renda diante de operações entre grupos de empresas ou empresas vinculadas.²²⁸

Situações de *treaty shopping* nas quais um residente, em um terceiro país, tenta obter para si as vantagens da existência de cláusula de *tax sparing* entre dois outros

²²⁴ Tomamos como conceito de preços de transferência aquele adotado por Luís Eduardo Schoueri como sendo “o valor cobrado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intangível, a empresa a ela relacionada. Tratando-se de preços que não se negociaram num mercado livre e aberto, podem eles se desviar daqueles que teriam sido acertados entre parceiros comerciais não relacionados, em transações comparáveis nas mesmas circunstâncias.” (Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2006, p. 10).

²²⁵ Segundo Luís Eduardo Schoueri, “o *Treaty Shopping* ocorre quando, com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte que, de início, não estaria incluído entre seus beneficiários, estrutura seus negócios, interpondo, entre si e a fonte de rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento permanente, que faz jus àqueles benefícios.” (Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shoppings*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995, p. 21). Na mesma obra pode ser encontrada uma discussão doutrinária mais profunda sobre o *treaty shopping*.

²²⁶ Dois exemplos podem ser encontrados em ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 70-7.

²²⁷ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 29.

²²⁸ Uma pesquisa demonstrou que o regime de controle de preços de transferência é a questão tributária internacional que mais preocupa as empresas multinacionais (Cf. OOSTERHOFF, Danny. Multinational organizations face transfer pricing audits across the globe; transfer pricing trends, practices and perceptions. *International Transfer Pricing Journal*. p. 47-54, mar./abr. 2004, p. 47).

países, com os quais inicialmente não possuía ligação, ou mesmo situações de *routing*²²⁹, em operações financeiras, estão entre as principais oportunidades de evasão fiscal internacional, relacionadas ou não à existência de cláusula de *tax sparing*.²³⁰ As discussões sobre os limites dos planejamentos tributários e a configuração de situações de abuso, associadas à disposição de perpetrar uma evasão fiscal, são tão antigas e tão múltiplas como as imposições fiscais. A título ilustrativo, podemos citar o exemplo fornecido por Marco Aurélio Greco,²³¹ baseado em relato de Bártolo de Sassoferrato, que viveu entre 1320 e 1360, que nos informa que, na Idade Média, uma determinada Comuna passou a cobrar uma taxa de todos os mercadores que iam para praça do mercado para negociar seus produtos. Para desviar-se do pagamento de tal tributo, alguns caçadores que iam ao mercado vender peles de animais, quando chegavam à praça, não as colocavam no chão. Diante disso, pretendiam não pagar a taxa, pois não usaram o solo. Esse exemplo, apenas ilustrativo e sem entrar em detalhes sobre o planejamento fiscal ou evasão fiscal, tem somente o objetivo imediato de demonstrar que o fenômeno dos abusos e contornos das normas fiscais é antigo e esparso por várias situações. Assim, a crítica sobre tais abusos, utilizando cláusulas de *tax sparing*, é tão válida quanto é válida para qualquer norma que trate de questões tributárias e que esteja sendo objeto de abuso ou de contorno. Certamente não é a melhor solução para uma situação de abuso ou contorno de qualquer norma fiscal a eliminação desta, pois, se assim fosse, restariam poucas normas tributárias válidas. Um melhor caminho é o aprimoramento das discussões doutrinárias sobre a contenção de tais hipóteses, acompanhado de uma adaptação das normas convencionais internacionais e das normas internas de cada país no mesmo sentido, como faz o próprio relatório da OCDE²³² sobre *tax sparing* ao enumerar algumas medidas de controle já adotadas por alguns países.

Outra espécie de abuso ocorreria no caso de o país da fonte querer ampliar o benefício que o investidor estrangeiro obtém com a cláusula do *tax sparing*, determinando artificialmente uma alíquota alta para o imposto que seria cobrado, caso não

²²⁹ *Routing*, na acepção do relatório OCDE, pode ser entendido como a escolha feita por instituições financeiras do melhor caminho para efetivar uma operação dentro da rede de filiais ou subsidiárias da empresa, espalhada por vários países, de modo a obter benefício tributário.

²³⁰ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 28-9.

²³¹ Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 109-10.

²³² Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 79.

houvesse o benefício fiscal.²³³ No entanto esse tipo de abuso, além de ser facilmente verificável com a análise da legislação do país da fonte, não possui potencial de dano para o país da residência, pois a alíquota máxima permitida para o país da fonte pode ser, como comumente é, estabelecida no próprio tratado. Ou seja, qualquer medida artificial em relação à alíquota no país da fonte não atingirá o país da residência em montantes que superem aqueles obtidos com a aplicação da alíquota estabelecida no tratado.

2.7.7. Dificuldades para a administração tributária do país da residência

A característica do *tax sparing* de permitir o crédito no país da residência de tributos que seriam pagos na ausência de incentivos fiscais exige que o país da residência tenha conhecimento da legislação tributária do país da fonte. Muitas vezes a complexidade de tal legislação e a pouca disposição do país da fonte impede que o país da residência obtenha tal informação, o que dificulta a correta aplicação do *tax sparing*.²³⁴ Essa dificuldade, apontada no relatório OCDE, é, de fato, presente nos casos de *tax sparing*, um dos motivos pelos quais preferimos o *matching credit*. No entanto tal obstáculo pode ser removido com a exigência de maior colaboração do investidor interessado e com maior disposição de cooperação internacional entre os países envolvidos, principalmente, com a intermediação de uma organização intergovernamental conforme nossa proposta no item 5.7.

²³³ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 29-30.

²³⁴ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 30.

2.7.8. Ocorrência de dupla não-tributação que contraria as finalidades do tratado

As críticas, já anotadas, são encontradas explicitamente relacionadas no relatório *Tax Sparing: a reconsideration*,²³⁵ mas outra crítica da OCDE ao *tax sparing* pode ser encontrada em alguns estudos e documentos daquela organização: o *tax sparing* consubstancia uma situação de dupla não-tributação.

Sobre o fenômeno da dupla não-tributação, Alberto Xavier nos esclarece que possui características bastante distintas da evasão fiscal. A dupla não-tributação diz respeito “ao fenômeno pelo qual, nas relações entre dois ou mais Estados, cujas leis tributárias são potencialmente aplicáveis a uma certa situação da vida, esta não é efetivamente abrangida por nenhuma delas”. Numa situação que envolve dois países os quais possuem tratado contra a bitributação, a dupla não-tributação pode ser resultado da aplicação das regras convencionais.²³⁶ Entre as várias hipóteses que podem decorrer de tal situação, interessa-nos a dupla não-tributação surgida com a aplicação da cláusula de *tax sparing* ou *matching credit*. Efetivamente, se o país da residência concede um crédito relativo a um tributo que não foi pago no país da fonte, temos que uma parcela da renda não foi tributada seja pelo país da fonte que concedeu um benefício fiscal, seja pelo país da residência que concedeu o crédito fictício (*tax sparing*) ou presumido (*matching credit*), o que configura um caso de dupla não-tributação.

Os comentários ao modelo OCDE revelam dubiedade nessa questão. Por um lado, a organização reconhece que o principal objetivo do tratado tributário é evitar a bitributação, tendo como objetivo complementar combater a evasão.²³⁷ Por outro lado, em diversos trechos dos comentários ao artigo 23 – artigo que trata dos métodos para evitar a

²³⁵ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 171), p. 22-30.

²³⁶ Cf. XAVIER, *op. cit.*, (nota 107), p. 44-5.

²³⁷ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 202), p. 48. Roberto França Vasconcelos assinala que, além do combate à bitributação e à evasão fiscal, a celebração de tratado pode alcançar outros objetivos como: (i) incentivo ao comércio internacional; (ii) promoção do desenvolvimento dos países signatários; (iii) harmonização dos tributos sobre a renda e o patrimônio; (iv) eliminação da tributação discriminatória. (Cf. VASCONCELOS, *op. cit.*, (nota 218), p. 153).

bitributação e no qual as cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* podem ser inseridas - é destacado o combate à dupla não-tributação sem esclarecer que é um fenômeno que deve estar associado ao objetivo complementar de combate à evasão.²³⁸ Tal dubiedade permite ao intérprete concluir que a inserção de cláusula de *tax sparing* ou *matching credit* é conflitante com o objetivo do tratado, conclusão que não partilhamos.

No caso de dupla não-tributação fruto da concessão de incentivos fiscais visando o desenvolvimento deve haver tanta preocupação como no caso da simples não-tributação. Referimo-nos ao que poderia ser chamado de uma não-tributação simples no caso de concessão de incentivos fiscais que não são afetados pelas relações internacionais. Significa que o Estado abriu mão do seu poder de tributar aquela renda tendo em vista seu desejo de induzir algum comportamento. Se uma empresa desfruta de tal benefício por preencher os requisitos, não estamos diante de qualquer esquema de evasão. O mesmo ocorre com a dupla não-tributação, o que nos permite destacar que o fato de existir uma dupla não-tributação não implica, de per si, que se trata de um esquema de evasão tributária ou de outra situação que deva ser, necessariamente, combatida. Vale dizer, numa situação de dupla não-tributação advinda da aplicação do *tax sparing* ou *matching credit*, temos, de um lado, a pessoa política que detém uma parcela do poder de tributar, segundo estabelecido num tratado, deixando de exercer tal competência com o objetivo de atrair investimentos que irão contribuir para o seu desenvolvimento, e, de outro lado, o outro Estado contratante respeitando a decisão soberana da contraparte de não tributar aquela porção de renda que lhe coube na divisão interestatal do poder de tributar.

Considerando nossa posição favorável à inserção de cláusulas de *tax sparing* e/ou *matching credit* nos tratados, não partilhamos da posição de Reuven Avi-Yonah, defendendo que o aumento da cooperação multilateral deveria ter como um de seus objetivos a prevenção da dupla não-tributação.²³⁹ Assumimos que a dupla não-tributação ocorrida com a aplicação de *tax sparing* ou *matching credit* contribui para manter os incentivos fiscais concedidos com a efetividade necessária para alcançar um maior grau de desenvolvimento e não deve ser realmente objetivo dos tratados combatê-la, mas a dupla

²³⁸ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 202), p. 267-9.

²³⁹ Cf. AVI-YONAH, Reuven. All of a piece throughout: the four ages of U.S. international taxation. *Virginia Tax Review*, v. 25, p. 313-38, 2005, p. 338.

não-tributação que resulta de casos de evasão pode e deve ser objetivo complementar dos tratados.

2.8. TAX SPARING E/OU MATCHING CREDIT E O ACORDO SOBRE SUBSÍDIOS DA OMC

Poderiam os países que celebram um tratado para evitar a bitributação no qual foi inserida uma cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* serem acionados na OMC por violação às regras sobre subsídios?²⁴⁰

Para enfrentarmos esse questionamento é necessário o conhecimento sobre as regras da OMC com relação ao assunto, o que pode ser encontrado no item 4.1.

Considerando a sequência de análise contida no item 4.1.1, iremos afastar a possibilidade de existir relação entre a aplicação da cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* e a violação das regras multilaterais sobre subsídios.

A sequência I da análise sobre subsídios exige que haja obediência à definição do artigo 1 do ASMC. No caso de incentivos fiscais, teríamos que concluir que a cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* conduziria para uma situação na qual “receitas públicas normalmente devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas” (artigo 1 (a)(1)(ii) do ASMC). Essa constatação deve ser feita separadamente em relação ao país da localização do investimento (país da fonte do rendimento) e em relação ao país da localização da empresa-mãe (país da residência do investidor).

Sob o ponto de vista do país de localização do investimento, não é a cláusula convencional que conduz ao não-recolhimento de tributo devido e sim, o incentivo fiscal veiculado pela lei nacional. Então, a discussão sobre subsídios, sob o ponto de vista do país da localização do investimento, não está relacionada à cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit*.

No tocante ao país da residência do investidor, poder-se-ia argumentar que a aplicação da cláusula convencional resulta na diminuição da tributação sobre a empresa-mãe de modo tal que receitas públicas deixam de ser recolhidas no país da residência, resultando numa vantagem concedida a tal empresa. Para contrapormo-nos a tal argumento, retomamos as idéias que expusemos na parte final do item 2.7.2. Defendemos que o país da residência não possui direito de tributar a parcela da renda que ficou submetida à soberania fiscal do país da fonte, segundo os ditames do tratado. Se não possui tal direito, o país da residência não está praticando um ato de renúncia fiscal quando aplica a cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit*, mas está apenas respeitando a soberania fiscal da contraparte no tratado. Não há, portanto, qualquer receita pública devida no país da residência que deixa de ser recolhida, o que resulta na descaracterização da natureza de subsídio.

Não sendo a aplicação da cláusula convencional enquadrada na definição de subsídio, não seria necessário o prosseguimento da análise, mas iremos assinalar as anotações de Raymond Luja que adotou como premissa que a aplicação da cláusula convencional seria um subsídio e que este seria específico. A partir daí, o autor observou que seria bastante improvável que a aplicação da cláusula convencional pudesse ser relacionada com desempenho de exportação ou mesmo com o uso de produto nacional, de modo a caracterizar um subsídio proibido. Restaria a possibilidade de ser considerada um subsídio acionável, mas o autor entendeu que haveria muitos obstáculos para se convencer o painel sobre a ligação entre a cláusula convencional e o efeito adverso para o interesse de outro Estado-membro da OMC.²⁴¹ Essas observações de Raymond Luja, baseadas na premissa de que a aplicação da cláusula convencional de *tax sparing* e/ou *matching credit* poderia estar enquadrada na definição de subsídio específico – com a qual não concordamos - acabam por confirmar, pela abstração e generalidade que expressam, que a conclusão mais segura sobre um subsídio proibido ou um subsídio acionável dificilmente pode ser feita genericamente, ao contrário, necessita de verificação sobre as condições fáticas.

²⁴¹ Cf. LUJA, Raymond. H. C. The WTO subsidies regime: are there lessons to be learned from recent EC state aid issues? In: LANG, Michael; HERDIN, Judith; HOFBAUER, Ines. *WTO and direct taxation. Eucotax series on European taxation*, v. 10. Netherlands: Kluwer Law International, p. 103-114, (p. 111-2).

2.9. TAX SPARING E/OU MATCHING CREDIT E A POLÍTICA BRASILEIRA DE CELEBRAÇÃO DE TRATADOS VOLTADA PARA O OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

A falta de publicação de manifestações das autoridades brasileiras sobre a política de celebração de tratados na seara tributária deixa um vácuo para o pesquisador que, em parte, pode ser preenchido pelas conclusões da pesquisa de Luís Eduardo Schoueri²⁴² sobre o assunto.

O autor reconhece a dificuldade de identificar estágios na política brasileira de celebração de tratados, mas propõe compreender a existência de três estágios.

Num primeiro estágio que começa na década de 1960 e vai até o fim da década de 1970, a política de celebração de tratados esteve focada em países desenvolvidos que tinham capacidade de investir no exterior e os tratados somente eram concluídos com tais países se houvesse inserção de cláusula prevendo o *tax sparing* ou *matching credit*.²⁴³

Num segundo estágio, a partir da década de 1980 até 2002, o país começa negociar tratados com PED, especialmente aqueles situados na América Latina, sem deixar de lado negociações com PD. Nesse estágio a exigência da cláusula de *tax sparing* ou *matching credit* continua em relação aos PD, mas não necessariamente em relação aos PED. Quanto a estes algumas cláusulas de *matching credit* recíproco são encontradas nos tratados com Índia, Filipinas e Coréia do Sul.²⁴⁴

²⁴² Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coords.). *Direito tributário atual* v. 22. São Paulo: Dialética, 2008, p. 267-87, (p. 273).

²⁴³ Foram celebrados nesse primeiro estágio tratados com os seguintes países: Suécia(1965), Japão(1967), Noruega(1967, Portugal(1971), França(1971), Finlândia(1972), Bélgica (1972), Dinamarca (1974), Espanha(1974), Áustria(1975), Alemanha (1975), Itália(1978), Luxemburgo(1978). Além destes, foram negociados tratados sem que houvesse os acordos entrassem em vigor com EUA, Suíça e Reino Unido (Cf. SCHOUERI, op. cit., (nota 242), p. 273).

²⁴⁴ Foram celebrados nesse segundo estágio tratados com os seguintes países: Argentina (1980), Noruega (1980), Equador (1983), Filipinas (1983), Canadá (1984), Hungria (1986), República Tcheca e Eslováquia (1986), Índia (1988), Coréia do Sul(1989), Holanda (1990), China (1991), Finlândia (1996), Portugal (2000) e Chile (2001). Finlândia, Noruega e Portugal celebraram, nesse estágio, um segundo tratado com o Brasil. (Cf. SCHOUERI, op. cit., (nota 242), p. 273).

A partir de 2002, o autor identifica um terceiro estágio no qual tratados passam a ser celebrados com países que não eram tradicionais investidores no país ou com os quais não havia qualquer relacionamento regional a ser aprofundado. Em tais tratados não existe cláusula de *tax sparing* ou *matching credit*.²⁴⁵

Essa proposta de identificação dos estágios na política brasileira de celebração de tratados feita por Luís Eduardo Schoueri destaca a insistência das autoridades brasileiras em relação à inserção de cláusula de *tax sparing* nos tratados assinados com países com capacidade de propiciar investimentos diretos no país. Essa posição levou ao Brasil a fazer uma ressalva nos comentários, publicados em 2008, ao art. 23 do Modelo OCDE, na condição de Estado não-membro, destacando que o país poderia adicionar em seus tratados cláusulas de *tax sparing* - sem especificar para quais rendimentos - e *matching credit* para os rendimentos de juros e *royalties*.²⁴⁶

Os argumentos que apresentamos no presente capítulo nos levam a apoiar a manutenção de tal política. Defendemos, portanto, a necessidade de inserção de cláusulas de *tax sparing* e/ou *matching credit* em tratados com países com capacidade de propiciar investimentos diretos no país para que os eventuais benefícios fiscais concedidos com o exercício de nossa soberania fiscal, que representam sacrifício do Tesouro Nacional e visam estimular o desenvolvimento nacional, não sejam aproveitados pelo Estado da residência do investidor estrangeiro. Por outro lado, não podemos deixar de assinalar que, coerentemente, a celebração de tratados com países nos quais o fluxo de investimentos ocorre no sentido inverso – do Brasil para o outro país – também deve contemplar as mesmas cláusulas de modo a respeitar o exercício da soberania fiscal que permitiu a criação de benefícios fiscais no país em que se localiza o investimento.

²⁴⁵ Foram celebrados nesse terceiro estágio tratados com os seguintes países: Israel (2002), Ucrânia (2002), África do Sul (2003) e México (2003). Foram assinados, mas ainda não entraram em vigor tratados com: Rússia(2004), Venezuela(2005) e Peru(2006) (Cf. SCHOUERI, op. cit., (nota 242), p. 277).

²⁴⁶ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, op. cit., (nota 202), p. 405.

CAPÍTULO III - NEUTRALIDADE E COMPETIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL QUE BUSCA ESTIMULAR O IED

Em muitos textos que tratam da divisão internacional do poder de tributar a renda, seja num ambiente de competição tributária ou num ambiente de cooperação, são feitas considerações em destaque sobre a neutralidade da tributação em relação ao fluxo internacional de investimentos argumentando que esta deveria ser analisada em termos de neutralidade de exportação de capitais (*Capital Export Neutrality* – CEN) e neutralidade de importação de capitais (*Capital Import Neutrality* – CIN).²⁴⁷ Considerando nossa preocupação com a competição internacional para atrair investimentos diretos devido à compreensão de que o IED contribui para o aumento dos níveis de desenvolvimento, não podemos deixar de considerar os fundamentos dos debates que envolvem tais neutralidades.

3.1. AS PREMISSAS QUE AMPARAM A NEUTRALIDADE NA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

A neutralidade tributária tem seu critério básico implícito na eficiência de alocação do capital, sendo que o conceito de eficiência é baseado na premissa de que a produtividade será mais alta quando os fatores produtores de renda forem distribuídos por mecanismos próprios do mercado sem interferência governamental. Desse modo, leis que não interferem na distribuição das forças de mercado são chamadas neutras. Então, a premissa básica, quando falamos sobre neutralidade, é a eficiência na alocação do capital,

²⁴⁷ A neutralidade de que tratamos no presente capítulo não é aquela que se relaciona com desequilíbrio da concorrência entre as empresas de que trata o art. 146-A da Constituição Federal. Sobre esse assunto ver: BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Neutralidade tributária e uso da tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, *passim*.

sendo esta essencialmente uma noção econômica.²⁴⁸ Nesse ponto temos que alertar que não adotamos tal premissa com exclusividade, pois não concordamos que o “critério de eficiência é em si, no fundo, uma expressão do objetivo de justiça, uma vez que maximiza o tamanho do bolo econômico”.²⁴⁹

Juntamente com a premissa que envolve o conceito de eficiência, encontramos a busca pelo que é denominado “ótimo de Pareto”. Este ocorreria quando, em uma dada situação, não é mais possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro, significando que, dadas as circunstâncias, ganhos de eficiência não são mais possíveis.²⁵⁰ Como nosso método para o estudo do Direito está voltado para os valores que o Direito deve preservar – democracia, igualdade, liberdade e solidariedade –²⁵¹ não é possível aceitarmos como válida para o raciocínio jurídico a busca pelo ótimo de Pareto, pois este, conforme Alejandro Bugallo Alvarez anotou da doutrina de Casamiglia, “é um critério individualista que exige unanimidade para a escolha de procedimentos de decisão social”. É individualista, pois na medida em que é adotado, cada indivíduo da sociedade tem a possibilidade de veto a qualquer decisão social que piore sua situação inicial. Além disso, não questiona a situação já existente, contribuindo para a manutenção do *status quo*, o que o deixa escassamente sensível às questões relacionadas à redistribuição dos benefícios sociais.²⁵² Em suma, o ótimo de Pareto é um critério para aferir a eficiência social que nega a solidariedade²⁵³ e não contribui para a justiça, na acepção de igualdade.²⁵⁴

²⁴⁸ Cf. VOGEL, *op. cit.*, (nota 154), p. 117.

²⁴⁹ Cf. AULT, Hugh J.; BRADFORD, David F. Taxing international income: an analysis of the U.S. system and its economic premises. In: RAZIN, Assfa; SLEMROD, Joel. *Taxation in the global economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 11- 52, (p. 27).

²⁵⁰ Cf. FIANI, Ronaldo. *Teoria do jogos*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 102.

²⁵¹ Não assumimos hierarquia entre tais valores e os assinalamos em ordem alfabética. Algumas questões metodológicas foram por nós tratadas no artigo SILVA, Mauro José. Os limites para a capacidade contributiva – mínimo existencial e confisco – como elementos de tensão entre justiça fiscal e segurança jurídica. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Direito tributário atual*. v. 20. p. 179-201, São Paulo: Dialética, 2006, (p. 180-185).

²⁵² Cf. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006, p. 63.

²⁵³ Assumimos a idéia de solidariedade exposta por Fábio Konder Comparato: “Enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas, no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum” (Cf. COMPARATO, *op. cit.*, (nota 3), p. 577).

²⁵⁴ Para uma discussão sobre a eficiência e sua relação com o pensamento jurídico ver: DWORKIN, Ronald. *A riqueza é um valor?* In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 351-98; DWORKIN, Ronald. *Por que eficiência?* In: DWORKIN, Ronald.

Sendo assim, é incompatível com a metodologia que adotamos para o estudo do Direito. Isso não significa que em nosso raciocínio jurídico não levaremos em conta a eficiência. O que afastamos é a consideração da eficiência como único valor social e a redução da análise jurídica a critérios exclusivamente econômicos. Concordamos com o pensamento de Klaus Vogel no sentido de que o jurista não pode evitar discutir aspectos econômicos tanto quanto um economista não pode evitar discutir aspectos de justiça.²⁵⁵ Ou seja, nessa medida partilhamos da idéia defendida por Rachel Sztajn de que da interdisciplinaridade entre Direito e Economia podem advir benefícios para o estudo do Direito²⁵⁶, mas ressalvamos que a ciência econômica e a ciência jurídica têm métodos próprios que devem ser respeitados na saudável análise interdisciplinar.

Quando fomos buscar a origem das discussões sobre CEN e CIN, encontramos claro exemplo sobre a importância de estarmos atentos às premissas adotadas nos textos de ciência econômica e de ciência jurídica. É unânime na doutrina sobre as neutralidades de exportação e de importação a conclusão de que a origem de tais considerações está nas lições de Richard Abel Musgrave, posteriormente desenvolvidas por Peggy Musgrave. No texto publicado em 1960, no qual foi elaborada pela primeira vez a idéia de tais neutralidades, Richard Abel Musgrave deixa claro, logo nas primeiras linhas, que trataria do assunto com a premissa de que a tributação não é usada como instrumento de incentivo. Essa premissa de Richard Abel Musgrave foi adotada por entender que uma determinada escolha sobre a sistemática de tributar a renda obtida no exterior poderia implicar ajuda econômica externa para alguns países. Segundo o autor, a implementação de tal política deveria ser precedida de definições sobre a proporção entre fundos públicos e privados, e sobre se a provisão de fundos privados deveria ser encorajada por subsídios diretos ou por subsídios implícitos por meio de tratamento tributário preferencial.²⁵⁷ Então, o que observamos é que para desenvolver a idéia da CEN

Uma questão de princípio. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 399-434. Uma interessante abordagem das noções de eficiência no estudo do Direito pode ser encontrada em ZHOU, Qi. *The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization.* University of Sheffield, Faculty of Law. Dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=870748>>. Acesso em: 10 out. 2008, *passim*.

²⁵⁵ Cf. VOGEL, *op. cit.*, (nota 154), p. 137.

²⁵⁶ Cf. SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83, (p. 82).

²⁵⁷ Cf. MUSGRAVE, Richard A. Criteria for foreign tax credit. In: BAKER Jr., Palmer. et. al. *Taxation and operations abroad*. Princeton: The Institute, 1960, p. 83-93, (p. 83).

e da CIN, o autor afastou de plano a possibilidade de usar a tributação como incentivo. Isso é decisivo na lógica das discussões que envolvem tal assunto, pois, seguindo a lógica subjacente às idéias de Musgrave, temos que argumentar que, assumindo que a tributação não é usada como instrumento de incentivo, então temos as neutralidades e suas características e não o contrário. Ou seja, não podemos argumentar, com fundamento nas idéias de Musgrave, que assumidas as neutralidades, então temos que a tributação pode ou não ser usada como instrumento de incentivo.

Fácil perceber, portanto, que o raciocínio preambular de Richard Abel Musgrave, na gênese das idéias de CEN e CIN, é totalmente coerente com a metodologia econômica que adotou, ao colocar no centro das atenções a eficiência na alocação de recursos. Certo é que não podemos perder de vista tais origens metodológicas das idéias sobre CEN/CIN quando as utilizamos no debate jurídico, pois assim estaremos ignorando as diferenças de metodologia entre o direito e a economia.

Assinaladas tais questões metodológicas, optamos por conhecer os argumentos que envolvem os debates sobre as neutralidades para possibilitar apurarmos seus efeitos no discurso sobre aspectos da tributação internacional e desenvolvimento. Considerando que a doutrina sobre o assunto tem tomado puramente as conclusões dos estudos e não seus fundamentos,²⁵⁸ pretendemos dar alguma contribuição para desvelar a compreensão sobre as neutralidades desde suas origens de modo a identificar a lógica de seus fundamentos e, conseqüentemente, permitir que o jurista reflita sobre a necessidade de ampliar o debate sobre os valores jurídicos relacionados ao tema.

Com tal perspectiva, trataremos de cada uma das neutralidades propostas por Richard Abel Musgrave, bem como de algumas outras neutralidades sugeridas por alguns críticos das idéias originais de Musgrave.

²⁵⁸ Cf. FADI, Shaheen. International tax neutrality: reconsiderations. *Virginia Tax Review*, v. 27, p. 203-39, 2007, p. 205.

3.2. O MODELO DE MUSGRAVE PARA NEUTRALIDADE

3.2.1. Neutralidade de exportação de capitais (CEN)

Seguindo a concepção original de Richard Abel Musgrave, a neutralidade com relação à exportação de capital ocorre naquela situação na qual o investidor paga o mesmo tributo total se recebe um certo montante de renda de algum investimento feito no estrangeiro ou de fontes domésticas. Como resultado, a escolha do investidor entre investimento doméstico e no exterior estaria livre de considerações tributárias.²⁵⁹ O autor assume que a renda doméstica é somada à obtida no exterior para se submeter à tributação no país da residência do investidor, uma vez que essa era a realidade da tributação nos EUA desde o início do século XX.

Assim, na hipótese de o investidor pagar algum tributo estrangeiro sobre essa renda obtida no exterior, o autor entendeu que deveria ser permitido que o investidor usasse o crédito integral de tal tributo no momento de calcular o imposto a ser pago nos EUA. Ciente da possibilidade de abuso por parte do país importador de capitais que, diante da permissão de crédito integral do tributo pago na fonte, poderia majorar propositadamente o tributo a ser pago pelo investidor, o autor afirma que o país da residência poderia excluir da permissão de crédito os tributos discriminatórios e colocar um limite para a utilização do crédito da fonte equivalente ao montante de valor de tributo pago no país do investidor.²⁶⁰

Alguns anos depois da publicação de Richard Musgrave que lançou as idéias sobre as neutralidades quanto à tributação internacional da renda, Peggy Musgrave continua o desenvolvimento de tal perspectiva e passa a defender a prioridade da CEN sobre a CIN por entender que somente com a aplicação da CEN haveria uma aplicação eficiente do capital em termos globais.²⁶¹ Recentemente, a mesma autora reiterou seu

²⁵⁹ Cf. MUSGRAVE, *op. cit.*, (nota 257), p. 84.

²⁶⁰ Cf. MUSGRAVE, *op. cit.*, (nota 257), p. 85.

entendimento de que a CEN é a única neutralidade que tem sentido econômico e que permite realizar a equidade horizontal e a integridade de um sistema tributário.²⁶²

Tomando os trabalhos de Richard Abel Musgrave e Peggy Musgrave, a doutrina internacional fixou entendimento de que a adoção da CEN resulta em tributação em bases universais (universalidade para a incidência) com permissão de crédito do tributo pago no exterior, ainda que seja limitado tal crédito ao valor do correspondente tributo doméstico.

3.2.2. Neutralidade de importação de capitais (CIN)

Neutralidade de importação implica que os investimentos originários de vários países podem competir em condições de igualdade em determinado país. Pressupõe que haja tributação somente no país da fonte de modo que todos aqueles que investem em um país, em particular, estão sujeitos ao mesmo tratamento tributário. Richard Abel Musgrave observou que essas duas neutralidades, de exportação de capitais e de importação de capitais, são mutuamente exclusivas, salvo se os países exportadores e importadores de capital tivessem as mesmas alíquotas sobre a renda e o crédito concedido na residência fosse integral. O autor argumenta que, se as alíquotas são mais altas nos países exportadores de capital, a neutralidade de importação resulta num volume de capital exportado mais alto do que resultaria da adoção da neutralidade de exportação. Conclui que a intensidade da disposição em maximizar a exportação de capitais pode apontar para uma ou outra neutralidade.²⁶³ Então, conforme apontado pelo autor, e destacado por Peggy Musgrave, a adoção da CIN poderia influir no fluxo internacional de capitais.²⁶⁴

²⁶¹ Cf. MUSGRAVE, PEGGY B. *United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments*. Cambridge: Harvard Law School, 1969, p. 83-4, *apud* VOGEL, *op. cit.*, (nota 154), p. 138.

²⁶² Cf. MUSGRAVE, Peggy B. *Taxing international income: further thoughts*. *Brooklin Journal of International Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1477-80, 2001, (p. 1479).

²⁶³ Cf. MUSGRAVE, *op. cit.*, (nota 257), p. 85-6.

²⁶⁴ Cf. RICHMAN, *op. cit.*, (nota 94), p. 8.

Sintetizando o entendimento sobre a CIN que interessa nas discussões sobre CTI, temos então que a CIN é alcançada quando os países adotam a territorialidade pura,²⁶⁵ situação na qual o investimento suporta somente a tributação na fonte, não tendo relevância a residência do investidor. Adotada a CIN, fica aberta a possibilidade de haver influência no fluxo de capitais, situação almejada num cenário de CTI voltada para atrair o IED.

3.2.3. Neutralidade nacional (NN)

Afastando-se de uma visão global sobre eficiência, invocada nas análises sobre CEN e CIN, e voltando-se para uma visão nacional, a neutralidade nacional busca proporcionar a mesma taxa de retorno para os investimentos domésticos antes dos tributos em comparação com os investimentos feitos no estrangeiro depois do pagamento dos tributos devidos no exterior. Para tanto a adoção da neutralidade nacional implica tratar os tributos estrangeiros como custos de modo a permitir sua dedução da base de cálculo do imposto e não diretamente do imposto devido no país de residência do investidor, como seria o caso da adoção da CEN.²⁶⁶

No clássico texto de Richard Abel Musgrave, esse mesmo tratamento em relação aos impostos pagos no exterior foi proposto quando o autor tratou do que chamou de “equidade nacional”. Partindo da idéia geral que reconhecemos contida no princípio da capacidade contributiva, ou seja, que pessoas com igual renda total devem pagar o mesmo montante de tributo, o autor concluiu que essa análise poderia resultar numa equidade nacional ou numa equidade supranacional²⁶⁷. A equidade nacional seria alcançada com a dedução do imposto pago no exterior como custo. A equidade supranacional implicaria conceder tratamento igual aos tributos sobre o investimento ou sobre o investimento no

²⁶⁵ Como assinalado no item 2.1.2, a territorialidade pura equivale à tributação dos residentes somente em relação às rendas obtidas dentro do território do Estado no qual reside.

²⁶⁶ Cf. GRAETZ, Michal J. Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies. *Brooklin Journal of Internacional Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1357-1463, 2001, p. 1368.

²⁶⁷ O termo em inglês adotado pelo autor foi “*supernational equity*” (Cf. MUSGRAVE, *op. cit.*, (nota 257), p. 87).

exterior, resultando numa situação idêntica àquela exigida para a CEN. O autor claramente faz uma opção pela análise unilateral da equidade e revela sua preferência pela neutralidade nacional ou pelo que denominou equidade nacional. Defende que a falta de atratividade para o investimento a ser feito no exterior, que resultaria da adoção de tal sistemática, estaria relacionada aos deméritos do próprio investimento e não a uma falta de equidade do sistema tributário do país do investidor.²⁶⁸

No entanto constata-se facilmente que a tributação baseada na neutralidade nacional desencoraja o investimento no exterior na medida em que, ao permitir somente a dedução do imposto pago no exterior como custo, mantém um certo nível de bitributação sobre a renda obtida no exterior. Para visualizar isso, basta supormos um país P1 exportador de capital que tributa a renda global (universalidade para a incidência) e um país P2 importador de capital, com alíquotas aplicáveis sobre a renda de 30% e 20%, respectivamente. Uma empresa A domiciliada em P1 investe em P1 e P2, obtendo 100 de renda em cada um dos países, sendo que todo o lucro obtido em P2 é remetido para a empresa-mãe em P1. Considerando que P1 aplica a neutralidade nacional temos que A pagará $100 \cdot 30\% + 100 \cdot 20\% + 80 \cdot 30\% = 74$ de imposto. Nessa mesma situação, se A fizesse apenas investimentos domésticos, obtendo renda doméstica total de 200, pagaria $200 \cdot 30\% = 60$. Portanto, a empresa A estaria desencorajada a investir no exterior.

Considerando tais números, Michael J. Graetz concluiu que a adoção da neutralidade nacional levaria o país que a adota ao isolamento, o que não contribuiria para aumentar o bem-estar nacional que é, afinal, o objetivo assumido inicialmente para essa neutralidade.²⁶⁹

A neutralidade nacional, portanto, implica a adoção da universalidade para a incidência, permitindo a dedução dos tributos pagos no exterior como custos. Sua adoção desencoraja investimentos no exterior por manter algum grau de bitributação internacional da renda.²⁷⁰

²⁶⁸ Cf. MUSGRAVE, *op. cit.*, (nota 257), p. 87-8.

²⁶⁹ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1376.

²⁷⁰ Essa formulação da neutralidade nacional advinda das idéias de Musgrave parece-nos bem distante da idéia exposta por Paulo Caliendo de que a neutralidade nacional “determina que o montante de rendimentos de capital de origem nacional é dividido entre o fisco e o contribuinte na mesma proporção, independentemente de eles serem investidos no país ou no estrangeiro” (Cf. SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 119).

3.2.4. Críticas ao modelo de Musgrave

Como vimos, a análise da tributação internacional, tomando a neutralidade como premissa para, a partir dela, discutir a melhor sistemática de tributação da renda obtida no exterior, originou-se nos EUA, na década de 1960, nas idéias de Richard Abel Musgrave, sendo ampliada com o trabalho de Peggy Musgrave. Desde então e até há alguns anos, o chamado modelo de Musgrave (CEN/CIN/NN) vinha sendo adotado sem muita crítica de modo que os doutrinadores e os formuladores de política tributária internacional se limitavam a defender uma ou outra opção. Trabalhos publicados nos últimos dez anos têm criticado tal postura e mostrado que as profundas mudanças provocadas pela globalização têm alterado profundamente o funcionamento da economia internacional, o que reclamaria uma revisão no modelo original de Musgrave ou mesmo uma superação de tal modelo.

Selecionamos algumas críticas ao modelo de Musgrave feitas por Klaus Vogel, Luís Eduardo Schoueri, Reuven Avi-Yonah, Michael J. Graetz, Mihir A. Desai e James Hines Jr.

Klaus Vogel, sem negar a utilidade do modelo de Musgrave, assume que as leis tributárias não podem ser completamente neutras. O autor aceita que um alto grau de neutralidade deve ser buscado, embora em algumas situações deva prevalecer os valores associados à justiça. No entanto critica a divisão entre neutralidade de exportação e de importação, pois essa divisão pressupõe o ponto de vista de um contexto nacional que foca em certos aspectos econômicos apenas, o que não permite seja atingido o grau máximo de neutralidade possível na relação interestatal. Tomando as lições de Norman True, o autor tedesco defende que, sendo uma tributação neutra entendida como aquela que não altera os preços relativos de bens e serviços, atividades, e fatores de produção, no setor privado, a neutralidade interestatal implicaria uma situação na qual nenhum país poderia manejar seu poder tributário de modo que modificasse tais preços, o que resulta na negação da validade da divisão entre neutralidade de exportação e de importação de capitais. A neutralidade

interestatal exigiria que fossem considerados não apenas os tributos, mas os benefícios advindos dos bens públicos fornecidos pelo Estado, pois para o investidor tais benefícios seriam tão importantes quanto o nível de tributação.²⁷¹ Até mesmo Peggy Musgrave, ainda na década de 1960, ao considerar a possibilidade de os tributos estarem fundados no benefício recebido do Estado, admite que, sendo assim, o investidor deveria suportar diferenciais de tributação ao fazer a escolha de local para investimento para permitir a concretização do critério da neutralidade.²⁷²

Na esteira das críticas de Vogel, Luís Eduardo Schoueri observa que a preferência pela CEN, advinda da neutralidade apenas tributária, desencoraja investimentos naqueles países que deles mais necessitam, ou seja, naqueles países que menos benefícios oferecem ao investidor.²⁷³

Alguns economistas apontados por Reuven Avi-Yonah²⁷⁴ argumentam que o modelo de Musgrave não considera outros fatores importantes ou os simplifica demasiadamente. Por exemplo, o modelo ignora o fato de as operações no exterior serem complementares às operações no país da residência, o que influi na criação de empregos domésticos e no aumento de recursos para pesquisa e desenvolvimento. Outro argumento contrário à CEN é o fato de existirem empresas oligopolizadas que podem obter mais lucros se expandirem seus negócios para o exterior, o que justificaria um tratamento diferenciado em termos tributários. Terceira crítica é que o modelo de Musgrave assume que não existem outras distorções econômicas até mesmo tributárias. Um exemplo disso seria a existência do imposto sobre a renda da pessoa física, incidente sobre os dividendos recebidos, que poderia justificar uma menor tributação sobre o capital investido no exterior.

Michael J. Graetz observa que a perspectiva dominante no debate sobre bitributação internacional que limita uma escolha entre CEN e CIN inibe uma adequada compreensão para a questão e não reflete a estrutura de tributação internacional da renda que existe atualmente. Aponta três principais problemas na adoção da CEN e,

²⁷¹ Cf. VOGEL, *op. cit.*, (nota 154), p. 136 e 140-1.

²⁷² Cf. RICHMAN, *op. cit.*, (nota 94), p. 8.

²⁷³ Cf. SCHOUERI, Luis Eduardo. Imposto de Renda e o comércio eletrônico. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito tributário atual*, v. 16. São Paulo: Dialética, 2001, p. 146-60, (p. 151).

²⁷⁴ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 32-3.

conseqüentemente, da eficiência econômica global. Primeiro, está voltada para o bem-estar global e não para o bem-estar nacional. Segundo, a idéia de eficiência é bastante limitada. Terceiro, o foco na eficiência econômica exclui outros importantes valores.²⁷⁵

Observa o autor que a meta da eficiência econômica global exige que a tributação internacional esteja preocupada em diminuir as perdas de eficiência sem indagar em qual país elas ocorrem. Adotada tal perspectiva global, não importaria em qual país a receita tributária seria aumentada ou diminuída, mas sim se a eficiência global está sendo maximizada. A escolha dos formuladores de política tributária internacional seria feita sem pensar se os seus cidadãos estão sendo prejudicados em benefício de cidadãos de outro país, ou seja, a eficiência econômica global “não tem amor por um país”. No entanto alerta o autor que decisões a respeito do tratamento tributário do investimento no exterior são fortemente influenciadas por fatores culturais, econômicos, políticos e históricos de cada país, sendo que tais decisões, em países democráticos, são determinadas pelos votos dos cidadãos e seus representantes.²⁷⁶ Essa visão do autor, embora focada no caso específico dos EUA, serve para ilustrar como, em qualquer país, a adoção da meta da eficiência global, no momento das decisões sobre tributação internacional, pode ser deixada em segundo plano em busca de objetivos unilaterais. Essa constatação reforça a necessidade de existir um organismo internacional no qual prevaleça uma visão multilateral global da questão, conforme veremos no Capítulo V.

Michael J. Graetz, apesar de nitidamente adotar uma visão unilateral da questão da tributação internacional focada nos interesses dos EUA, também assume a impossibilidade da neutralidade absoluta da tributação. O autor, categoricamente, afirma que todos os tributos possuem custos de eficiência e que influenciam as decisões sobre alocação de recursos, chegando ao ponto de sugerir que se a eficiência econômica fosse uma meta única, deveríamos ter somente tributos *per capita*, o que, lembra, foi tentado no Reino Unido pela ex-primeira ministra Margaret Thatcher, tendo se revelado, conforme a avaliação do autor, um desastre.²⁷⁷

²⁷⁵ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1369 e 1371.

²⁷⁶ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1374-5.

²⁷⁷ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1378.

A partir dessa perspectiva, Michael J. Graetz acrescenta uma série de críticas ao modelo de Musgrave que apresentamos a seguir.

A primeira crítica diz respeito às mudanças na possibilidade de os governos alterarem as condições econômicas com medidas fiscais unilaterais. Na década de 1960, acreditava-se que o governo dos EUA poderia garantir o pleno emprego sem depender do ambiente externo. Desde então, vários eventos provaram que isso não é possível, sendo um dos exemplos mais marcantes o choque do petróleo da década de 1970.²⁷⁸

A consideração de um mundo ideal (*first-best world*) no qual mercados são perfeitamente competitivos e os governos bem comportados é o motivo da segunda crítica de Graetz. Essa premissa do modelo de Musgrave ignora, por exemplo, uma das maiores razões que justificam o investimento de corporações multinacionais: os ganhos com economia de escala. Um dos exemplos mais comuns desse tipo de benefício do investimento das corporações é aquele relacionado com a diluição dos custos de pesquisa, desenvolvimento e patentes.²⁷⁹

A terceira crítica de Michael J. Graetz ao modelo de Musgrave é a assunção de que uma unidade monetária investida no exterior representa uma unidade monetária perdida em investimento doméstico. O autor alerta que tal raciocínio pode ser válido para investimento do tipo *portfolio*, o qual é bem mais volátil do que o investimento direto. Assume que existem consideráveis evidências de que o investimento no exterior por multinacionais de um país seja complementar ao investimento doméstico e não simplesmente substituto. O investimento direto pode ser a única opção para conquistar mercados no exterior para exportação devido a barreiras ainda existentes, mas pode induzir outros investimentos no país da residência do investidor, o que evidencia sua natureza complementar e não excludente em relação ao investimento doméstico. Outros tipos de investimentos diretos são claramente complementares a investimentos domésticos, tendo como exemplos os investimentos em petróleo, comida e minerais.²⁸⁰ Essa crítica de

²⁷⁸ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1382-3.

²⁷⁹ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1383.

²⁸⁰ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1385.

Graetz é corroborada por dados da OCDE informando que US\$ 1 investido no exterior resulta num aumento de exportações de US\$ 2.²⁸¹

A desconsideração dos efeitos do pagamento do imposto sobre a renda no momento do recebimento do dividendo pelo acionista é a quarta crítica de Graetz ao modelo de Musgrave. Sustenta o autor que o efeito de tal imposto individual não é o mesmo para o investimento doméstico ou no exterior, devido ao fato de que para as empresas multinacionais uma unidade monetária de lucro equivale ao mesmo montante de lucro entregue ao acionista, ao passo que essa relação nos investimentos domésticos é de 3/1. No caso norte-americano, então, a arrecadação sobre o acionista poderia compensar a perda de arrecadação com o tratamento benéfico concedido à empresa que investe no exterior.²⁸² Essa observação do autor é bastante específica para o caso norte-americano, tanto no que diz respeito à tributação na distribuição dos dividendos quanto ao histórico de distribuição de lucros aos acionistas.

A quinta crítica comporia uma das maiores desvantagens da análise baseada no modelo de Musgrave: desconsideração dos efeitos da entrada de investimentos do exterior. Para Graetz, essa característica do modelo de Musgrave se deve ao fato de, na década de 1960, os EUA eram um grande exportador de capitais e o modelo, a despeito de supostamente basear-se na eficiência global, visava ao bem-estar econômico dos norte-americanos.²⁸³ Essa característica do modelo de Musgrave, apontada por Graetz, demonstra que aquele modelo surgiu sem considerar os dois sentidos do fluxo de investimentos e os efeitos que a entrada de investimentos pode ter no bem-estar de determinado país.

A sexta crítica relaciona-se com a não-consideração da provável reação dos países a uma adoção de medida unilateral em direção, por exemplo, à neutralidade nacional. Se um país adotasse tal neutralidade, com a conseqüente permissão de que os tributos pagos no exterior fossem apenas considerados como custos, isso poderia levar a adoção de medidas similares, o que prejudicaria o fluxo de investimentos nos dois sentidos para o país que adotou a sistemática unilateralmente.

²⁸¹ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 89), p. 4.

²⁸² Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1386.

²⁸³ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1388-9.

O modelo de Musgrave não leva em conta a possibilidade da cooperação com outros países aumentar o bem-estar nacional. Essa última crítica considera que o modelo falha ao não considerar a influência da adoção de acordos bilaterais ou multilaterais. Ademais, a CEN e a NN induzem ao unilateralismo, pois sua implantação independe da atuação cooperativa no cenário internacional.²⁸⁴

Outro conjunto de críticas ao modelo de Musgrave foi apresentado por Mihir A. Desai e James R. Hines Jr.

Os autores criticam o modelo de Musgrave, revendo cada uma das cinco premissas principais que entendem adotadas como padrão normativo estrutural que encaminhariam a CEN e a NN como critérios para o bem-estar global e nacional. Vejamos as cinco premissas apontadas pelos autores:

1. A meta dos governos dos países da residência (para a NN) é maximizar a renda nacional por meio do aumento da receita tributária e dos lucros das empresas após a tributação;
2. Políticas de outros países não são afetadas por mudanças nas políticas dos países da residência;
3. Alíquotas de imposto não estão relacionadas com diferenças de benefício que os países da fonte recebem da entrada de investimento do exterior.
4. Países da residência não recebem nenhum benefício das atividades mantidas pelas sedes das multinacionais.
5. Atividades das empresas estrangeiras não são afetadas pelas repercussões das mudanças de tributação da renda estrangeira no país da residência.

²⁸⁴ Cf. GRAETZ, *op. cit.*, (nota 266), p. 1390.

Os mesmos autores mostram os equívocos de tais premissas.

A primeira premissa só teria sentido se somente residentes fossem os beneficiários dos ganhos obtidos no exterior e a localização das empresas domésticas não pudesse ser afetada pela sistemática de tributação da renda do país da residência. A segunda assume que países não agem estrategicamente quanto à tributação. A terceira ignora que podem existir benefícios sociais do investimento adicional no país da fonte. A quarta premissa rejeita os transbordamentos de produtividade para empresas domésticas que são induzidos pela presença da sede da multinacional no país da residência. A quinta premissa, segundo Mihir A. Desai e James R. Hines Jr, quase não tem chamado a atenção dos estudiosos, mas pode ser a mais crítica de todas. Isso ocorreria na medida em que investimentos de empresas nacionais feitas no próprio país e no exterior, provavelmente, influenciam no investimento feito no país por outras empresas sediadas no exterior, conformando um cenário que não é considerado pelo modelo de Musgrave.²⁸⁵

Outras críticas - não diretamente ao modelo de Musgrave mas à consideração da neutralidade nos debates sobre tributação internacional - apontam para o caráter retórico e ideológico do termo neutralidade. Nesse sentido, enquanto o professor da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Seul, Chang Hee Lee, entende ser a neutralidade um pacote retórico utilizado pelos países desenvolvidos para justificar a tributação pela residência e aumentar sua parcela na divisão do poder de tributar a renda,²⁸⁶ Tsilly Dagan foi direto a um dos pontos mais críticos sobre a neutralidade, quando afirmou que a neutralidade é só uma atrativa terminologia que esconde interesses domésticos específicos.²⁸⁷

Apresentadas as críticas ao Modelo de Musgrave, e genericamente à neutralidade em relação ao fluxo internacional de investimentos, é preciso respondermos ao questionamento sobre a utilidade de tais críticas para a discussão jurídica relativa à CTI que busca atrair IED e, conseqüentemente, o aumento do nível de desenvolvimento.

²⁸⁵ Cf. DESAI, Mihir A.; HINES JR., James R. Evaluating international tax reform. *National Tax Journal*, v. 56, n. 3, p. 487-502, sep. 2003, p. 493-4.

²⁸⁶ Cf. LEE, Chang Hee. *Impact of electronic commerce on allocation of tax revenue between developed and developing countries*. Organização das Nações Unidas. Secretariat. Ad hoc group of experts on international cooperation in tax matters. ST/SG/AC.8/2003/L.9. 17. jun. 2003, parág. 42 e 57.

²⁸⁷ Cf. DAGAN, *op. cit.*, (nota 125), p. 3.

As críticas demonstram que o outrora aparente consenso econômico em relação às neutralidades que vem pautando as discussões sobre tributação internacional da renda não existe e que, mesmo assumidas as premissas econômicas, podemos concluir que a CEN não é o único caminho disponível para a tributação internacional da renda. Sem o mito do consenso econômico, entendemos que a análise interdisciplinar pode enfrentar um ambiente científico mais propício à compreensão dos argumentos jurídicos, considerando conceitos econômicos.

Prosseguiremos com outras duas neutralidades que tentam escapar das fragilidades apontadas no modelo de Musgrave para, em seguida, estabelecermos as relações entre as neutralidades e os debates sobre CTI que busca estimular o IED.

3.3. NOVAS IDÉIAS SOBRE NEUTRALIDADE

Tanto o Modelo de Musgrave quanto as novas idéias sobre a neutralidade no fluxo internacional de investimentos pretendem que as decisões sobre investimentos sejam as mesmas tanto antes como depois de serem considerados os efeitos da tributação da renda (*non-tax world versus after-tax world*). No entanto o modelo de Musgrave procura evitar distorções na alocação do investimento, ao passo que as novas idéias sobre neutralidade procuram evitar que a tributação internacional da renda provoque mudanças não eficientes na propriedade do capital.²⁸⁸

O principal ponto de partida para as novas idéias sobre neutralidade no fluxo internacional de investimentos foi uma das críticas ao modelo de Musgrave: o investimento feito no exterior por empresas domésticas não representa, necessariamente, diminuição do volume de investimentos no país. Ao contrário, num cenário global dominado por grandes empresas multinacionais, o país da sede da multinacional que investe no exterior recebe investimentos que foram induzidos pela ampliação da atuação internacional da empresa-mãe. Então, o fortalecimento da atuação global da empresa multinacional contribui para o aumento de investimentos no país de sua sede. Se determinada multinacional encontra obstáculos ao investimento no exterior advindos da tributação de seu país sede e, por conta disso, deixa de ampliar sua participação no comércio mundial, o país sede da multinacional deixará de receber os investimentos complementares, pois outra multinacional sediada em um terceiro país fará aquele investimento. Essa evidência sobre a complementaridade entre o investimento feito no exterior e o investimento que entra no país, permitiu deixar de lado as preocupações com as distorções na alocação do investimento para colocar em destaque a propriedade do capital como origem de diferenciais de eficiência, seja em termos globais ou nacionais, conduzindo para o surgimento de duas outras noções sobre neutralidade no fluxo

²⁸⁸ Cf. FADI, *op. cit.*, (nota 258), p. 207-8.

internacional de investimentos: a neutralidade de propriedade do capital e a neutralidade na propriedade nacional.

3.3.1. Neutralidade de propriedade do capital (*Capital Ownership Neutrality-CON*)

Neutralidade de propriedade do capital - *Capital Ownership Neutrality* (CON) - é a neutralidade que adota a idéia de que o bem-estar mundial é maximizado se as identidades dos proprietários de capital não são afetadas por questões tributárias.

O argumento em defesa da CON parte da premissa de que a produtividade do capital está diretamente relacionada com a identidade de seus proprietários. Para justificar a premissa que adotam, Mihir A. Desai e James Hines Jr. fornecem exemplo da importância da titularidade da propriedade na eficiência dos recursos no caso de instalação de uma fábrica de automóveis num grande mercado emergente. Para esse exemplo, indagam qual seria a razão para a produtividade da fábrica ser diferente se o proprietário dos bens é uma empresa local ou multinacional. Poderia ser facilmente imaginado que a empresa multinacional pode ser mais produtiva, pois possui uma marca global, um processo produtivo já testado e a habilidade para integrar esta fábrica dentro do processo de produção mundial ou para usar estrangeiros com experiência em mercados similares.²⁸⁹ Esses fatores implicam significativos diferenciais de produtividade a favor da multinacional. Então, para os autores, um sistema tributário que induz a alteração da propriedade do capital com a mudança desta propriedade da multinacional para a empresa doméstica não seria, *a priori*, uma alternativa eficiente. Portanto, para os defensores da CON, um sistema tributário eficiente é aquele que encoraja a mais produtiva propriedade do capital.²⁹⁰

É mais fácil entender as propriedades de bem-estar da CON no caso em que o total do estoque físico de capital, em cada país, não é afetado por regras tributárias

²⁸⁹ Cf. DESAI e HINES JR., *op. cit.*, (nota 285), p. 488-9.

²⁹⁰ Cf. FADI, *op. cit.*, (nota 258), p. 209.

internacionais. Nesse cenário, o IED irá simplesmente reagrupar as propriedades dos bens entre investidores domésticos e estrangeiros. No entanto não é requisito essencial para a CON que não haja variações no estoque de capitais de cada país. Se a produtividade do capital depende da identidade de seus proprietários, então a alocação eficiente do capital é aquela que maximiza o resultado, independentemente da localização do investimento. Isso permitiria que sistemas tributários promovessem a eficiência se eles encorajassem uma alocação de investimento mais produtiva, mantida a propriedade dos bens dentro do quadro já existente de possíveis investidores no cenário global.

Mihir A. Desai e James Hines Jr. entendem que se todos os países isentarem a renda do exterior, a CON poderá ser alcançada, mas tal isenção não é condição necessária. De outro modo, se todos os países tributassem a renda do exterior permitindo o crédito do tributo pago na fonte também seria alcançada a CON.²⁹¹ Então, nesses casos teríamos uma atuação coordenada entre os países, o que, ainda, não corresponde à realidade. Se tomarmos a atuação unilateral de um país, a CON só é assegurada se houver isenção para a renda obtida no exterior, o que equivale à territorialidade pura.

Uma situação similar à exigida para a CEN – adoção unilateral da universalidade para a incidência com crédito do tributo pago no exterior - não garantiria a CON, salvo se, além de conceder o crédito do imposto pago na origem, o país da residência do investidor celebrasse tratados com cláusula de *tax sparing* ou *matching credit*. Para entender isso, imaginemos um país P que adote a tributação da renda obtida no exterior e conceda crédito do imposto pago no exterior, mas não celebre tratados com cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit*. Nesse mesmo exemplo, assumamos a existência de um país P1 que concede benefícios fiscais para atrair IED e outro P2 que celebra tratado com cláusulas de *tax sparing* e/ou *matching credit* com P1. Então, os investidores residentes em P2 terão vantagens para assumir a propriedade do capital investido em P1, em detrimento dos investidores de P. Ou seja, o regime de tributação da renda obtida no exterior, adotada por P, não preserva a identidade dos proprietários de capital e, portanto, não concretiza a CON.²⁹² Interessante notar que essa observação coincide com a conclusão de Hines Jr. em pesquisa sobre *tax sparing* e investimentos de residentes no Japão e EUA que assinalamos no item 2.6. A pesquisa de Hines Jr. revelou

²⁹¹ Cf. DESAI e HINES JR., *op. cit.*, (nota 285), p. 494-5.

²⁹² A noção de *tax sparing* e *matching credit* e suas relações com a CTI são tratadas no Capítulo II.

que as empresas japonesas assumiram, mais significativamente que aquelas dos EUA, a propriedade de capital em PED com os quais o Japão possuía cláusula de *tax sparing* e os EUA mantinham sua política de não admitir tal cláusula.²⁹³

3.3.2. Neutralidade na propriedade nacional (*National Ownership Neutrality - NON*)

Neutralidade na propriedade nacional - *National Ownership Neutrality* (NON) - é a neutralidade que pretende maximizar o bem-estar nacional e não o bem-estar global. Para tanto, seus idealizadores sustentam que deveria ser providenciada a isenção da tributação sobre a renda do exterior, pois é assumido que o fluxo de investimentos para o exterior será compensado com um fluxo de investimentos que entram no país, oriundos do exterior, e que foram de alguma forma atraídos, devido à existência de investimentos feitos no exterior por capital nacional.²⁹⁴

O bem-estar nacional é maximizado pela isenção da renda do exterior nos casos em que investimentos adicionais no exterior não reduzem a arrecadação tributária doméstica. Essa condição será satisfeita se, para cada montante de investimento feito no exterior, houver o induzimento de igual montante de investimento, que entra no país, feito por empresas estrangeiras. Em outras palavras, a maximização do bem-estar nacional depende da extensão na qual o investimento de firmas estrangeiras substitui o investimento de empresas domésticas, perdido devido ao fluxo de saída de investimentos.²⁹⁵

Como vimos, NON e CON colocam a discussão sobre as mudanças ou não na propriedade do capital no centro das discussões sobre a maximização do bem-estar.²⁹⁶ Enquanto a adoção da CON objetiva a maximização da eficiência global, mantendo a propriedade do capital na titularidade das empresas que puderem decidir a

²⁹³ Cf. HINES JR., *op. cit.*, (nota 199), p. 12 e 28.

²⁹⁴ Cf. DESAI e HINES JR., *op. cit.*, (nota 285), p. 488.

²⁹⁵ Cf. DESAI e HINES JR., *op. cit.*, (nota 285), p. 496.

²⁹⁶ Cf. DESAI e HINES JR., *op. cit.*, (nota 285), p. 488.

localização para o investimento que melhor atenda a tal eficiência, a adoção da NON objetiva a maximização da eficiência nacional, incentivando o investimento no exterior que induzirá o aumento do fluxo de investimento oriundo do exterior de modo a, no mínimo, compensar o desvio de investimentos domésticos.

Os idealizadores da NON defendem que, se todos os países isentassem a renda obtida no exterior, a propriedade do capital seria alocada mais eficientemente e o resultado global, em termos de bem-estar, seria maximizado.²⁹⁷ O que destacamos desse raciocínio é que está relacionado a uma característica própria dos EUA - um país que já possui um estoque de investimentos bastante significativo - o que levaria a uma preocupação em promover uma maior produtividade desse capital existente dentro do país. Para a NON, não importaria se o capital mudasse de proprietário, passando de uma empresa doméstica para uma multinacional. O que deve ser mantido inalterado – obedecendo à neutralidade, portanto - é a quantidade de capital total investido no país. Se o sistema de tributação internacional da renda com a NON - isenção da renda obtida no exterior - incentiva o investimento no exterior, também permite que investimentos complementares oriundos do exterior sejam feitos no país de modo a neutralizar a saída de capital.

3.4. A RELAÇÃO ENTRE AS NEUTRALIDADES E OS DEBATES SOBRE CTI QUE BUSCA ESTIMULAR O IED

Tomando as lições de Vogel, Luís Eduardo Schoueri assinalou uma diferença marcante entre a CEN e a CIN: na CEN o foco está no investidor, enquanto na CIN o foco está no investimento. Essa diferença é constatada na medida em que consideramos que a CEN implica a tributação em bases universais (universalidade para a incidência) com possibilidade de o investidor creditar-se dos tributos pagos no exterior, e, por outro lado, a CIN é obtida quando o estado da residência isenta de tributação a renda

²⁹⁷ Cf. DESAI e HINES JR., *op. cit.*, (nota 285), p. 496.

dos investimentos feitos no exterior.²⁹⁸ Essa diferença é fundamental para entendermos como os argumentos em torno da CEN e da CIN podem influenciar os debates sobre a CTI que visa ao estímulo ao IED.

Na medida em que, com a aplicação da CEN, a renda obtida pelo investidor no exterior será tributada no país da residência, permitindo-se o crédito dos tributos pagos em outro país, os eventuais incentivos concedidos em um país para a atração de IED poderão ser anulados pelo país da residência do investidor se não houver uma cláusula de *tax sparing* ou *matching credit* como vimos no Capítulo II. Então, com a aplicação da CEN, a possibilidade de existir algum espaço para a CTI, como defendemos, dependerá da existência de tratado com cláusula de *tax sparing* entre o país de residência do investidor e o país de localização do investimento. Observar que não é possível concluir, como fizeram Hugh Ault e David F. Bradford, que se todas as autoridades tributárias no sistema internacional aderissem à CEN ficaria afastada a possibilidade de haver ganhos de realocação de capital. Como vimos, se todos aderissem à CEN, mas houvesse a oferta de incentivos fiscais na presença de tratados com cláusula de *tax sparing*, teríamos espaço para a CTI que buscasse atrair IED.

Com a adoção da adoção da CIN, ou seja, na hipótese de isenção da renda obtida pelo investimento no exterior com exclusividade de tributação pelo país da fonte, as possibilidades para a CTI são as mais amplas, pois a única tributação que sofrerá a renda obtida do investimento no exterior será aquela aplicada pelo país da fonte. Se este estiver determinado a atrair investimentos estrangeiros diretos e oferecer incentivos fiscais, teremos o típico cenário favorável à CTI. Considerando tal constatação, Dale Pinto afirmou que, para o não-economista e o empresário em particular, a CIN é preferível, pois leva em conta a competitividade internacional mais do que teorias sobre eficiência econômica.²⁹⁹

A adoção da neutralidade nacional (NN) teria como resultado anular qualquer esforço para atrair IED, pois qualquer benefício oferecido pelo país da fonte seria anulado pela tributação no país da residência que apenas considera o tributo pago no

²⁹⁸ Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 273), p. 149-50. Encontramos outro texto no qual é feita uma associação entre, de um lado, CEN e investidor, e, de outro lado, CIN e investimento ou poupança: SHAVIRO, Daniel. *Why Worldwide Welfare as a Normative Standard in U.S. Tax Policy?* Law & Economics Research Paper Series. Working Paper n. 07-12. apr. 2007, p. 18-9.

²⁹⁹ Cf. PINTO, Dale. *E-commerce and source-based income taxation*. Doctoral Series, v. 6. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2002, p. 26.

exterior como custo. Havendo tributo na fonte, deduz-se o custo respectivo, mas permanece a bitributação da referida renda. Não havendo tributo, pela existência de incentivo no país da fonte, por exemplo, não haverá custo a deduzir e a renda do investimento será integralmente tributada no país da residência do investidor, desaparecendo a vantagem oferecida pelo país da fonte.

Sistemas tributários que satisfazem a CON asseguram que a identidade dos proprietários de capital não seja afetada por diferenciais tributários, no entanto permitem que o mercado aloque a propriedade dos bens onde eles sejam mais produtivos. Não é possível, nesses casos, alterar a produtividade com a mudança na propriedade do capital, mas pode ser possível melhorá-la se houver mudança na localização do investimento.³⁰⁰ Então, considerando tal premissa, a adoção da CON deixa espaço para a CTI com vistas a atrair IED.

Com relação à CTI buscando IED, a NON resulta numa situação similar à CIN, uma vez que a adoção da NON exige a isenção de tributação da renda obtida no exterior.

Tendo mostrado as várias formas que a neutralidade em relação ao fluxo internacional de investimentos pode assumir na discussão sobre a tributação internacional e como isso pode afetar a CTI para atrair IED, é preciso registrar que consideramos sua importância apenas subsidiária para a discussão jurídica. Para ilustrar isso tomamos o raciocínio de Luís Eduardo Schoueri que assinalou que a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa surgem, no texto constitucional, como fundamento para a atuação do Estado Social Democrático de Direito, sendo que este não deve ser neutro, mas valorizar, promover ambos os elementos.³⁰¹ Como não conseguimos atribuir à neutralidade uma intrínseca função relevante na concretização dos valores os quais o Direito é encarregado de preservar, não vislumbramos uma juridicidade em destaque na neutralidade em relação ao fluxo de investimentos. Daí não concordarmos com a genérica afirmação de Fernando Aurélio Zilveti de que “a neutralidade realiza o princípio da igualdade na tributação”. O autor, amparado em idéias de Misabel Abreu Machado Derzi sobre a neutralidade

³⁰⁰ Cf. DESAI e HINES JR., *op. cit.*, (nota 285), p. 495.

³⁰¹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário – estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471. e *tributário*, p. 461.

concorrencial estampada no art. 146-A da constituição federal, encontra na neutralidade uma função similar à capacidade contributiva no sistema da igualdade de tributação.³⁰² Com a ressalva de que não nos dedicamos ao estudo da neutralidade concorrencial,³⁰³ poderíamos admitir que nesse caso haveria uma subsidiária juridicidade da neutralidade na medida em que estaria contribuindo para a concretização da igualdade tributária em relação às empresas que estivessem agindo em regime de livre iniciativa. Assim, a neutralidade concorrencial teria juridicidade não por ser um valor em si mesma, mas por contribuir para a concretização de outro valor, a igualdade, o que resultaria na sua natureza subsidiária para a lógica jurídica. No caso da neutralidade em relação ao fluxo internacional de investimentos, como vimos, a discussão de tal neutralidade está fundada na eficiência de alocação de recursos (investimentos) e esta é associada à ampliação das riquezas globais. No momento, na medida e no caso em que o aumento da riqueza global contribuir para a diminuição das desigualdades entre os países e para a realização do direito ao desenvolvimento, poderemos atribuir uma juridicidade subsidiária à neutralidade em relação ao fluxo internacional de investimentos. Esse enfoque é bem diferente daquele que vê na neutralidade em relação ao fluxo internacional de investimentos como um objetivo em si mesmo.

Portanto, se pelo lado da ciência econômica há várias visões quanto às neutralidades na tributação internacional em relação ao fluxo de investimentos, pelo lado jurídico sua importância é apenas subsidiária na medida em que a metodologia jurídica que adotamos não tem a neutralidade entre os valores que o Direito deve contribuir para concretizar e esta – a neutralidade em relação ao fluxo internacional de investimentos – somente de forma indireta, subsidiária e casuística está associada à concretização de alguns ou do conjunto de tais valores. Cientes disso, e considerando que laboramos na edificação de um trabalho jurídico, poderíamos ter afastado de plano os debates sobre neutralidade. Agindo assim, teríamos deixado de lado uma oportunidade de conhecer os argumentos e as críticas que envolvem os debates sobre neutralidade na tributação internacional. Na medida em que o jurista desconhece os fundamentos que amparam as modalidades de neutralidades da tributação em relação ao fluxo de investimentos, não conseguirá mostrar as diferenças entre a lógica jurídica e a lógica econômica, permitindo que esta continue

³⁰² Cf. ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações Sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. *Direito tributário atual*, n. 19, p. 24-40, 2005, (p. 25).

³⁰³ Sobre o assunto ver: BRAZUNA, *op. cit.*, (nota 247), *passim*.

prevalecendo nos debates que tanto interessam no caminho de concretização do direito ao desenvolvimento como um processo de ampliação das liberdades.

No capítulo que encerramos, optamos, portanto, por conhecer um pouco mais sobre as neutralidades da tributação em relação aos fluxos de investimentos com o objetivo de fornecer elementos ao jurista interessado em ampliar o espaço da lógica jurídica no contexto dos aspectos da tributação internacional da renda que interessam ao desenvolvimento nacional.

No próximo capítulo, trataremos de outra vertente de questionamentos que cercam a questão da promoção do desenvolvimento por meio de incentivos fiscais e as relações internacionais: em que medida as limitações aos subsídios impostas pelas regras da OMC afetam a concessão de incentivos fiscais para atrair IED.

CAPÍTULO IV – O TRATAMENTO DOS SUBSÍDIOS NA OMC E OS INCENTIVOS FISCAIS EM BUSCA DO DESENVOLVIMENTO³⁰⁴

Seguindo nossa preocupação sobre como as questões que envolvem a tributação internacional da renda podem afetar a atuação do país na promoção do desenvolvimento, neste quarto capítulo veremos como as regras sobre subsídios da OMC podem afetar a busca pelo desenvolvimento por meio da concessão de incentivos fiscais.

Dividimos o capítulo em duas partes.

Na primeira parte, verificaremos em que casos o oferecimento de incentivos fiscais para atrair IED pode ser questionado frente às regras do ASMC.

Na segunda parte, fomos buscar em documentos oficiais da OMC o relato dos casos DISC/FSC/ETI para observarmos muito mais que o funcionamento dos mecanismos de controle de subsídios da OMC, mas, essencialmente, como as decisões sobre tributação internacional da renda na busca pelo desenvolvimento nacional podem ser afetadas pelo sistema multilateral do comércio.

4.1. TRATAMENTO DOS SUBSÍDIOS NA OMC

O objetivo do presente estudo sobre os subsídios, neste item do capítulo, é conhecer os conceitos básicos sobre o tema para estabelecer a relação entre os subsídios passíveis de serem combatidos com as regras da OMC e os incentivos fiscais para atrair IED. A principal questão que queremos responder é se existe a possibilidade de serem

³⁰⁴ Todos os documentos oficiais do GATT e da OMC referidos nesse capítulo foram obtidos, e ainda podiam ser encontrados até janeiro de 2009, nos seguintes sítios: <http://gatt.stanford.edu/page/home> (GATT) e <http://docsonline.wto.org> (OMC).

concedidos incentivos fiscais com o objetivo de atrair IED para contribuir com o desenvolvimento nacional numa situação de competição tributária internacional que não estejam em desacordo com as regras sobre subsídios do Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC).

Tratando do assunto, Michael Rodi apontou a possível relação entre subsídios e CTI ao afirmar que “existe *de lege lata* também a possibilidade de se aproveitar o Código de Subsídios da OMC como um instrumento específico contra a concorrência tributária nociva”. Prossegue o autor afirmando que “o Acordo sobre Subsídios da OMC poderia ampliar as regras sobre subsídios à exportação proibidos de forma a alcançar determinados subsídios tributários”.³⁰⁵ De fato, como veremos a seguir, alguns incentivos fiscais para atrair IED podem ser considerados subsídios que violam o ASMC, o que confirma a opinião inicial do autor. Quanto à necessidade de ampliar as regras sobre subsídios para alcançar determinados subsídios tributários, a falta de definição naquele texto do autor sobre quais seriam tais subsídios tributários ainda não alcançados pelo ASMC não nos permite assinalarmos nossa concordância ou não com essa afirmação, pois veremos a seguir que o atual texto do ASMC já alcança vários incentivos fiscais utilizados em uma situação de CTI.

Tendo registrado tal opinião doutrinária que já apontava uma possível relação entre CTI e o regime de subsídios da OMC, passemos a uma análise sobre o conteúdo do ASMC.

³⁰⁵ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 137.

4.1.1. Sequência para a análise de um subsídio diante das regras do ASMC³⁰⁶

A aplicação do ASMC permite-nos estabelecer uma sequência para analisarmos se um benefício fiscal é um subsídio que viola as regras multilaterais do comércio internacional conforme segue:

- I. Verificar se o benefício fiscal possui as características definidas no artigo 1 do ASMC que podem ser sintetizados em: existência de ajuda governamental e vantagem para a empresa;
- II. Verificar o requisito da especificidade do artigo 2;
- III. Verificar se não preenche os requisitos do artigo 8 para ser considerado subsídio irrecorrível (verde), se considerarmos que ainda está em vigor tal artigo;
- IV. Tendo obedecido às três primeiras etapas, verificar se consta entre os subsídios proibidos do artigo 3 do ASMC e se não foi concedido por PED excepcionado da aplicação de tal artigo;
- V. Caso não tenha sido enquadrado como subsídio proibido no item anterior, verificar se provoca dano à indústria nacional ou grave dano aos interesses de outro Membro da OMC, conforme

³⁰⁶ Vários dispositivos do ASMC estão sendo discutidos no âmbito da Rodada Doha. Para um relato das propostas de modificações do ASMC que foram apresentadas na Rodada Doha ver: NAIDIN, Leane Cornet; LEMME, Marta Calmon; GADELHA, Maria Fernanda. *As negociações de subsídios na Rodada Doha: avaliação e implicações de política industrial*. Rio de Janeiro: LATN-CINDES, 2006. Disponível em: <<http://www.cindesbrasil.org>>. Acesso em: 05 jan. 2009, p. 56-98. No mesmo texto (p. 122-39), pode ser encontrada uma tabela que sistematiza as propostas de alterações apresentadas por cada país. Sobre o mesmo assunto, ver: LEMME, Marta Calmon; NAIDIN, Leane Cornet; GADELHA, Maria Fernanda. Subsídios em Doha: Propostas de Negociação e Implicações para os Interesses Brasileiros. In: VEIGA, Pedro Motta(Org.). *Comércio e Política Comercial no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Singular, 2007, p. 117-147.

definições do artigo 6 do ASMC, de maneira a enquadrar-se como subsídio recorrível (amarelo) previstos no artigo 5.³⁰⁷

Essa sequência da análise destaca a presença de três espécies de subsídios: irrecorrível, proibido e recorrível, o que assinala a existência de proibições ao uso de subsídios juntamente com algumas exceções. Isso confirma a constatação de Rabih Ali Nasser com relação à presença de dois raciocínios antagônicos que determinaram o conteúdo do ASMC. O primeiro representaria a idéia de que subsídios representam distorções ao comércio internacional, enquanto o segundo defende a idéia de que subsídios são instrumentos válidos de promoção do desenvolvimento nacional.³⁰⁸ Isso confirma que a existência do ASMC em si mesma não é indicativo de que estariam afastadas todas as hipóteses em que um subsídio poderia ser admitido internacionalmente, conforme o detalhamento da sequência de análise, a seguir, irá revelar.

Cabe-nos, então, esclarecer alguns conceitos necessários para a sequência da análise.

4.1.1.1. *Definição de subsídio*

Começamos pela definição de subsídio do ASMC:

“Artigo 1

Definição de Subsídio

³⁰⁷ Tanto as disposições sobre os subsídios proibidos quanto aquelas sobre os subsídios recorríveis são excepcionadas em relação às disposições do Acordo sobre Agricultura (AA).

³⁰⁸ Cf. NASSER, *op. cit.*, (nota 24), p. 170.

1. Para os fins deste Acordo, considerar-se-á a ocorrência de subsídio quando:

(a) (1) haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro (denominado, a partir daqui, ‘governo’), *i.e.*,

(i) quando a prática do governo implique transferência direta de fundos (por exemplo, doações, empréstimos e aportes de capital), potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações (por exemplo, garantias de empréstimos);

(ii) quando receitas públicas normalmente devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais tais como bonificações fiscais);

(iii) quando o governo forneça bens ou serviços além daqueles destinados à infra-estrutura geral, ou quando adquira bens;

(iv) quando o Governo faça pagamentos a um sistema de fundo, ou confie ou instrua órgão privado a realizar uma ou mais das funções descritas nos incisos (i) a (iii) acima, as quais seriam normalmente incumbência do Governo e cuja prática não difira, de nenhum modo significativo, da prática habitualmente seguida pelos governos;

ou

(a) (2) haja qualquer forma de receita ou sustentação de preços no sentido do Artigo XVI do GATT 1994;

e

(b) com isso se confira uma vantagem.

2. Um subsídio, tal como definido no parágrafo 1, apenas estará sujeito às disposições da PARTE II ou às disposições das PARTES III ou V se o mesmo for específico, de acordo com as disposições do Artigo 2.

No núcleo da definição acima vemos, então, dois elementos: (i) a existência de ajuda governamental que (ii) confere uma vantagem para certas empresas. Sobre isso, encontramos Adilson Rodrigues Pires apresentando uma síntese geral da definição de subsídio como “todo auxílio oficial, de ordem financeira, cambial, comercial ou fiscal, concedido direta ou indiretamente ao industrial, assim como ao exportador ou grupo de exportadores em uma área geográfica, com o fim de estimular a exportação de determinado produto”.³⁰⁹ Essa síntese do autor insere na definição de subsídio a finalidade de estimular a exportação, o que não nos parece condizente com a definição do ASMC. A definição do ASMC não traz, *a priori*, uma vinculação com a exportação. Essa vinculação será feita quando da divisão dos subsídios nas espécies: irrecorrível, proibido e recorrível, como veremos adiante. Em termos gerais, um subsídio pode existir ainda que não vinculado à exportação, sendo exemplos disso os chamados subsídios domésticos ou subsídios à produção.³¹⁰

³⁰⁹ Cf. PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 203.

³¹⁰ Cf. GIUNCHETTI, Camila Serrano. *Aspectos jurídicos da regulamentação internacional dos subsídios e das medidas compensatórias no âmbito da Organização Mundial do Comércio*. Dissertação (Mestrado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 97.

4.1.1.2. *O requisito da especificidade*

Conforme consta do artigo 2 do ASMC, o requisito da especificidade está presente quando a legislação que concede o benefício limitar o acesso ao subsídio a apenas determinadas empresas e não existam definições sobre as condições ou critérios objetivos que disponham sobre o direito de acesso automático ao subsídio e sobre o montante a ser concedido. Ainda que objetivamente possamos concluir pela inespecificidade do subsídio, a especificidade pode ser detectada, na prática, quando da aplicação da legislação se forem constatados: o uso predominante de um programa de subsídios por número limitado de empresas; a concessão de parcela desproporcionalmente grande do subsídio a determinadas empresas apenas; e que a autoridade outorgante exerce seu poder discricionário na decisão de conceder um subsídio de maneira a torná-lo específico na prática. Essa análise prática deve considerar a diversidade das atividades econômicas dentro da jurisdição da autoridade outorgante, bem como o período de tempo durante o qual o programa de subsídios esteve em vigor.

São também específicos os subsídios que puderem ser enquadrados dentro dos subsídios proibidos do artigo 3.

4.1.1.3. *Espécies de subsídios*

4.1.1.3.1. *Subsídios irrecorríveis(verdes)*

Os subsídios irrecorríveis ou verdes são aqueles não específicos ou, ainda que específicos, toleráveis pelo comércio internacional.³¹¹ De acordo com o artigo 8 do ASMC, três grandes grupos, em síntese, comporiam os subsídios irrecorríveis: (i) subsídios para assistência para atividades de pesquisa realizadas por empresas ou estabelecimentos de pesquisa ou de educação superior vinculados por relação contratual; (ii) assistência a uma região economicamente desfavorecida dentro do território de um Membro, concedida no quadro geral do desenvolvimento regional; (iii) assistência para promover a adaptação de instalações existentes a novas exigências ambientalistas impostas por lei e/ou regulamentos, de que resultem maiores obrigações ou carga financeira sobre as empresas. De acordo com o parágrafo 1 do artigo 9, ainda que se tratasse de subsídio irrecorrível, se um Membro tivesse razões para crer que um subsídio gera efeitos desfavoráveis graves à sua indústria doméstica, capazes de causar um prejuízo dificilmente reparável, esse Membro poderia solicitar a celebração de consultas com o Membro que conceda ou mantenha tal subsídio, a fim de elucidar os fatos e chegar a uma solução mutuamente satisfatória.

A vigência dessa espécie de subsídio parece suscitar dúvidas, uma vez que alguns textos falam explicitamente de sua revogação após 31 de dezembro de 1999 e outros textos doutrinários e de órgãos oficiais, publicados após essa data, não tratam da questão da revogação, sugerindo entenderem que é possível estabelecer-se um subsídio irrecorrível após 31 de dezembro de 1999.³¹² Ao consultarmos documentos oficiais da

³¹¹ Cf. BLIACHERIENE, Ana Carla. Subsídios: efeitos, contramedidas e regulamentação – uma análise das normas nacionais e das normas da OMC. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 287-325, (p. 298).

³¹² A doutrina encontrada que parece admitir a permanência dos subsídios irrecorríveis ou verdes é a seguinte: BARRAL, Welber. Subsídios e Medidas Compensatórias na OMC. In: CASELLA, Paulo Borba;

OMC³¹³ e diante do conteúdo do artigo 31 do ASMC, concluímos que essa espécie de subsídio deixou de existir uma vez que o Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias não chegou a um consenso que permitisse autorizar a prorrogação das disposições do artigo 8, quer como se encontram hoje redigidas, quer sob nova redação, conforme era exigido pelo artigo 31. Importante destacar que foi a posição defendida pelos PED que impediu o consenso para prorrogação de tal espécie de subsídios, pois os PED entenderam que o conteúdo do artigo 8 não atendia a seus interesses,³¹⁴ tendo sido sua inclusão no ASMC, quando da negociação deste, uma exigência da Comunidade Européia.³¹⁵

Apesar dessa nossa posição, devemos considerar a doutrina que, aparentemente, ainda admite a existência dessa espécie de subsídio. Assim, seguindo o objetivo de nosso trabalho, vamos analisar mais detidamente o segundo grupo de subsídios irrecorríveis, pois estes podem, com muito maior frequência que os demais, incluir alguns casos de benefícios fiscais concedidos para atrair IED.

Um subsídio irrecorrível (verde), em termos gerais, não está sujeito a medidas compensatórias ou recursos junto à OMC por não ser específico ou, mesmo sendo específico, quando foi concedido em algumas situações definidas no ASMC. Aproximando-nos do texto do ASMC, temos que um subsídio irrecorrível, dentro do grupo que selecionamos, é aquele que, embora específico em termos gerais do parágrafo 2 do artigo 2 – uma vez que limitado a uma região do Estado-membro –, seja inespecífico no âmbito da região a que se destina, nos termos do parágrafo 1 do artigo 2, e concedido no quadro geral do desenvolvimento regional como assistência a uma região economicamente desfavorecida dentro do território de um Membro da OMC, obedecendo a certos requisitos para delimitar a região beneficiária e determinar a qualificação de região economicamente

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o BRASIL*. São Paulo: LTr, 1998, p. 371-382; BLIACHERIENE, *op. cit.*, (nota 311), p. 298; COSTA, Lígia Maura. Subsídios e salvaguardas. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 61-81, (p. 66-7); NASSER, *op. cit.*, (nota 24), p. 178-9; PIRES, *op. cit.*, (nota 309), p. 206-7; SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 54), p. 214; THORSTENSEN, *op. cit.*, (nota 31), p. 137-8. O texto oficial referido é: MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Relatório DECOM nº 5 – 2001*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br>>. Acesso em: 22 dez. 2008, p. 12. A doutrina encontrada que afirma que os subsídios irrecorríveis deixaram de existir após 31 de dezembro de 1999 é: GIUNCHETTI, *op. cit.*, (nota 310), p. 85-6.

³¹³ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Report (2000) of the committee on subsidies and countervailing measures*. G/L/408. 10. nov. 2000, parág. 12.

³¹⁴ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Committee on Subsidies and Countervailing Measures. Minutes of the special meeting held on 20 december 1999*. G/SCM/M/22. 17 fev. 2000, *passim*.

³¹⁵ Cf. GIUNCHETTI, *op. cit.*, (nota 310), p. 103.

desfavorecida. Para que seja aceito como tal, um subsídio irrecorrível deve ter sua concessão comunicada previamente ao órgão próprio da OMC em obediência ao parágrafo 3 do artigo 8.

A região beneficiária dentro de um Estado-membro da OMC deve constituir área geográfica contínua claramente estabelecida, com identidade econômica e administrativa definível.

A exigência do parágrafo 2(b) do artigo 8 do ASMC é que a qualificação de região economicamente desfavorecida deve ser estabelecida por critérios presentes em documento oficial – lei ou regulamento – com características de neutralidade e objetividade. Tais critérios devem estar baseados em medida do desenvolvimento econômico, feita num período de três anos, que pode resultar de uma composição de diferentes fatores, mas será considerada adequada se estiver baseada em pelo menos um dos seguintes: (i) renda *per capita*, ou renda familiar *per capita*, ou Produto Nacional Bruto *per capita*, que não ultrapasse 85% da média do território do Estado-membro que concedeu o subsídio; (ii) taxa de desemprego, que supere 110% da média do território do Estado-membro que concedeu o subsídio. Interessante notar que o ASMC estabeleceu uma medida de desigualdade de desenvolvimento econômico dentro de um Estado-membro que justificaria um subsídio. Uma variação para menos em 15% na renda *per capita* ou um acréscimo de 10% na taxa de desemprego seriam indicadores de desigualdade regional que tornariam os subsídios inespecíficos irrecorríveis, ainda que possam causar danos a outros países membros da OMC. Essa exceção leva a concluirmos que num país em desenvolvimento no qual a renda *per capita*, ainda que em níveis baixos segundo dados do Banco Mundial, esteja uniformemente distribuída em termos geográficos não há possibilidade de instituição de subsídio irrecorrível no âmbito da OMC. Por outro lado, num país de alta renda que possua uma região geograficamente determinada cuja renda *per capita* seja inferior a 85% do respectivo Estado-membro, haveria a possibilidade de instituição de subsídio irrecorrível. Esse paradoxo surge devido ao fato de o critério de desigualdade utilizado pelo ASMC ser um critério dentro de cada Estado-membro e não entre Estados-membros, ou seja, é um critério que observa a desigualdade intranacional e não internacional, o que parece ter sido um bom motivo para a insistência da Comunidade Européia na inclusão de tal artigo no ASMC.

4.1.1.3.2. Subsídios proibidos(vermelhos)

Um subsídio concedido a um exportador não o identifica, de imediato, como subsídio proibido, conforme esclarece a nota ao parágrafo 1(a) do artigo 3 do ASMC. É necessário, inicialmente, que o subsídio não esteja amparado no Acordo sobre Agricultura da OMC. Como requisito essencial, é necessário que o subsídio esteja vinculado, de fato ou de direito, ao desempenho do exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições; ou mesmo que o subsídio esteja vinculado, de fato ou de direito, ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições. Se o subsídio concedido não estiver vinculado a uma cláusula de desempenho de exportação ou a preferências a produtos nacionais, então não faz parte do grupo de subsídios proibidos, mas ainda devemos verificar se constam entre os subsídios recorríveis.

Importante para a caracterização de um subsídio como proibido é a verificação da Lista Ilustrativa de Subsídios à Exportação que se encontra no Anexo I do ASMC. Embora o Anexo I não substitua as regras do corpo do ASMC - ao contrário, as exemplifica -, a consulta aos exemplos de subsídios do Anexo I ajuda na conclusão a respeito da proibição a determinados subsídios ou da permissão em certas situações. Portanto a caracterização de um subsídio como proibido pelo ASMC pode ser confirmada ou afastada pelo Anexo I do acordo.

O artigo 27 do ASMC reconhece que os subsídios podem “desempenhar papel importante em programas de desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento Membros” e excepciona alguns PED da aplicação das regras do artigo 3. Nesse contexto, para os PED listados na tabela A.I.3 não se aplica a proibição aos subsídios vinculados ao desempenho do exportador e para os demais PED essa exceção foi concedida apenas por um período de oito anos a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, prazo este que já expirou. Os subsídios condicionados ao

uso de produto nacional foram excepcionados para os grupos de PED, já citados, por um período de oito e cinco anos, respectivamente, tendo tal prazo, também, já expirado.

4.1.1.3.3. Subsídios recorríveis (amarelos)

Os subsídios recorríveis (amarelos) são aqueles que, conforme artigos 5 e 6 do ASMC, não estando entre os irrecorríveis ou entre os proibidos, preenchem o requisito da especificidade e causem efeitos danosos aos interesses de outros Estados-membros da OMC. Esses efeitos danosos ficam caracterizados quando ocorre: (a) dano à indústria nacional de outro membro; (b) anulação ou prejuízos de vantagens resultantes, para outros Membros, direta ou indiretamente, do GATT 1994, em especial as vantagens de concessões consolidadas sob o artigo II do GATT 1994; ou (c) grave dano aos interesses de outro Membro.

A constatação da existência de grave dano aos interesses de outro Membro foi sistematizada em dois grupos: dano grave presumido (*dark amber* ou amarelo escuro) e dano grave não presumido (*light amber* ou amarelo claro).³¹⁶

O primeiro grupo (*dark amber* ou amarelo escuro) dizia respeito a características do subsídio em si e estava expresso no parágrafo 1 do artigo 6 do ASMC:

- a) o subsídio total, calculado ad valorem, ultrapassar 5 por cento;
- (b) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma indústria;
- (c) os subsídios destinarem-se a cobrir prejuízos operacionais incorridos por uma empresa, salvo se se tratar de medida isolada, não recorrente, que não possa ser repetida para aquela empresa e que seja concedida

³¹⁶ Cf. GIUNCHETTI, *op. cit.*, (nota 310), p. 102-3.

apenas para dar-lhe o tempo necessário para desenvolver soluções de longo prazo e evitar graves problemas sociais;

(d) ocorra perdão direto de dívida, isto é, perdão de dívida existente com o governo, ou ocorra doação para cobrir o reembolso de dívidas.

De acordo com o artigo 31 do ASMC esse parágrafo 1 do artigo 6 não foi prorrogado pelo Comitê para vigorar após 31 de dezembro de 1999, de maneira similar aos subsídios irrecorríveis do artigo 8.³¹⁷

O segundo grupo (*light amber* ou amarelo claro) relaciona-se com os efeitos ocasionados em um Estado-membro, estando definido nos parágrafos 2 e 3 do artigo 6 do ASMC:

(a) deslocar ou impedir a importação de produto similar produzido por outro Membro no mercado do Membro outorgante do subsídio;

(b) deslocar ou impedir a exportação de produto similar produzido por um Membro no mercado de terceiro país;

(c) provocar significativa redução do preço do produto subsidiado em relação ao preço do produto similar de outro Membro no mesmo mercado, ou significativa contenção de aumento de preços, redução de preços ou perda de vendas no mesmo mercado;

(d) aumentar a participação no mercado mundial de determinado produto primário ou de base subsidiado pelo Membro outorgante, quando se compara com a participação média que o Membro detinha no período de três anos anteriores, e quando tal aumento se mantém como firme tendência durante algum tempo após a concessão dos subsídios.

³¹⁷ A polêmica sobre a vigência do artigo 8 também se aplica a esse caso, conforme artigo 31 do ASMC.

Enquanto vigorou o parágrafo 1 do artigo 6, o grave dano presumido podia ser refutado pela demonstração de que o subsídio não causou nenhum dos efeitos da categoria do tipo amarelo-claro.³¹⁸ Então, podemos argumentar que não se tratava de categorias distintas de subsídios, mas sim de requisitos complementares para caracterizarmos um subsídio como recorrível, sendo um de natureza objetiva – relativa ao subsídio em si -, e outro de natureza subjetiva – relativa aos efeitos causados no Estado-membro. Ou seja, ao fim de uma consideração jurídica completa, para remanescer na categoria dos subsídios recorríveis, seria necessário que o subsídio preenchesse ambos os requisitos. Atualmente, um subsídio específico, não proibido, será recorrível se os requisitos subjetivos do parágrafo 2 do artigo 6 forem preenchidos.

Observe-se, entretanto, que a refutação do grave dano, de forma a descaracterizar a recorribilidade do subsídio, pode ser feita diante da presença das circunstâncias previstas no parágrafo 7 do artigo 6:

(a) proibição ou restrição das exportações do produto similar por parte do Membro reclamante, ou das importações por terceiro país a partir do Membro reclamante;

(b) decisão tomada por governo importador que opere monopólio comercial ou atividade comercial estatal do produto em causa no sentido de mudar, por razões não comerciais, a fonte de suas importações do Membro reclamante para outro país ou países;

(c) desastres naturais, greves, interrupções de transporte ou outros eventos de força maior que afetem substancialmente a produção, as qualidades, as quantidades ou os preços do produto disponível para exportação no Membro reclamante;

(d) existência de acordos para limitação das exportações do Membro reclamante;

³¹⁸ Cf. GIUNCHETTI, *op. cit.*, (nota 310), p. 105.

(e) redução voluntária, no Membro reclamante, da disponibilidade do produto para exportação (o que inclui, *inter alia*, a situação em que empresas localizadas no Membro reclamante tenham independentemente realocado exportações do produto para novos mercados);

(f) incapacidade de satisfazer padrões e outros requisitos técnicos do país importador.

Segundo a exceção contida no parágrafo 9 do artigo 27 do ASMC, os subsídios só são acionáveis em relação aos países em desenvolvimento se agirem “de forma a deslocar ou impedir importações de produto similar de outro Membro para o mercado do país em desenvolvimento outorgante Membro, ou a menos que ocorra dano à indústria nacional no mercado de Membro importador”. Para tal exceção o ASMC não restringe a lista de PED como o faz em relação àqueles PED que estavam excepcionados dos subsídios proibidos. Portanto o Brasil pode utilizar tal exceção.

4.1.2. Um incentivo fiscal para atrair IED diante das normas do ASMC

Tendo percorrido os conceitos básicos que envolvem a sequência para analisarmos se um benefício fiscal é um subsídio que viola as regras do ASMC, podemos fazer tal análise em relação a um benefício fiscal concedido para atrair IED no contexto da competição tributária internacional, seguindo a sequência de análise de I a V do item 4.1.1.

O primeiro passo (sequência I) é verificarmos a definição de subsídio. Considerando a definição de subsídio do ASMC, entendemos que um incentivo fiscal que se relacione com a tributação do lucro de uma empresa e que foi criado para atrair IED pode ser considerado subsídio, conforme a definição do parágrafo 1(a)(1)(ii) do artigo 1, pois seria um caso no qual “receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser

recolhidas”. A presença de vantagem para a empresa beneficiária é evidente na medida em que poderá oferecer produtos com preços mais competitivos sem alterar sua lucratividade, uma vez que obteve benefícios que afetam para menos a sua carga de tributos.

A seqüência II refere-se à especificidade do subsídio. A especificidade de um benefício fiscal relacionado com o imposto sobre a renda e concedido para atrair IED pode existir se o benefício ficar limitado, por exemplo, ao investimento feito por determinadas empresas ou somente por empresas que tragam capital externo novo. Por outro lado, não seria específico, *a priori*, se o benefício fiscal fosse igualmente concedido a todas as empresas que fizessem novos investimentos, por exemplo. No entanto poderia, de fato, ser considerado específico se umas poucas empresas habilitaram-se para beneficiar-se dele, a depender da diversidade das atividades econômicas dentro da jurisdição da autoridade outorgante, bem como do período de tempo durante o qual o programa de subsídios esteve em vigor. Para o nosso estudo interessa saber que podem existir medidas para atrair IED dentro da atuação em competição tributária internacional que não sejam consideradas como um subsídio específico, o que retiraria um requisito essencial para ser contestada na OMC com base no ASMC. Por outro lado, outras medidas com a mesma finalidade podem ser consideradas como subsídios específicos, o que obrigaria a seqüência da análise para concluirmos se tal subsídio poderia ser combatido na OMC com base no ASMC.

Se considerarmos vigente o artigo 8 do ASMC, ou seja, se considerarmos que ainda podem ser estabelecidos subsídios irrecorríveis, devemos atentar para os requisitos para tanto (seqüência III). Um incentivo fiscal concedido para atrair IED dentro de um contexto de CTI pode ser configurado como assistência a uma região economicamente desfavorecida de modo a permitir que o enquadremos como subsídio irrecorrível. Esse enquadramento depende da obediência aos requisitos já descritos no item 4.1.1.3.1, mas é uma hipótese possível de ocorrer. Configurado como subsídio irrecorrível, terminaria a análise sem necessidade de prosseguir na seqüência.

Obedecidas as seqüências de I a III – enquadrar-se na definição de subsídio, ser específico e não sendo um subsídio irrecorrível -, o prosseguimento da análise nos leva a verificar se tratamos de um subsídio proibido (seqüência IV). Se o incentivo fiscal para atrair IED estiver vinculado ao desempenho da empresa para a

exportação ou a preferência ao uso de produtos nacionais, teremos configurado um subsídio proibido que pode ser questionado na OMC. No entanto, no caso dos PED listados na Tabela A.I.3 – na qual não consta o Brasil –, subsídios vinculados ao desempenho do exportador estão excepcionados. No caso dos demais PED, a exceção temporária prevista no artigo 27 do ASMC já foi superada. Então, poderemos ter algum PED listado na Tabela A.I.3 que institua incentivo fiscal para atrair IED, vinculado ao desempenho de exportação do novo investimento. As exceções para os subsídios vinculados ao uso de produto nacional, para os dois grupos de PED, já foram superadas pelo transcurso do tempo.

Entendemos que os efeitos positivos do IED, no que tange à promoção do desenvolvimento para um PED, derivam dos efeitos de transbordamento que o investimento possibilita para a economia.³¹⁹ Assim, ainda que não possa estabelecer vinculação do benefício fiscal com o desempenho voltado para a exportação ou com o uso de insumos nacionais, é provável que o desempenho exportador do PED que recebeu IED melhore com o novo investimento, o que nos leva a concluir que um PED, como o Brasil, mesmo impedido pelas regras do ASMC de estabelecer subsídios que se classifiquem como proibidos, ainda assim poderá criar incentivos não específicos, ou específicos e não vinculados expressamente ao desempenho do exportador ou à utilização de produtos nacionais e que poderão contribuir para a atração de IED e, conseqüentemente, para a promoção do desenvolvimento nacional. Nesse último caso ainda faltaria a análise quanto à recorribilidade do subsídio concedido.

Concedido um incentivo fiscal para atrair IED que seja considerado subsídio, seja específico, não irrecorrível e não proibido (seqüências de I a IV percorridas), poderá ser tido como recorível se obedecer aos requisitos objetivos e subjetivos dos subsídios recoríveis (amarelos) que correspondem aos parágrafos 1 a 3 do artigo 6 quanto à caracterização de grave dano (seqüência V).

Da análise dos requisitos subjetivos, contidos no parágrafo 3 do artigo 6, vemos que não estão restritos a subsídios vinculados ou relativos à exportação do país que concede o subsídio. O parágrafo 3(a) do artigo 6 fala em “deslocar ou impedir a importação de produto similar produzido por outro Membro no mercado do Membro

³¹⁹ Ver item 1.4.1.2.

outorgante do subsídio”. É possível concebemos um incentivo fiscal concedido para atrair IED que faça surgir em um Estado-membro a produção de determinados produtos em território nacional, ou a aumente consideravelmente, de forma que desloque ou impeça a importação de produto similar de outro Estado-membro sem que haja motivo para refutar a alegação de grave dano, o que deixaria tal medida passível de ser contestada diante das regras do ASMC.

O requisito de recorribilidade, como pode ser visto, é bastante amplo e não cobre apenas os subsídios de exportação, apesar das exceções do parágrafo 9 do artigo 27. Embora de comprovação fática difícil, a caracterização hipotética dessa situação não é tão rara assim, pois não é incomum pensarmos numa política de desenvolvimento que estimule o surgimento de produção nacional para produtos que são importados. Como veremos nos casos DISC/FSC/ETI, quando há grandes interesses nacionais ou regionais envolvidos o acionamento dos mecanismos da OMC consegue disponibilizar meios de prova que superam as dificuldades de comprovação fática. Além disso, a omissão dos interessados em iniciar os procedimentos de acionamento não implica aceitação do subsídio que pode, anos depois de sua criação, ser acionado, o que também ocorreu nos casos DISC/FSC/ETI. O que destacamos é que essa possibilidade de acionamento de medidas compensatórias para um subsídio específico que não esteja ligado a resultados de exportação (amarelo-claro) extrapola o objetivo de proteger o comércio internacional para atingir o próprio mercado interno dos países, obstaculizando uma das mais primárias medidas para um país em desenvolvimento que é substituir as importações por produtos produzidos internamente.

Ainda tratando da recorribilidade do subsídio e seguindo a exceção do parágrafo 9 do artigo 27 do ASMC, restariam, sem impedimentos para os PED, os subsídios específicos, não vinculados a resultados de exportação (não proibidos) e que afetem o interesse comercial de outro Estado-membro da OMC em terceiro país, desde que este terceiro país (também Membro da OMC) não sofra grave dano à sua própria indústria.

Pensem em exemplos com todos os países envolvidos membros da OMC, considerando que não estão mais em vigor os subsídios irrecorribéis.

Um país em desenvolvimento P1 é consumidor da mercadoria M1 e não produz tal mercadoria, o que o obriga a importá-la do país P2. P1 resolve instituir benefício fiscal para as empresas que investirem na produção de M1, sendo que esta somente será consumida internamente. Tal benefício fiscal é um subsídio específico, pois oferecido somente para certos tipos de empresas. Não sendo M1 destinada à exportação, não pode o subsídio ser considerado proibido, mas pode ser considerado recorrível se provocar o deslocamento da importação de M1 que é produzida em P2, o que certamente ocorrerá. Nesse caso, se P2 acionar a OMC com base nas regras do ASMC, provavelmente conseguirá ver o subsídio concedido por P1 condenado e submetido a medidas compensatórias. Segundo as regras do ASMC, enquanto existir indústria produtora de M1 em qualquer país membro da OMC, P1 não poderá oferecer subsídio para a produção de M1, ainda que seja para consumo interno.

Vamos a outro exemplo, introduzindo um terceiro país.

Um país em desenvolvimento P4 identifica um mercado consumidor da mercadoria M3 no país P3 e deseja oferecer incentivo fiscal para o surgimento, em seu território, de indústria produtora de M3, sem vincular o benefício fiscal a qualquer desempenho do exportador ou exigir insumos nacionais em M3. Um outro país P5 é produtor de M3 e exportador para P3, sendo que este último não produz M3. Então, no caso, P4 ofereceu um subsídio específico para as empresas produtoras de M3, mas tal subsídio não está entre os subsídios proibidos, pois não há qualquer exigência de desempenho do exportador ou de uso de insumos nacionais. Como P4 é um PED e de acordo com a exceção existente no parágrafo 9 do artigo 27 do ASMC, o subsídio concedido por P4 não pode suscitar o acionamento de medidas compensatórias por parte de P5, ainda que as exportações de P5 sejam afetadas. Parece-nos que o caso Costa Rica – Intel pode ser enquadrado nesse exemplo. Os benefícios fiscais eram específicos para a Intel, segundo o relato do caso que consta no item 1.4.1.2.2, o que os caracteriza como subsídio específico. No entanto não havia vinculação a desempenho de exportação ou a utilização de insumos nacionais, o que afasta a possibilidade de ser considerado subsídio proibido. A Costa Rica não consumia os produtos que seriam produzidos pela Intel, portanto seriam estes destinados à exportação, o que afasta a alegação de deslocamento de importação no mercado do país que instituiu o subsídio. O deslocamento da exportação para um terceiro de um país que poderia ser alegado por um país concorrente que possuía

indústria semelhante não poderá ser suscitado, uma vez que a Costa Rica é um país em desenvolvimento que se enquadra na exceção do parágrafo 9 do artigo 27 do ASMC. Como o produto produzido pela Intel é utilizado como insumo na produção de outro produto e existe grande demanda por tais produtos, o país que importar os produtos intermediários produzidos na Intel, localizada na Costa Rica, não terá como demonstrar que sua indústria sofreu grave dano. Assim sendo, podemos concluir que o benefício fiscal concedido pela Costa Rica, embora seja um subsídio específico, não se enquadra na categoria dos subsídios proibidos (vermelhos) ou mesmo dos subsídios recoráveis (amarelos).

Com tais considerações, atingimos o objetivo proposto para esse trecho do trabalho na medida em que demonstramos que existe a possibilidade de ser instituído incentivo fiscal que vise a atrair IED, que não seja considerado subsídio a ser combatido na OMC com as regras do ASMC, bem como há medidas tributárias para atrair IED que podem ser consideradas subsídios que violam dispositivos do ASMC. Como vimos, há a possibilidade de o Brasil, como componente do grupo dos PED e na busca pelo objetivo do desenvolvimento nacional, utilizar incentivos fiscais para atrair IED, inclusive numa situação de CTI, sem que isso implique violação das regras sobre subsídios da OMC.

A propósito de tal possibilidade, veremos o exemplo da legislação sobre as Zonas de Processamento de Exportação, recentemente alterada com relação aos incentivos fiscais.

4.1.2.1. *A lei sobre as Zonas de Processamento de Exportação brasileiras*³²⁰

³²⁰ Nesse item pretendemos oferecer um exemplo concreto, extraído da legislação brasileira, de como o oferecimento de um incentivo fiscal, visando o desenvolvimento nacional, pode ser influenciado pelas normas do ASMC. Não é nosso objetivo oferecer um estudo detalhado sobre as características das zonas de processamento de exportação ou mesmo sobre as zonas francas. O que deixamos assinalado é que uma diferença marcante entre a Zona Franca de Manaus e o modelo atual das ZPE, estabelecido pela Lei 11.508/2007, é o fato de as empresas instaladas na Zona Franca de Manaus poderem vender livremente as mercadorias no mercado interno sem ter que pagar os tributos exonerados, enquanto as empresas instaladas nas ZPE podem vender apenas 20% de sua produção no mercado interno e devem pagar os tributos inicialmente suspensos. As características das ZPE brasileiras que destacamos são aquelas que interessam para a nossa análise diante do ASMC e não se referem à situação da Zona Franca de Manaus que é tratada em legislação diversa.

As Zonas de Processamento de Exportação (ZPE) são zonas industriais nas quais são oferecidos infra-estrutura, serviços e incentivos especiais para atrair IED voltado para a produção de mercadorias que serão destinadas ao comércio exterior. Tais mercadorias utilizam matéria-prima, em grande medida, importada que, depois de sofrer um processo de industrialização, resultam no produto final destinado, preferencialmente, à exportação.

As ZPE foram introduzidas no Brasil pelo o Decreto-Lei nº 2.452, de 29 de julho de 1988, durante o governo do ex-presidente José Sarney, com a finalidade de fortalecer o balanço de pagamentos, reduzir desequilíbrios regionais e promover a difusão tecnológica e o desenvolvimento econômico e social do País. O texto original do Decreto-lei permitia apenas a criação de ZPE em áreas do nordeste e da região amazônica, mas, posteriormente, com a alteração promovida pela Lei 8.396/92, foi permitida a criação de ZPE em regiões menos desenvolvidas do país, sem vinculação geográfica. Isso permitiu a autorização para criação de dezessete ZPE, no entanto nenhuma delas entrou em funcionamento.³²¹

A legislação da ZPE, tendo como um dos objetivos explícitos contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país - conforme *caput* do art. 1º do Decreto-lei 2.452/88 -, estava voltada, nitidamente, para a atração de novos IED (*greenfield investments*) e não apenas para a mudança de localização de parques industriais já existentes. Para deixar essa intenção mais clara, o texto do art. 5º do Decreto-lei 2.452/88 foi alterado, pela Lei 8.396/92, para vedar a instalação em ZPE de empresas cujos projetos evidenciem a simples transferência de plantas industriais já instaladas no País. O texto original do art. 5º prescrevia que podiam “instalar-se em ZPE empresas cujos projetos evidenciem geração de exportações efetivamente adicionais às realizadas por outras empresas fora dela e contribuam para o desenvolvimento econômico, industrial e social do País”, o que permitia a interpretação de que seria permitida para a ZPE a

³²¹ São as seguintes as ZPE já criadas: Araguaína (TO), Barcarena (PA), Cáceres (MT), Corumbá (MS), Ilhéus (BA), Imbituba (SC), Itaguaí (RJ), João Pessoa (PB), Macaíba (RN), Maracanaú (CE), N.S. do Socorro (SE), Parnaíba (PI), Rio Grande (RS), São Luís (MA), Suape (PE), Teófilo Otoni (MG) e Vila Velha (ES). Estão com a infra-estrutura iniciada as ZPE de: Araguaína (TO), Imbituba (SC), Rio Grande (RS) e Teófilo Otoni (MG) (Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.abrazpe.org.br>>. Acesso em: 03 dez. 2008).

mudança de localização de empresa já existente no país, justificando, portanto, sua alteração pela Lei 8.396/92 para vedar tal possibilidade.

Com a entrada de novos IED buscava-se para o país os efeitos positivos ao desenvolvimento nacional, especialmente para o nível de empregos. Esses efeitos podiam ter sua ocorrência constatada em outros países, pois, em termos globais, em data próxima da introdução da legislação sobre ZPE no Brasil, 1986, havia 176 ZPE em 47 países, e em 1996 já ultrapassavam 800 em cerca de 90 países, gerando mais de 20 milhões de empregos.³²² No mesmo ano de 1996, nenhuma ZPE brasileira havia sido efetivamente instalada, o que evidenciava o desinteresse dos investidores em relação às ZPE brasileiras. Nesse contexto, foi proposto o Projeto de Lei do Senado 146/96, que acabou aprovado e transformado na Lei 11.508/2007, quando o número de ZPE pelo mundo, em 2006, já totaliza 3500 em 130 países, sendo responsável por mais de 66 milhões de empregos.³²³

A Lei 11.508/2007 revogou o Decreto-lei 2.452/88 e passou a ocupar a posição de norma básica atual em relação às ZPE brasileiras. Sofreu algumas alterações, mas, na nossa análise com relação aos possíveis conflitos com o ASMC, partiremos de seu texto original e passaremos pelas alterações.

A Lei 11.508/2007 ofereceu às empresas que se instalassem em uma ZPE incentivos fiscais em relação a alguns tributos indiretos³²⁴ e ao imposto sobre a renda, conforme constavam do texto dos arts. 10 e 11.³²⁵ Percorreremos a sequência de análise

³²² Cf. INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *ILO database on export processing zones*. Genebra, abr. 2007, p. 1. Para 1986, os dados da ILO não fornecem estimativa de empregos criados pelas ZPE. Os dados consultados referem-se diretamente, entre outros anos, ao ano de 1997, o que nos levou a fornecer um dado aproximado para o ano de 1996, com o objetivo de fazer coincidir com o ano em que o projeto no Senado foi apresentado.

³²³ Cf. INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *op. cit.*, (nota 322), p. 1.

³²⁴ O termo tributo indireto está aqui empregado com o sentido dado pela nota 58 do ASMC. Assim, são considerados tributos indiretos os “tributos sobre vendas, consumo, volume de negócio, valor acrescido, franquias, selo, transmissões, estoques e equipamentos, ajustes fiscais na fronteira e todos os impostos além dos que se denominam impostos diretos e direitos de importação”.

³²⁵ Nesta nota e em outras que estão inseridas nesse item do trabalho, optamos por reproduzir alguns trechos de leis e de documentos oficiais para permitir que o leitor compreenda nossos argumentos com a confrontação dos textos citados que, em alguns casos, correspondem a dispositivos legais que foram, posteriormente, vetados e que poderiam não estar facilmente acessíveis. Confira os textos dos arts 10 e 11 da Lei 11.508/2007, conforme aprovado pelo Congresso Nacional:

“Art. 10. As importações e as exportações de bens e serviços por empresa autorizada a operar em ZPE gozarão de isenção dos seguintes tributos:

proposta no item 4.1.1. para verificarmos a situação de tais incentivos fiscais diante das regras do ASMC.

A sequência I lida com a definição de subsídio. Não há dúvida que o oferecimento de isenção em relação aos tributos indiretos do art. 10 e ao imposto sobre a renda (art.11) representa uma situação na qual “receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas”, conforme exige o parágrafo 1(a)(1)(ii) do artigo 1 do ASMC para que se configure um subsídio.

I - Imposto de Importação, independentemente do disposto no art. 17 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;

III - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins;

IV - Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - Cofins-Importação;

V - Contribuição para os Programas de Integração Social - PIS e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Pasep;

VI - Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços do Exterior - PIS/Pasep-Importação;

VII - Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante; e

VIII - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro e sobre Operações relativas a Valores Mobiliários.

Art. 11. A empresa instalada em ZPE terá o seguinte tratamento tributário em relação ao Imposto sobre a Renda:

I - com relação aos lucros auferidos, observar-se-á o disposto na legislação aplicável às demais pessoas jurídicas domiciliadas no País, vigente na data em que for firmado o compromisso de que trata o § 2º do art. 6º desta Lei, ressalvado tratamento legal mais favorável instituído posteriormente; e

II - isenção do imposto incidente sobre as remessas e os pagamentos realizados, a qualquer título, a residentes e domiciliados no exterior.

§ 1º Para fins de apuração do lucro tributável, a empresa não poderá computar, como custo ou encargo, a depreciação de bens usados adquiridos no mercado externo que não estejam acompanhados de laudos de avaliação, na forma da legislação em vigor.

§ 2º O tratamento tributário previsto neste artigo poderá ser garantido, no caso de prorrogação do prazo de autorização de funcionamento, desde que a empresa se comprometa a elevar os gastos mínimos no País (inciso III do § 2º do art. 6º), conforme dispuser o regulamento.

§ 3º A empresa instalada em ZPE estará isenta do Imposto sobre a Renda sobre os lucros auferidos durante os 5 (cinco) primeiros exercícios seguintes ao da entrada em funcionamento do projeto.

§ 4º A isenção de que trata o § 3º deste artigo vigorá pelo prazo de 10 (dez) anos no caso de instalação nas ZPE localizadas nas regiões delimitadas pelas Leis nºs 3.692, de 15 de dezembro de 1959, e 5.173, de 27 de outubro de 1966, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 31, de 11 de outubro de 1977.”

Quanto à especificidade (seqüência II), sua caracterização está presente nos art.s 1º, no *caput* do art. 5º e no *caput* do art. 18.³²⁶ Como se extrai dos textos da norma, a lei visa claramente limitar o acesso ao subsídio a apenas determinadas empresas, pois foi concebida para beneficiar empresas “voltadas para a produção de bens a serem comercializados no exterior” (parágrafo único do art.1º) que sejam oriundas de novos investimentos (art. 5º, *caput*) e que promovam a exportação de, no mínimo, 80% dos bens produzidos (art. 18, *caput*).

Deixamos de percorrer a seqüência III, pois entendemos que os subsídios irrecorríveis não estão mais em vigor.

A seqüência IV enfrenta a questão dos subsídios proibidos. Entre as hipóteses de subsídios proibidos, como vimos no item 4.1.1.3.2, estão aqueles vinculados a um desempenho do exportador, o que nos parece era exatamente o caso da Lei 11.508/2007 conforme aprovada no Congresso Nacional. O parágrafo único do art. 1º, em conjunto com o *caput* do art. 18, configura uma exigência de desempenho para o exportador. Assim, a princípio, temos configurado um subsídio proibido. Resta a confirmação com a verificação de alguns dos itens do Anexo I do ASMC.

³²⁶

Trechos da Lei 11.508/2007:

“Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a criar, nas regiões menos desenvolvidas, Zonas de Processamento de Exportação (ZPE), sujeitas ao regime jurídico instituído por esta Lei, com a finalidade de reduzir desequilíbrios regionais, bem como fortalecer o balanço de pagamentos e promover a difusão tecnológica e o desenvolvimento econômico e social do País.

Parágrafo único. As ZPE caracterizam-se como áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializadas no exterior, sendo consideradas zonas primárias para efeito de controle aduaneiro.

...

Art. 5º É vedada a instalação em ZPE de empresas cujos projetos evidenciem a simples transferência de plantas industriais já instaladas no País.

...

Art. 18. A mercadoria produzida em ZPE poderá ser introduzida para consumo, no mercado interno, desde que o valor anual da internação não seja superior a 20% (vinte por cento) do valor da respectiva produção, realizada pela mesma empresa, no ano imediatamente anterior, tendo como referencial a sua classificação na NCM.

...

§ 2º A mercadoria produzida em ZPE e introduzida para consumo no mercado interno ficará sujeita ao pagamento de tributos e encargos, conforme discriminado:

...”

Interessa-nos as alíneas (e), (g) e (h) do Anexo I.³²⁷

A alínea (e), naquilo que nos interessa, estabelece uma vedação absoluta ao incentivo fiscal (isenção, remissão ou diferimento, total ou parcial) em relação ao imposto sobre a renda, uma vez que não há tolerância a qualquer nível de incentivo fiscal em relação ao imposto sobre a renda, como existe com relação aos tributos indiretos como veremos com relação às alíneas (g) e (h).

As alíneas (g) e (h) permitem que a própria operação de exportação pode estar livre da incidência de tributos indiretos, bem como que seja concedida exoneração do tributo indireto para os bens ou serviços que tenham entrado no processo de fabricação da mercadoria a ser exportada, mas observando que a exoneração não pode ultrapassar o montante dos tributos que se refiram efetivamente aos insumos consumidos na fabricação do produto a ser exportado.

Considerando tais alíneas, portanto, podemos concluir que os incentivos concedidos pelo art. 10 da Lei 11.508/2007 estavam permitidos pelo ASMC, pois se referiam aos tributos indiretos relacionados aos insumos e à operação de exportação. No

327

Texto parcial do Anexo I do ASMC:

“(e) Isenção, remissão ou diferimento, total ou parcial, concedido especificamente em função de exportações, de impostos diretos ou impostos sociais pagos ou pagáveis por empresas industriais ou comerciais;

...

(g) A isenção ou remissão de impostos indiretos sobre a produção e a distribuição de produtos exportados, além daqueles aplicados sobre a produção e a distribuição de produto similar vendido para consumo interno.

(h) A isenção, remissão ou diferimento de impostos indiretos sobre etapas anteriores de bens ou serviços utilizados no fabrico de produtos exportados além da isenção, remissão ou diferimento de impostos indiretos equivalentes sobre etapas anteriores de bens ou serviços utilizados no fabrico de produto similar destinado ao mercado interno; desde que, porém, impostos indiretos cumulativos sobre etapas anteriores possam ser objeto de isenção, remissão ou diferimento sobre produtos destinados à exportação mesmo quando tal não se aplique a produtos similares destinados ao consumo interno, se os impostos indiretos cumulativos sobre etapas anteriores são aplicados aos insumos consumidos no fabrico do produto de exportação (levando-se em devida conta os desperdícios).⁶⁰ Este item será interpretado de acordo com as diretrizes sobre consumo de insumos no processo de produção contidas no Anexo II.”

entanto as isenções de imposto sobre a renda concedida pelo §§ 3º e 4º do art. 11 (isenção de cinco anos para todas as ZPE e de dez anos para as ZPE instaladas no nordeste e na região amazônica) configuravam a hipótese da alínea (e) do Anexo I do ASMC e, conseqüentemente, eram subsídios proibidos.

Concluimos, dessa maneira, que o texto da Lei 11.508/2007, aprovado no Congresso Nacional, concedia incentivo fiscal em relação ao imposto sobre a renda que se configurava um subsídio proibido segundo o artigo 8, com a confirmação pelo conteúdo da alínea (e) do Anexo I do ASMC.

Os arts. 10 e 11 do texto da Lei 11.508/2007, aprovados no Congresso Nacional, no entanto foram vetados pelo Presidente da República. As razões do veto não trataram da questão do subsídio proibido, mas nos interessam por convergir para outro assunto que tratamos no presente trabalho.

Como dissemos acima, sob o ponto de vista das regras do ASMC, não havia necessidade de veto ao art. 10, mas, ainda que não trate de assunto por nós enfrentado, apresentamos as razões de veto a tal artigo sinteticamente apenas para registro. O veto foi justificado³²⁸ pela presença no texto da norma da expressão “isenção” e não da expressão “suspensão de tributos”. Como a lei permite que até 20% da produção da ZPE seja vendida no mercado interno, a utilização da expressão “isenção” não iria permitir que os tributos, inicialmente exonerados, fossem cobrados no caso das mercadorias serem vendidas no mercado interno, o que geraria uma vantagem concorrencial expressiva para as empresas instaladas em ZPE em comparação com empresas instaladas em outras partes do território nacional.

³²⁸ Razões do veto presidencial ao art. 10 da Lei 11.508/2007 (Cf. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Mensagem nº 524*. 20 jul. 2007):

“A isenção de impostos e contribuições incidentes sobre importações de bens e serviços por empresa autorizada a operar em ZPE inviabiliza a cobrança desses tributos nos casos em que parte das mercadorias produzidas em ZPE seja introduzida para consumo no mercado interno, conforme autorização contida no art. 18 do projeto de lei, mesmo que haja a incidência de impostos e contribuições na internação. Nesse caso específico, como consectário da isenção prevista, estabelecer-se-ia uma vantagem competitiva para as empresas instaladas em ZPE em detrimento das demais empresas nacionais. A suspensão, diferentemente, produziria o mesmo efeito, sem, contudo, inviabilizar o necessário recolhimento dos tributos incidentes na internação. Por tais razões, a proposta de se isentar importações e exportações de bens e serviços por empresa autorizada a operar em ZPE contraria o interesse público, razão pela qual propõe-se o veto do art. 10.”

Com relação ao art. 11, que apontamos como veiculador de subsídio proibido, as razões do veto presidencial³²⁹ não enfrentaram a questão do subsídio proibido, mas referiram-se a uma peculiaridade da tributação internacional da renda sobre a qual tratamos no Capítulo II, mais especificamente no item 2.6. Tanto em relação ao imposto sobre a renda que seria retido nas remessas ou pagamentos feitos para residentes no exterior quanto nas remessas de lucros dos investidores da empresa localizada na ZPE que sejam residentes no exterior, temos a situação na qual tais rendimentos poderiam ser tributados no país da fonte – o Brasil – e no país da residência daquele que recebe o rendimento, por conta da aplicação do critério da territorialidade com universalidade para a incidência (chamado de tributação em bases universais nas razões do veto). Para afastar a dupla tributação, os países exportadores de capital, em geral, unilateralmente ou por meio de tratados, admitem o crédito do imposto efetivamente pago no país da fonte. Não havendo tributo efetivamente pago no país da fonte, não haverá crédito a ser concedido e o tributo será devido integralmente no país da residência, concretizando uma transferência de receita tributária do país da fonte para o país da residência. Tal transferência só não ocorre na presença de um tratado para evitar a dupla tributação que possua cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit*.

Embora o incentivo fiscal previsto no texto original do art. 11 da Lei 11.508/2007 fosse um subsídio proibido segundo as regras do ASMC, as razões do veto ao referido artigo não trataram disso, mas acabaram por evidenciar os fundamentos da defesa que fizemos para a inserção de cláusulas de *tax sparing* e/ou *matching credit* nos tratados assinados pelo Brasil, pois, conforme assinalado nas razões do veto ao art. 11 da Lei 11.508/2007, na ausência de tais cláusulas, a adoção de normas indutoras do

³²⁹ Razões do veto presidencial ao art. 11 da Lei 11.508/2007 (Cf. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Mensagem nº 524*. 20 jul. 2007):

“O dispositivo concede benefícios do Imposto de Renda (IR) à empresa que se instalar em Zonas de Processamento Exportação.

Cabe esclarecer inicialmente que a isenção do IR às remessas para o exterior representa, regra geral, mera transferência de recursos tributários do Tesouro brasileiro para o país de destino, haja vista que a maioria dos países que mantêm relações comerciais com o Brasil adotam o princípio da tributação em bases universais, pelo qual se permite que o IR pago no país de origem seja abatido do que for devido no de destino. Dessa forma, o benefício fiscal concedido não iria interferir no custo final da operação, pois o IR isento no Brasil seria devido no país de destino.

...”

desenvolvimento nacional – ainda que não estejam vedadas pelo acordo ASMC - teriam seus efeitos anulados pelas regras internacionais de tributação da renda.

Publicada a Lei 11.508/2007, em 23 de julho de 2007, com o veto presidencial aos arts. 10 e 11, entre outros, o Poder Executivo assumiu o compromisso de editar uma Medida Provisória que resgatasse os incentivos fiscais da maneira que entendia adequada. Para tanto, foi editada a Medida Provisória 418, de 14 de fevereiro de 2008.

Com relação aos tributos indiretos, a MP 418/2008, essencialmente, trocou a expressão “isenção” pela expressão “suspensão”, o que permite que na venda para o mercado interno as mercadorias produzidas pelas empresas instaladas nas ZPE paguem os tributos inicialmente suspensos.

Com relação ao imposto sobre a renda, o texto original da MP 418/2008 não continha incentivo fiscal.

Submetida à apreciação do Congresso Nacional, a MP 418/2008 foi convertida na Lei 11.732/2008, por meio da qual o incentivo fiscal em relação ao imposto sobre a renda foi parcialmente reinserido no art. 18-A da Lei 11.508/2007, conforme texto aprovado pelo Congresso Nacional.³³⁰

³³⁰ Texto do art. 18-A da Lei 11.508/2007 que foi inserido pelo Congresso Nacional na conversão da MP 418/2007:

“Art. 18-A. Sem prejuízo do disposto no inciso II do § 4º do art. 18 desta Lei, as pessoas jurídicas que tenham projeto aprovado para instalação em ZPE localizada nas áreas da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - Sudam ou da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - Sudene poderão, a critério dessas autarquias, fruir da isenção do imposto sobre a renda e adicionais não restituíveis, calculados com base no lucro da exploração durante os 5 (cinco) primeiros exercícios seguintes ao da entrada em funcionamento do projeto.

§ 1º O benefício previsto no caput deste artigo, após decorridos os 5 (cinco) primeiros exercícios seguintes ao da entrada em funcionamento do projeto, converte-se em redução de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto sobre a renda e adicionais não restituíveis, durante os 5 (cinco) anos seguintes.

§ 2º Estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda na Fonte à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) os lucros e dividendos pagos, entregues, empregados ou remetidos a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, quando a pessoa jurídica situada em ZPE, em relação aos lucros e dividendos beneficiados com isenção ou redução do Imposto de Renda sobre o Lucro.

§ 3º O disposto no § 2º deste artigo não se aplica se a legislação do país de residência ou domicílio do beneficiário efetivo conceder isenção, ou não tributar tais rendimentos, ou reconhecer crédito relativo ao imposto que deixou de ser pago no Brasil.

O texto do art. 18-A da Lei 11.508/2007, posteriormente vetado pelo Presidente da República, pretendia reintroduzir a isenção do imposto sobre a renda para as empresas que se instalassem em ZPE localizadas no nordeste ou na região amazônica. Para tanto, objetivando escapar dos argumentos utilizados nas razões do veto presidencial ao art. 11 da Lei 11.508/2007, o legislador, nos §§ 2º ao 10º, criou uma situação na qual o investidor na empresa localizada em tais ZPE, que fosse residente no exterior, teria o lucro ou dividendo tributado com alíquota de 25% no caso de a isenção concedida no Brasil ser anulada pela tributação do país de sua residência. Tal dispositivo normativo³³¹ em nada mudava a natureza de subsídio proibido que atribuímos ao art. 11 da Lei 11.508/2007, pois não modificava a situação da empresa, mas tratava dos sócios ou acionistas. A possibilidade de somente as empresas situadas em ZPE localizadas na região nordeste e na região amazônica desfrutarem do incentivo não retira a natureza de subsídio proibido, pois a vinculação ao desempenho de exportação foi mantido. Como vimos no item 4.1.1.3.1, o combate às desigualdades regionais podiam configurar hipóteses de subsídios

§ 4º Na hipótese do § 2º deste artigo, cabe à pessoa jurídica remetente comprovar que o país de residência ou domicílio do beneficiário efetivo do rendimento concede isenção, ou não tributa tais rendimentos, ou reconhece crédito relativo ao imposto que deixou de ser pago no Brasil.

§ 5º O disposto no § 2º deste artigo aplica-se também na hipótese de a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, controladora ou coligada da pessoa jurídica beneficiária da isenção ou redução de que trata este artigo, distribuir lucros ou dividendos contemplados pelo incentivo fiscal a beneficiário efetivo residente ou domiciliado no exterior.

§ 6º O disposto no § 5º deste artigo alcança, inclusive, o resultado positivo decorrente da aplicação do método de equivalência patrimonial, bem como as participações societárias sucessivas.

§ 7º Para fins de determinação da base de cálculo de que trata o § 2º deste artigo, quando a pessoa jurídica beneficiária da isenção ou redução do imposto de renda auferir lucros provenientes também de atividades não beneficiadas, os lucros e dividendos distribuídos deverão ser atribuídos de forma proporcional aos resultados beneficiados e não beneficiados.

§ 8º Para efeito do cálculo a que se refere o § 7º deste artigo, do valor distribuído poderá ser deduzido o valor do imposto que constituir reserva de capital por determinação legal.

§ 9º O disposto nos §§ 7º e 8º deste artigo não se aplica na hipótese de remessa, pagamento, crédito, entrega ou emprego à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida, ou esteja submetida a regime de tributação privilegiada.

§ 10. A retenção e o recolhimento do Imposto de Renda na Fonte de que trata o § 2º deste artigo deverão ser efetuados na data da ocorrência do fato gerador.”

³³¹ Não analisamos o dispositivo com relação à sua constitucionalidade, embora, a princípio, pudesse existir violação em relação ao princípio da isonomia. Como o art. 10 da Lei 9.249/95 estabelece a isenção de imposto sobre a renda incidente sobre os lucros ou dividendos pagos ou creditados a pessoa física ou jurídica, residente no país ou no exterior, o art. 18-A da Lei 11.508/2007 criaria tratamento diferenciado entre investidores residentes no exterior que estejam na situação descrita no art. 18-A e investidores residentes no Brasil e no exterior em situação distinta da descrita no mesmo artigo.

irrecorríveis, enquanto estes estiveram em vigor, mas atualmente não servem para justificar a utilização de um subsídio proibido.³³²

A Lei 11.732/2008 foi publicada, em 1º de julho de 2008, com o veto presidencial ao art. 18-A. Nas razões para o veto,³³³ mais uma vez a questão dos subsídios não foi assinalada. A justificativa do veto preferiu destacar a falta de técnica legislativa na concessão da isenção, pois o legislador pretendeu que a concessão da isenção ficasse “a critério” das autarquias responsáveis pela política de desenvolvimento do nordeste e da região amazônica, o que caracterizaria ofensa ao art. 150, § 6º da constituição federal e ao art. 176 do Código Tributário Nacional. No entanto, ainda que tal obstáculo fosse removido, permaneceria a isenção concedida em violação às regras sobre subsídios do ASMC, o que possibilitaria o acionamento do Brasil na OMC e a aplicação de medidas compensatórias que poderiam anular os efeitos positivos de tal incentivo em relação à promoção do desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais. Apesar de as ZPE serem amplamente utilizadas globalmente – a ponto de, como já anotamos, em 2006, já existirem mais de 3500 ZPE em 130 países –, a possibilidade de a legislação que dispõe sobre as ZPE ser confrontada com as regras do ASMC, podendo resultar em aplicação de medidas compensatórias vem sendo suscitada em alguns textos internacionais por pesquisadores ligados à OCDE e à OMC,³³⁴ reforçando a importância de desvendarmos as repercussões internacionais das medidas de promoção do desenvolvimento, o que almejamos estar contribuindo com a apresentação do resultado de nossas pesquisas.

³³² Atentar para o fato de não existir, para as empresas instaladas na Zona Franca de Manaus, uma exigência de desempenho de exportação, o que, como já nos referimos na nota 320, é uma diferença importante em relação ao regime da ZPE.

³³³ Razões do veto presidencial ao art. 18-A da Lei 11.508/2007 que seria inserido pela Lei 11.732/2008 (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Mensagem nº 458*. 30 jun. 2008):

“O caput do art. 18-A concede isenção de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica a empresas que tenham projeto aprovado para instalação em Zona de Processamento de Exportação localizada nas áreas das Superintendências de Desenvolvimento da Amazônia e do Nordeste - Sudam e Sudene, respectivamente. Ao autorizar a concessão discricionária dessa isenção diretamente pelas Superintendências, sem a fixação em lei das condições e requisitos que devem nortear sua decisão, o referido dispositivo contraria o disposto no art. 150, § 6º, da Constituição Federal e no art. 176 do Código Tributário Nacional, ensejando o pedido de veto.”

³³⁴ Cf. ENGMAN, Michael; ONODERA, Osamu; PINALI, Enrico. Export processing zones: past and future role in trade and development. *OECD Trade Policy Working Paper n. 53*. TD/TC/WP(2006)39/FINAL, mai. 2007, p. 45-6; KECK, Alexander; LOW, Patrick. Special and differential treatment in the WTO: Why, when and how? *World Trade Organization. Economic Research and Statistics Division: Staff Working Paper ERSD-2004-03*, mai. 2004, p. 19-20. Sobre ZPE ver também: WORLD BANK. *Special economic zones: performance, lessons learned, and implications for zone development*. Washington: World Bank, 2008.

Apresentado esse exemplo brasileiro recente de como as regras do ASMC podem estar relacionadas com medidas que tenham por objetivo a promoção do desenvolvimento, relataremos, a seguir, os casos DISC/FSC/ETI que envolvem disputas comerciais entre EUA e a Comunidade Européia as quais vêm sendo travadas, há mais de 35 anos, e que ilustram como a tributação internacional vem sendo tratada nos painéis sobre subsídios da OMC.

4.2. OS CASOS DISC/FSC/ETI³³⁵ E SUAS RELAÇÕES COM A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Nosso objetivo, nessa parte, não é detalhar a aplicação da legislação do GATT/OMC com relação a subsídios e sim conhecer o desenrolar da disputa entre EUA e Comunidade Européia e sua intensa relação com temas tributários que podem ser visualizados dentro do contexto de uma espécie de competição tributária internacional.

Vamos notar que os casos não tratam diretamente de uma discussão sobre CTI para atrair IED, mas sobre CTI para manter o investimento doméstico. Como veremos, a atuação dos EUA visava manter a competitividade das empresas norte-americanas no comércio internacional, o que equivale a uma disputa pela manutenção do investimento doméstico, ou seja, uma disputa que se encaixa em nossa definição de CTI, na medida em que os EUA, ao introduzirem incentivos para os exportadores, tentaram estimular empresas a não só manterem algum elemento de conexão com sua jurisdição como também manter sua presença física no território norte-americano de modo a preservar os efeitos positivos de tal presença na economia. Os casos servem, também, para ilustrar outro assunto que interessa ao último capítulo do trabalho que tratará de cooperação tributária internacional: a atuação do GATT/OMC em questões tributárias.

³³⁵ Para obter uma lista de autores internacionais que já trataram do caso FSC/ETI, ver: MCDANIEL, Paul R. *Trade Agreements and Income Taxation: Interactions, Conflicts, and Resolutions*. Boston College of Law. Research paper series 09. fev. 2004, p. 3. Além desses, encontramos outro relato dos casos DISC/FSC em: LUJA, Raymond. H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on state aids, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003, p. 148-66.

4.2.1. O caso DISC

O chamado caso DISC refere-se à controvérsia diante das regras do GATT/1947, entre EUA e a Comunidade Européia, sobre a legislação norte-americana, instituída em 1972, que concedia benefícios tributários para algumas empresas – as DISC (*Domestic International Sales Corporation*). Tais empresas tinham sua existência ligada primordialmente à exportação, o que suscitou o questionamento dos países europeus sobre a ofensa que tais benefícios tributários representavam contra o artigo XVI do GATT.³³⁶

A legislação DISC surgiu nos EUA no contexto de uma deterioração da posição da balança de pagamentos e da balança comercial dos EUA no final dos anos 60 e início dos anos 70. Em agosto de 1971, os EUA reagiram à crise com um conjunto de medidas de grande impacto internacional. Uma delas foi o abandono do padrão ouro para o dólar. A legislação DISC era outra das medidas adotadas nesse contexto, embora um ano antes o secretário do Tesouro já houvesse proposto a legislação DISC no bojo de medidas de reforma tributária, mas, na ocasião, tais medidas não passaram no Senado.³³⁷

A legislação DISC tinha como objetivo encorajar exportadores a manterem ou aumentarem seus investimentos em território norte-americano com uma diminuição do imposto sobre a renda obtida com essa atividade. Para tanto, a lei permitia que os exportadores vendessem as mercadorias que seriam exportadas para uma empresa, a DISC, e esta revendia as mercadorias para o importador no exterior. Esta operação resultava em economia de impostos para a empresa exportadora que havia constituído uma DISC.

Uma DISC deveria ter 95% da renda bruta advinda de recebimentos por exportação e 95% de seus ativos qualificados como ativos empregados na exportação. Uma

³³⁶ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *United States Tax Legislation (DISC). Report of the Panel*. L/4422. 02 nov. 1976, p. 2-4.

³³⁷ Cf. HUDEC, Robert E. *The DISC case*. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecdisc.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2008, p. 2.

metade dos lucros da DISC era distribuída aos acionistas desta e tributada como dividendos. A outra metade ficaria retida na DISC e só seria tributada quando: (i) houvesse distribuição de lucros; (ii) a DISC fosse liquidada; (c) o acionista vendesse suas ações; (iv) a empresa deixasse de ser considerada uma DISC. Esse diferimento não trazia qualquer ônus para a empresa, pois não eram cobrados juros por conta disso. Ademais, foram criadas regras especiais de controle de preços praticados entre empresas do mesmo grupo no caso que envolvesse uma DISC.³³⁸ O lucro atribuído a uma DISC não poderia ultrapassar 50% da soma do lucro da DISC e da companhia-mãe ou 4% da soma de suas receitas com exportação. Assim, se metade do lucro da DISC tinha a tributação diferida, 25% do lucro da operação de exportação ficava sem tributação.³³⁹ Uma outra característica da legislação DISC era a de não exigir que tais empresas apresentassem declarações ao fisco norte-americano separadamente das empresas-mãe.³⁴⁰ Na prática, uma DISC era uma empresa doméstica ligada a uma empresa-mãe, mas que existia apenas no papel, sem ativos, empregados ou qualquer função comercial, cujo único objetivo era proporcionar a economia de impostos.³⁴¹

4.2.1.1. *A formação do painel*

A reação européia à legislação DISC foi imediata. Com a entrada em vigor, em janeiro de 1972, das novas regras, em 04 de fevereiro do mesmo ano a Comunidade Européia deu o primeiro passo para o procedimento futuro no âmbito do GATT. Foi apresentado aos EUA um pedido de consulta bilateral em conformidade com o artigo XXIII:1 com o argumento de que havia violação ao artigo XVI:4 do GATT.³⁴²

³³⁸ Cf. HUDEC, *op. cit.*, (nota 337). p. 2.

³³⁹ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *op. cit.*, (nota 336), p. 2.

³⁴⁰ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations"*. Report of the panel. WT/DS108/R. 8 out. 1999, p. 56.

³⁴¹ Cf. HUDEC, *op. cit.*, (nota 337). p. 2.

³⁴² Segue trecho do texto do artigo XVI:4 do GATT: “Artigo XVI (...) 4. Além disso, a partir de 1º de janeiro de 1958, ou o mais cedo possível depois desta data, as partes contratantes cessarão de conceder direta ou indiretamente qualquer subvenção, de qualquer natureza que ela seja, à exportação de todo produto que não seja produto de base, que tenha por resultado de reduzir o preço de venda na exportação deste produto abaixo de preço comparável cobrado aos consumidores do mercado interno para o produto similar.(...)”. Confira o

Reagindo ao pedido dos europeus, em maio os EUA apresentaram um pedido de consulta diante da Bélgica, França e Holanda, alegando que a territorialidade pura, adotada por aqueles países, representava um benefício às empresas européias similar ao concedido pela legislação das DISC.³⁴³

As consultas bilaterais, realizadas em julho de 1972, não produziram qualquer solução e, em maio de 1973, a Comunidade Européia apresentou às Partes Contratantes do GATT um pedido para que declarasse que a legislação DISC violava as regras do artigo XVI:4 do GATT. No mesmo mês, os EUA apresentaram pedido similar em relação à Bélgica, França e Holanda.³⁴⁴

Inicialmente, os EUA tentaram evitar a formação do painel, mas depois insistiram que os quatro pedidos fossem tratados em um único painel, o que era recusado pelos europeus. Somente em fevereiro de 1976, os membros do painel foram nomeados após um acordo para que os pedidos fossem tratados em quatro painéis separados, mas com seus cinco membros coincidentes. Os membros nomeados eram três diplomatas do GATT e dois professores de finanças públicas, um *da London School of Economics* e outro da Universidade de Turim.³⁴⁵

4.2.1.2. O argumento dos EUA

O argumento dos EUA em defesa da legislação das DISC era que esta servia para corrigir uma distorção já existente e não criava uma nova distorção no

texto do artigo XVI:4 e do artigo XXIII:1 em MERCADANTE, Araminta de Azevedo (org.). *Consolidação das normas do GATT 47, GATT 94 e OMC*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 141 e 169-70.

³⁴³ Cf. HUDEC, *op. cit.*, (nota 337), p. 12.

³⁴⁴ Cf. HUDEC, *op. cit.*, (nota 337), p. 15.

³⁴⁵ Os membros indicados foram: L. J. Mariadson, diplomata do Sri Lanka, como presidente; W. J. Falconer, diplomata da Nova Zelândia; T. Gabrielsson, diplomata da Suécia; Francesco Forte, professor da Universidade de Turim; e Allan Prest, professor da *London School of Economics* (Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Minutes of meeting held in the Palais des Nations, Geneva, on 17 February 1976*. C/M/112, 05 mar. 1976, p. 16).

comércio internacional.³⁴⁶ Para entender tal argumento é preciso que recordemos como funcionava a tributação da renda obtida no exterior, na época da edição da legislação DISC, tanto nos EUA como em alguns países da Europa.

Desde 1913, os EUA tributam as empresas e seus acionistas separadamente, sendo que as empresas domésticas são tributadas pela renda mundial, ou seja, utilizando a universalidade para a incidência sobre a renda. A partir de 1924³⁴⁷ passaram a ser aplicadas regras para controlar os preços praticados nas transferências entre empresas do mesmo grupo seguindo o princípio *arm's length*.³⁴⁸ Após a edição da legislação que criou a *Subpart F*, em 1962, a renda obtida por acionistas de empresas constituídas fora dos EUA, que até então não era tributada até que ocorresse a efetiva distribuição dos lucros, passa a sofrer a incidência imediata do imposto sobre a renda norte-americano. Então, até 1962, a transferência de renda de uma empresa residente nos EUA para outra do mesmo grupo, situada em um país de baixa tributação, já encontrava obstáculo na aplicação das regras de preços de transferência baseadas no princípio *arm's length*. No entanto, caso uma empresa constituída no exterior escapasse a tais regras, poderia evitar a tributação da renda gerada no exterior se não remetesse o lucro para os EUA. Após a edição da *Subpart F* essa alternativa passou a não existir, pois a tributação passou a ser independente da remessa em alguns casos.³⁴⁹ Conforme anotado por João Francisco Bianco, essa legislação dos EUA foi a primeira a introduzir a tributação imediata dos lucros auferidos por empresas no exterior, o que é normalmente chamado de legislação das *Controlled Foreign Companies* (CFC). A legislação norte-americana das CFC determinava que seria ilícito o diferimento da tributação da renda de pessoas jurídicas controladas por sócios norte-americanos, localizadas em países de tributação favorecida, que realizassem operações com partes relacionadas, auferindo rendas passivas.³⁵⁰

³⁴⁶ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *op. cit.*, (nota 336), p. 9.

³⁴⁷ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *op. cit.*, (nota 336), p. 2.

³⁴⁸ Para consultar um estudo sobre o princípio *arm's length*, ver: SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 224), p. 22-43. O autor adota o entendimento da OCDE no sentido de compreender o princípio *arm's length* como a necessidade de “tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único. Devendo tratá-los como entidades separadas (...), a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo”. Daí ser um preço *arm's length* “aquele que teria sido acordado entre partes não relacionadas, envolvidas nas mesmas transações ou em transações similares, nas mesmas condições ou em condições semelhantes, no mercado aberto”(Cf. SCHOUERI, *op. cit.*, (nota 224), p. 27 e 293).

³⁴⁹ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *op. cit.*, (nota 336), p. 2.

³⁵⁰ Cf. BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 28-9.

Segundo o argumento dos EUA, alguns países europeus, notadamente Bélgica, França e Holanda, isentavam de tributação a renda obtida no exterior e não mantinham uma obediência estrita ao princípio *arm's length* para controlar os preços de transferência. Isso permitia que as empresas constituíssem subsidiárias ou filiais em países de baixa tributação, transferissem parcela considerável de sua renda para aquelas subsidiárias ou filiais, resultando na sujeição a uma menor tributação. A partir de 1962, portanto, ainda segundo o argumento norte-americano, as empresas daquele país passaram a ficar em desvantagem em relação às empresas situadas em países que adotavam a territorialidade pura.³⁵¹

Em síntese, argumentaram os norte-americanos que a territorialidade com universalidade (universalidade para a incidência) e a transparência fiscal³⁵² a que estavam submetidas as empresas de seu país representavam uma larga desvantagem em relação às empresas européias submetidas à territorialidade pura ou restrita, sem controle de preços de transferência, baseado no princípio *arm's length*. Tal desvantagem justificaria a implantação do regime das DISC.

4.2.1.3. O argumento da Comunidade Européia

Os países europeus alegaram que a adoção da territorialidade pura ou o método da isenção da renda obtida no exterior era uma forma de evitar a bitributação internacional da renda. Era uma opção européia, de maneira similar à opção norte-americana para evitar a bitributação internacional da renda por meio do método do crédito. A não-obediência estrita ao princípio *arm's length* foi negada pelos europeus.³⁵³

³⁵¹ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *op. cit.*, (nota 336), p. 9.

³⁵² Transparência fiscal internacional é o regime de tributação das *Controlled Foreign Companies* (CFC) no qual “ocorre a atribuição de determinadas classes de rendimentos, auferidos por sociedade controlada não residente, aos seus sócios residentes, desde que atendidas certas condições, com o objetivo de evitar que a simples interposição de sociedades no exterior, entre os contribuintes e a fonte produtora de rendimentos, possa afastar a plena aplicação do regime de tributação da renda em bases universais” (Cf. BIANCO, *op. cit.*, (nota 350), p. 21).

³⁵³ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *op. cit.*, (nota 336), p. 10.

Conforme anotado por Robert E. Hudec, de fato, a legislação das DISC optou por criar um ambiente doméstico artificial de baixa tributação de maneira similar ao existente em um paraíso fiscal, ao invés de isentar a renda obtida no exterior.³⁵⁴

4.2.1.4. *Principais conclusões do painel DISC e dos painéis contra Bélgica, França e Holanda*

Depois de formado o painel, foram realizadas três reuniões até o encerramento dos trabalhos em novembro de 1976. O painel contra a legislação DISC concluiu que foram concedidos benefícios relevantes pela legislação os quais estavam estritamente relacionados a aumentos na exportação, o que resultava em violação da obrigação dos EUA diante dos Estados-partes, conforme artigos XVI:1 e XVI:4 do GATT. A alegação de que a legislação DISC foi criada para corrigir uma distorção já existente, em virtude da adoção da territorialidade pura por alguns países europeus, foi afastada com o argumento de que uma nova distorção não pode ser criada para tentar corrigir outra eventualmente já existente. O relatório do painel destacou que o caminho para corrigir uma distorção ao comércio, eventualmente existente, teriam sido os mecanismos previstos no GATT.³⁵⁵

O relatório do painel apontou, baseado em dados oficiais obtidos dos EUA, que a legislação DISC deu grande incentivo ao setor exportador dos EUA. Nesse sentido, o painel apurou que três meses depois de editada a legislação já haviam sido criadas 1.136 empresas DISC, chegando ao final de 1972 com 3.439 empresas. Em 1975, já podiam ser encontradas 8.258 empresas identificadas como DISC, sendo que muitas empresas norte-americanas possuíam mais de uma DISC ligada ao grupo. Esse crescente número de empresas DISC resultou, em 1974, na criação de 230.000 empregos com 70% da exportação norte-americana feita por meio de empresas DISC.³⁵⁶

³⁵⁴ Cf. HUDEC, *op. cit.*, (nota 337), p. 5.

³⁵⁵ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *op. cit.*, (nota 336), p. 15-7.

³⁵⁶ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *op. cit.*, (nota 336), p. 3-4.

Os três painéis contra Bélgica, França e Holanda concluíram, em síntese, que a adoção da territorialidade pura, embora estivesse relacionada a um princípio de tributação internacional, representava um subsídio à exportação e estava em confronto com o artigo XVI:4. Os efeitos de tal subsídio podiam ser ainda mais significativos no caso de não ocorrer a total observância do princípio *arm's length* no controle dos preços de transferência, o que, de fato, foi observado nesses países.³⁵⁷

Os relatórios dos painéis foram analisados em seis encontros do Conselho do GATT entre 1976 e 1978. Os cinco primeiros terminaram em total impasse, pois os EUA só admitiam aceitar a conclusão do relatório do painel sobre a legislação DISC se os relatórios dos painéis sobre a territorialidade pura fossem aceitos ao mesmo tempo. A partir da quinta reunião, foi surgindo um consenso entre os demais Estados-partes, principalmente entre os países desenvolvidos, de que o relatório contra a legislação DISC deveria ser aceito, ao passo que os outros três relatórios deveriam ser objeto de maior reflexão.³⁵⁸

Esse consenso levou os EUA a concordarem com a adoção de um Entendimento, em 1981, que declarava que “os processos econômicos (incluindo bens exportados), localizados fora dos limites territoriais do país exportador, não precisavam estar sujeitos à tributação pelo país exportador”. O Entendimento acrescentou que o art. XVI:4 exigia que o princípio *arm's length* fosse estritamente observado, mas, por outro lado, não proibia a adoção de medidas para evitar a bitributação internacional.³⁵⁹ Esse entendimento pretendeu pôr um fim na disputa, mas, meses depois, os EUA passaram a divulgar a sua interpretação sobre o Entendimento no sentido de admitir que o art. XVI:4 do GATT não exigia dos governos que tributassem qualquer renda de exportação mais do que seria tributado em um sistema de territorialidade pura. Essa posição confrontava com a posição dos demais Estados-partes, pois estes concluíram que votaram no Entendimento de

³⁵⁷ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Income tax practices maintained by France. Report of the Panel.* L/4423. 02 nov. 1976; GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Income tax practices maintained by Belgium. Report of the Panel.* L/4424. 02 nov. 1976; GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Income tax practices maintained by The Netherlands. Report of the Panel.* L/4425. 02 nov. 1976.

³⁵⁸ Cf. HUDEC, *op. cit.*, (nota 337), p. 39-41.

³⁵⁹ Cf. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Tax legislation.* L/5271. 18 dec. 1981, p. 1. O trecho citado é uma tradução livre de “...economic processes (including transactions involving exported goods) located outside the territorial limits of the exporting country need not be subject to taxation by the exporting country...”.

1981 para afastar a ilegalidade do sistema de territorialidade pura, mas não a ilegalidade da legislação DISC. Isso aumentou o isolamento dos EUA nas reuniões do GATT e passou a impedir que qualquer pretensão norte-americana de ver obedecido regime legal do GATT fosse levada adiante. O impasse prosseguiu até que, em julho de 1984, os EUA anunciaram que a legislação DISC havia sido substituída pela legislação das *Foreign Sales Corporation* (FSC).³⁶⁰

4.2.2. O caso das *Foreign Sales Corporation* (FSC)³⁶¹

Uma *Foreign Sales Corporation* (FSC) era uma empresa criada, organizada e mantida num país fora do território dos EUA, ou numa possessão norte-americana, por empresas situadas nos EUA que eram indústrias, exportadores intermediários e grupos de exportadores. Geralmente, as FSC foram constituídas em paraísos fiscais, sendo que 66% estavam localizadas nas Ilhas Virgens americanas e outra parcela considerável em Barbados.³⁶² A renda da FSC, que normalmente deveria ser tributada pela empresa-mãe devido à territorialidade com universalidade do sistema norte-americano (universalidade para a incidência), desfrutava de isenção do imposto norte-americano com relação às suas receitas obtidas na exportação para terceiros países de produtos que haviam sido produzidos nos EUA com, no máximo, 50% de partes importadas. Outra regra que beneficiava as FSC era a que determinava que o controle de preços de transferência não seria feito com base no princípio *arm's length*, mas em regras especiais que fixavam previamente a renda atribuída à FSC e à empresa-mãe. Somava-se a isso a determinação de não aplicar a *Subpart F* para as FSC, ou seja, de não aplicar as regras de transparência fiscal para as FSC.³⁶³

³⁶⁰ Cf. HUDEC, *op. cit.*, (nota 337), p. 47-50.

³⁶¹ A cronologia do caso FSC e a relação de todos os documentos que trazem informações sobre o caso podem ser encontradas no relatório anual do órgão de Apelação da OMC (WORLD TRADE ORGANIZATION. *Dispute Settlement Body. Annual Report (2008). Overview of the State of Play of WTO Disputes. Addendum.* WT/DSB/47/Add.1. 08 dec. 2008).

³⁶² Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 38.

³⁶³ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 2-3.

4.2.2.1. *A formação do painel*

Em novembro de 1997, treze anos depois da entrada em vigor da legislação das FSC e já com o regime de subsídios regrado pelo ASMC, a Comunidade Européia fez um pedido de consultas aos EUA sobre o assunto. Após três reuniões, em dezembro de 1997, fevereiro de 1998 e abril de 1998, não foi encontrada uma solução satisfatória para a questão e um pedido de abertura de Painel foi feito em julho e aceito em setembro do mesmo ano. A indicação dos membros do Painel foi aceita pelas partes em novembro do mesmo ano.³⁶⁴ O painel manteve duas reuniões com as partes diretamente interessadas e uma reunião com os terceiros interessados, nos meses de fevereiro e março de 1999, até concluir os trabalhos com a entrega do relatório em outubro daquele ano.³⁶⁵

4.2.2.2. *O argumento dos EUA*

OS EUA insistiram que a legislação FSC apenas incorporava na tributação norte-americana características do sistema de territorialidade pura utilizada por alguns países europeus e que havia sido aceito pelos Estados-partes do GATT no Entendimento de 1981³⁶⁶ como solução para as controvérsias tratadas nos painéis que envolverem de um lado alguns países europeus – Bélgica, França e Holanda – e de outro lado os EUA (Caso DISC). Ou seja, o Congresso Norte-americano pretendeu ajustar os benefícios concedidos pela legislação das DISC para caracterizar que os processos econômicos ocorridos no exterior não estavam sendo tributados como entendiam ter sido o

³⁶⁴ Foram indicados três membros, sendo: um diplomata da Nova Zelândia para presidir o painel, Crawford Falconer; um diplomata suíço, Didier Chambovey; e um professor de direito sul coreano com mestrado em Harvard e professor visitante na Yale University, Seung Wha Chang.

³⁶⁵ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 01.

³⁶⁶ Como visto no caso DISC, entre os pontos do Entendimento de 1981 constava que “os processos econômicos (incluindo bens exportados) localizados fora dos limites territoriais do país exportador não precisavam estar sujeitos à tributação pelo país exportador”.

resultado do referido Entendimento. Destacaram que a OMC não deveria penalizar um país que usa o sistema de territorialidade com universalidade por incorporar características da territorialidade pura.³⁶⁷

4.2.2.3. O argumento da Comunidade Européia

O argumento apresentado pela Comunidade Européia apontava para violação ao artigo 3 do ASMC, ou seja, que a legislação das FSC concedia benefícios que constituíam subsídios proibidos, pois estavam vinculados ao desempenho de exportação (artigo 3.1(a)) e/ou continham exigências de uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros (artigo 3.1(b)).³⁶⁸ Para os europeus, a legislação das FSC tinha o mesmo efeito da legislação DISC já declarada inconsistente com as regras do GATT. Isso ocorria, pois, mesmo sendo as FSC empresas sediadas no exterior - ao contrário das DISC que eram empresas constituídas e sediadas nos EUA -, o custo de criação e manutenção de uma FSC era estimado em US\$ 2.000 por ano, o que, na prática, tinha pouca diferença em relação à situação das DISC que eram constituídas no próprio território norte-americano.³⁶⁹

4.2.2.4. Principais conclusões do painel FSC

Entre as conclusões do painel, destacamos a que se refere à questão da adoção do sistema de territorialidade pura e territorialidade com universalidade (universalidade para a incidência). O painel concluiu que nem a OMC ou o ASMC podem estabelecer qual sistema tributário um Estado-parte deve adotar, ficando os países livres

³⁶⁷ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 53-5.

³⁶⁸ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 3-4.

³⁶⁹ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 46.

para adotarem a territorialidade pura, territorialidade com universalidade ou qualquer outro.³⁷⁰ No entanto, de acordo com o artigo 1.1(a)(1) do ASMC, a definição de subsídio exige que seja analisado se as medidas em disputa permitem que receitas tributárias normalmente devidas (“*otherwise due*”) deixam de ser recolhidas. Diante disso, o cerne da questão passa a ser se, ausentes as medidas questionadas, haveria uma maior carga de tributos, o que foi denominado de “*but for test*”. Ao fazer tal análise, o painel concluiu que, na ausência da legislação das FSC, as empresas exportadoras estariam sujeitas a uma carga tributária maior, o que permitia o enquadramento do caso no artigo 1.1(a)(1) do ASMC.³⁷¹ A conclusão do painel, nessa questão, apontou que os Estados-partes estão livres para adotar qualquer sistema de tributação internacional da renda – territorialidade pura ou territorialidade com universalidade -, mas tendo adotado um sistema, não podem criar exceções, pois estas serão consideradas subsídios. Para o Painel, a situação da legislação FSC seria equivalente àquela na qual houvesse a instituição de um imposto sobre a renda das empresas com alíquota de 75%, mas que as empresas exportadoras ficassem submetidas a uma alíquota de 25%, uma vez que os demais Estados- partes adotam tal alíquota.³⁷²

Após considerar que a legislação das FSC concedia benefícios fiscais que se encaixavam na definição de subsídio, o painel constatou que se tratava de subsídios proibidos por estarem relacionados com o desempenho do exportador. Alguns dados presentes no relatório os quais foram extraídos de documentos obtidos nos EUA levaram a tal conclusão. O número de FSC, que em 1987 era de 2.613, cresceu para 3.073 em 1992, 5.000 em 1997 e ultrapassou 6.000 em 1999. Isso proporcionou um ganho de exportação para as empresas norte-americanas de 20 bilhões de dólares desde sua criação.³⁷³

Um dos trechos do relatório do painel mais relevantes para o direito tributário internacional é aquele em que é assinalado que “...certas regras da OMC têm implicações em práticas tributárias específicas de um Estado-parte. Na área de subsídios, está claro que, de acordo com o artigo 1 do ASMC, medidas tributárias de um Estado-parte podem ser caracterizadas como subsídios sujeitos à disciplina do referido acordo”.³⁷⁴ Esse conteúdo da decisão do painel destaca a estreita relação entre a estrutura de tributação e as

³⁷⁰ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 282.

³⁷¹ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 258-9 e 275.

³⁷² Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 282.

³⁷³ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 45-6.

regras sobre subsídios da OMC, reforçando a idéia de que a atuação dos países, num cenário de CTI para atrair IED, não pode ignorar as consequências diante dos compromissos assumidos no âmbito do regime multilateral do comércio internacional.

4.2.2.5. O recurso dos EUA e a decisão do Órgão de Apelação

Os EUA recorreram de imediato ao Órgão de Apelação repetindo os argumentos apresentados no painel. A decisão da apelação norte-americana foi emitida em fevereiro e adotada em março de 2000 pelo órgão de Apelação da OMC, confirmando as principais conclusões do painel. Destacamos que a decisão do Órgão de Apelação ressaltou que não analisava, em tese, se um sistema de territorialidade pura ou territorialidade com universalidade estava ou não em consonância com as regras da OMC, mas tratava de um caso concreto. Foi reafirmado que um Estado-parte é livre para escolher seu sistema tributário, mas uma vez escolhido não pode criar exceções de forma a caracterizar benefícios fiscais que violem os compromissos assumidos nos acordos da OMC.³⁷⁵

Mesmo não concordando com os méritos técnicos dos relatórios do painel e do órgão de apelação, os EUA assumiram que iriam tomar medidas que permitissem não deixar os exportadores norte-americanos em desvantagem, mas, ao mesmo tempo, estivessem de acordo com as regras da OMC.³⁷⁶

Em visto disso, foi editada a legislação norte-americana que criava a noção de renda extraterritorial - *Extra Territorial Income* (ETI).

³⁷⁴ Tradução livre de "...certain WTO rules do have implications for specific tax practices of Members. In the area of subsidies, it is clear from Article 1 of the SCM Agreement itself that tax measures of a WTO Member may give rise to subsidies subject to the disciplines of the SCM Agreement" (Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 282).

³⁷⁵ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations"*. Report of the Appellate Body. WT/DS108/AB/R. 24. fev. 2000, p. 60.

³⁷⁶ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Dispute Settlement Body - Minutes of Meeting - Held in the Centre William Rappard on 7 April 2000*. WT/DSB/M/78. 12. mai. 2000, p. 5.

4.2.3. A substituição da legislação das FSC pela legislação sobre *Extraterritorial Income* (ETI)

Em 15 de novembro de 2000, foi editada a legislação que revogava os benefícios das FSC e criava a noção de *Extraterritorial Income* (ETI) denominada *FSC Repeal and Extraterritorial Income Exclusion Act of 2000*. Por meio dessa legislação, um contribuinte norte-americano poderia excluir da tributação certos tipos de renda que fossem consideradas rendas extraterritoriais (*extraterritorial income*). A renda extraterritorial foi definida como a renda bruta de um contribuinte atribuível a recebimentos brutos relacionados ao comércio exterior. Essa renda deveria estar relacionada a bens produzidos dentro ou fora dos EUA, mas vendidos para terceiro país; e não mais de 50% do valor dos produtos comercializados poderiam ser agregados fora dos EUA.³⁷⁷

A Comunidade Européia reagiu rapidamente e dois dias depois de editada a legislação já iniciou consultas com os EUA sobre o assunto, que, como esperado, resultaram infrutíferas. Diante disso, em dezembro de 2000, a Comunidade Européia requereu ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC o estabelecimento de novo painel para analisar a conformidade da legislação norte-americana com as regras do ASMC. O painel foi estabelecido com os mesmos componentes do painel original que tratou do caso FSC.³⁷⁸

4.2.3.1. Principais argumentos das partes e decisões do painel e do órgão de apelação quanto à legislação ETI

³⁷⁷ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities*. WT/DS108/RW. 20 ago. 2001, p. 2-5.

³⁷⁸ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 377), p. 2-5.

Novamente, um dos principais argumentos dos EUA, em defesa da legislação ETI, foi afirmar que se tratava de uma forma de evitar a bitributação internacional da renda de maneira equivalente ao que um sistema de territorialidade pura fazia e que, portanto, estaria de acordo com a nota de rodapé 59 do ASMC.³⁷⁹

Os europeus insistiram que os EUA não precisavam da legislação ETI para evitar a bitributação internacional, pois já utilizavam um sistema de crédito que resultava no alívio da bitributação. Além disso, o conceito de renda extraterritorial não se limitava à renda de fontes no exterior, mas permitia excluir rendas de fontes norte-americanas que estivessem relacionadas à exportação.³⁸⁰

Em relatório emitido em 20 de agosto de 2001, o painel decidiu que a legislação ETI não poderia ser considerada uma legislação que visava eliminar a bitributação internacional, pois cobria só um conjunto de rendas que pudessem ser enquadradas dentro dos requisitos de renda extraterritorial e não seria necessária para tal finalidade, pois havia dispositivos na legislação norte-americana e uma rede de tratados bilaterais que já podiam alcançar tal objetivo.³⁸¹ Considerando esses e outros argumentos, a legislação ETI foi considerada violação às normas do ASMC.

Os EUA recorreram ao órgão de Apelação em 22 de outubro de 2001. O relatório do órgão de Apelação foi emitido em 14 de janeiro de 2002, tendo dedicado uma parte considerável de sua análise às questões que envolvem o direito tributário internacional para demonstrar que a legislação ETI não era simplesmente uma maneira de promover uma equiparação a um sistema de territorialidade pura, pois admitia que 15% das rendas geradas dentro dos EUA, que obedecessem ao que era chamado de requisito do processo econômico externo, fossem excluídas da tributação.³⁸²

³⁷⁹ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 377), p. 37. A nota de rodapé 59 explica uns dos itens da Lista Ilustrativa de Subsídios à Exportação que consta do Anexo I do ASMC. O item (e) comentado pela nota enumera uns dos subsídios: “(e) Isenção, remissão ou diferimento, total ou parcial, concedido especificamente em função de exportações, de impostos diretos ou impostos sociais pagos ou pagáveis por empresas industriais ou comerciais;”. O trecho da nota de rodapé 59 referenciado no argumento norte-americano é o seguinte: “o parágrafo (e) não tem por finalidade impedir um Membro de tomar medidas para evitar dupla tributação sobre ganhos de fonte situada no estrangeiro por suas empresas ou pelas empresas de outro Membro”.

³⁸⁰ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION, *op. cit.*, (nota 377), p. 38-9.

³⁸¹ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION, *op. cit.*, (nota 377), p. 46.

³⁸² Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for “Foreign Sales Corporations”. Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities. Report of the Appellate*

4.2.3.2. A retaliação autorizada

Enquanto caminhava o recurso da Comunidade Européia a respeito da legislação ETI, os EUA solicitaram, em 27 de novembro de 2000, que o montante das retaliações a serem aplicadas pela Comunidade Européia, relacionadas com o caso FSC original, fosse decidido em uma arbitragem, pois discordavam do valor proposto pelos europeus. Como árbitros foram nomeados os mesmos componentes do painel FSC, mas, em vista da solicitação de painel sobre a legislação ETI, a arbitragem para determinar o montante de retaliações do caso FSC foi suspensa em 21 de dezembro de 2000 até que relatório do painel ETI e, eventualmente, do Órgão de Apelação fosse emitido, o que, de fato, ocorreu em janeiro de 2002. Superado o motivo da suspensão, os árbitros emitiram o relatório em agosto de 2002, concluindo que não era possível calcular o exato valor do subsídio a ser compensado, mas entenderam ser razoável o pedido feito pela Comunidade Européia no sentido de o montante de subsídio para o ano de 2000 ser estabelecido em 4,03 bilhões de dólares³⁸³, sendo que esse valor seria compensado com o aumento dos tributos nas importações oriundas dos EUA. A pedido da Comunidade Européia tal compensação seria aplicada sobre diversos produtos, mas o volume mais significativo do montante de retaliação atingiria derivados do trigo, produtos ligados à energia nuclear, produtos da indústria de materiais elétricos, produtos da indústria de couro e peles, e produtos relacionados com a indústria de papel.³⁸⁴

As medidas de retaliação entraram em vigor em março de 2004, mas foram suspensas, em 31 de janeiro de 2005, até que o relatório do painel sobre a legislação que havia revogado o *ETI Act* - o *Jobs Act* - fosse analisado pelo Órgão de Apelação. Caso

Body. WT/DS108/AB/RW. 14 jan. 2002, p. 50-54.

³⁸³ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*. Decision of the Arbitrator. WT/DS108/ARB. 30 ago. 2002, p. 39.

³⁸⁴ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Recourse by the European Communities to Article 4.10 of the SCM Agreement and Article 22.7 of the DSU*. WT/DS108/106. 25 abr. 2003, p. 3-11.

a decisão da OMC voltasse a condenar o *Jobs Act*, a retaliação seria aplicada 60 dias após tal decisão.³⁸⁵

4.2.4. A revogação da legislação ETI pelo *Jobs Act*

Em 22 de outubro de 2004, os EUA adotaram a legislação chamada "*the American Jobs Creation Act of 2004*" (*Jobs Act*) - também conhecido como *the Jumpstart Our Business Strength (JOBS) Act* - justificando que resultava na revogação dos benefícios do *ETI Act* que já havia sido declarado em ofensa às regras do ASMC em 2002. O *Jobs Act*, de fato, eliminava os benefícios do *ETI Act*, mas, devido a regras de transição, isso só ocorreria integralmente após 2006, pois em 2005 ainda poderiam ser aproveitados 80% dos benefícios e em 2006, 60%. Além disso, muitas empresas poderiam manter os benefícios da *ETI Act* enquanto houvesse contratos em vigor, seja de vendas ou de aluguel de bens, o que ficou conhecido como *grandfather clause*.³⁸⁶

4.2.4.1. Principais argumentos das partes e decisões do painel e do órgão de apelação quanto ao *Jobs Act*

No painel, a Comunidade Européia argumentou que a cláusula de transição permitia a manutenção de subsídios de 3,2 bilhões de dólares em 2005 e 2,4 bilhões de dólares em 2006 se fossem usados os mesmos critérios da arbitragem anterior.³⁸⁷

³⁸⁵ Cf. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council regulation (EC) 171/2005. *Official Journal of the European Union*. 01. dez. 2005.

³⁸⁶ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations"*. *Second recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities*. WT/DS108/RW2. 30 set. 2005, p. 2-6.

³⁸⁷ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 386), p. A-12.

Os EUA alegaram que o *Jobs Act* providenciava a revogação da legislação ETI, mas, por meio das regras de transição, respeitava o princípio da irretroatividade das normas e também a segurança jurídica.³⁸⁸

A conclusão do painel, em 30 de setembro de 2005, foi no sentido de concluir que o *Jobs Act* estava em desconformidade com o ASMC tanto nas regras de transição quanto em relação à manutenção dos benefícios.³⁸⁹

Como nos outros casos, os EUA recorreram ao órgão de apelação em novembro de 2005. As partes insistiram em seus argumentos e o Órgão de Apelação, em 13 de fevereiro de 2006,³⁹⁰ manteve as conclusões do painel.

³⁸⁸ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 386), p. A-20.

³⁸⁹ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 386), p. 28-9.

³⁹⁰ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Second recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities. Report of the Appellate Body*. WT/DS108/AB/RW2. 13 fev. 2006, p. 35.

4.2.5. A revogação das regras de transição e da *grandfather clause* contidas no *Jobs Act*

Em maio de 2006, os EUA adotaram uma legislação denominada *Tax Increase Prevention and Reconciliation Act* que revogou todos os benefícios remanescentes do *ETI Act* e do *Jobs Act*, tanto no que se refere às regras de transição quanto a *grandfather clause*. Em função de tal revogação a Comunidade Européia decidiu não aplicar as retaliações aprovadas pela OMC.³⁹¹ Desde maio de 2006, nenhum documento sobre o assunto consta dos arquivos da OMC ou da União Européia, permitindo supor que essa disputa, que se arrastou por décadas, talvez tenha chegado a um fim.

4.2.6. Os casos DISC/FSC/ETI e a busca pelo desenvolvimento nacional

No primeiro item do presente capítulo, vimos em que casos a estrutura normativa do sistema multilateral do comércio internacional que trata de subsídios pode ser acionada no caso de oferecimento de incentivos fiscais para atrair ou até mesmo para manter o IED.

Nessa segunda parte, pudemos observar como o combate a alguns tipos de subsídios é conduzido na prática, envolvendo dois gigantes do comércio internacional: EUA e Comunidade Européia. O relato empreendido permitiu compreendermos que no mínimo quatro questões importantes para o direito tributário internacional foram abordadas nos casos DISC/FSC/ETI: (i) a escolha entre uma tributação baseada na territorialidade pura ou territorialidade com universalidade para a incidência; (ii) a aplicação do controle

³⁹¹ Cf. COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council regulation (EC) 728/2006. *Official Journal of the European Union*. 15. mai. 2006.

de preços de transferência com base no princípio *arm's length*; (iii) a aplicação da legislação sobre transparência fiscal ou legislação das CFC; e (iv) a concessão de incentivos fiscais numa situação de CTI. Dessas quatro questões, duas delas, a primeira e a quarta, interessam mais diretamente para nosso trabalho.

A principal definição sobre a tributação internacional da renda, a adoção da territorialidade pura ou a territorialidade com universalidade para a incidência, foi a origem de um diferencial de competitividade no comércio internacional³⁹² que ensejou o início de mais de três décadas de disputa entre EUA e Comunidade Européia. Os mecanismos de resolução de controvérsias do GATT/OMC, quando acionados, mantiveram uma posição firme no sentido de deixar a escolha pela estrutura de tributação entre a territorialidade pura ou a territorialidade com universalidade para a incidência a critério de cada Estado-membro, sem que as regras do ASMC possam intervir nisso. No entanto ressaltaram que, se alguma distorção de competitividade comercial surge com isso, a criação de um subsídio proibido não pode ser assim justificada, ainda que sirva apenas para igualar os efeitos entre uma estrutura e outra. Tal posicionamento dos painéis nos transmite a mensagem de que todas as definições que afetem a tributação internacional da renda devem ser, desde sua origem, idealizadas com a consideração das consequências em relação às regras que regem o sistema multilateral do comércio.

A atuação dos EUA nos casos DIS/FSC/ETI foi marcada pelo oferecimento de benefícios fiscais para as empresas exportadoras em relação à tributação da renda oriunda de sua atuação no comércio internacional. Embora pudessem até ser justificados em alguns casos, segundo entendiam os norte-americanos, pela diferença de estrutura de tributação da renda (territorialidade pura x territorialidade com universalidade para a incidência)³⁹³ e representarem a decisão do Congresso daquele país, reiterada em

³⁹² Cf. BARRAL, Welber; MICHELS, Wilson; PERRONE, Nicolás. Sistema tributario y normas de la OMC: lecciones del caso “Foreign Sales Corporation”. *Revista de Direito da Universidade de Buenos Aires*. n. 83, [p. 1-31?], [2007?], p. 10. Esse texto foi obtido diretamente com o autor em formato distinto do publicado no periódico, o que pode ter causado diferenças na referência à numeração das páginas.

³⁹³ Ressaltamos que a tributação da renda obtida no exterior, nos EUA, é diferida para o momento da efetiva distribuição dos lucros à empresa-mãe, o que retira a força do argumento de que os incentivos concedidos apenas restabeleciam a igualdade entre o sistema norte-americano (territorialidade com universalidade para a incidência) e o sistema dos países europeus envolvidos (territorialidade pura) (Cf. BIANCO, *op. cit.*, (nota 350), p. 28-9). A desvantagem para as empresas norte-americanas era mais visível se fosse o caso de aplicação da legislação sobre transparência fiscal (legislação das CFC) que exige a imediata tributação independente da efetiva distribuição de lucros à empresa-mãe. Esse último caso ocorre, nos EUA, se a subsidiária no exterior estiver situada em um paraíso fiscal. Como o surgimento das FSC ocorreu totalmente em paraísos fiscais, então os EUA queriam justificar a criação da legislação das FSC com uma situação surgida após e por causa da instituição da legislação.

três oportunidades, tais incentivos foram considerados criadores de nova distorção no comércio, levando à autorização de aplicação de medidas compensatórias. Assim, ficou evidenciado que se por um lado a OMC não tem competência normativa para interferir em questões tributárias internas de seus Membros, por outro lado os subsídios concedidos pelos Estados não podem violar os acordos internacionais do comércio sob pena de ensejarem medidas compensatórias.³⁹⁴ Nesse sentido, é possível afirmarmos que um dos grandes desafios diante dos Estados na atualidade, no momento de configurar sua tributação, é o de conciliar a concessão de benefícios tributários com as obrigações assumidas no âmbito dos acordos internacionais, particularmente os acordos sobre comércio.³⁹⁵ No enfrentamento desse desafio, todavia, devemos manter em mente que, conforme apontado por Heikki Patomäki e Teivo Teivainen, considerando o objetivo de desenvolvimento, o comércio é um meio e não um fim e os países são soberanos para definir e perseguir suas prioridades de desenvolvimento³⁹⁶, obedecidas, obviamente, as obrigações a que se vincularam no sistema multilateral do comércio.

Em síntese, muito mais que a observação sobre o funcionamento das regras do ASMC, os casos DISC/FSC/ETI evidenciam que não é mais admissível projetar medidas que afetem as regras de tributação internacional da renda sem considerar os reflexos disso na regulação do comércio internacional, particularmente em relação aos subsídios. Isso nos leva a concordar com a afirmação de que “é intelectualmente improdutivo negar a correlação entre tributação e decisões da OMC”.³⁹⁷ Portanto as propostas sobre incentivos fiscais que visem atrair ou manter IED, além de conformarem uma situação de CTI aceitável, estarem preservadas nos tratados para evitar a bitributação por meio das cláusulas de *tax sparing* ou *matching credit*, devem também passar por uma análise frente às regras do ASMC para que sejam afastadas aquelas que conduzam a subsídios proibidos ou mesmo a subsídios acionáveis. Sem tal cuidado quanto aos subsídios, ficaria configurada a possibilidade de serem acionados mecanismos da OMC que, provavelmente, irão resultar na aplicação de medidas compensatórias que tendem a anular os efeitos positivos para o desenvolvimento nacional que advém da entrada do IED.

³⁹⁴ Cf. BARRAL; MICHELS; PERRONE, *op. cit.*, (nota 392), p. 15.

³⁹⁵ Cf. BARRAL; MICHELS; PERRONE, *op. cit.*, (nota 392), p. 2.

³⁹⁶ Cf. PATOMÄKI, Heikki; TEIVAINEN, Teivo. *A possible world. Democratic transformation of global institutions*. London: Zed Books, 2004., p. 85.

³⁹⁷ Cf. BARRAL; MICHELS; PERRONE, *op. cit.*, (nota 392), p. 28.

Percorremos até aqui o caminho da atuação unilateral e competitiva, respeitando compromissos bilaterais e multilaterais na busca pelo desenvolvimento nacional, mas ainda precisamos verificar, como será feito no próximo capítulo, se a atuação multilateral num ambiente de cooperação tributária internacional pode contribuir para o atingimento de tal desígnio constitucional.

CAPÍTULO V - COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL CONTRIBUINDO PARA O OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO

Nos quatro primeiros capítulos do trabalho, demonstramos que o oferecimento de incentivos fiscais para atrair ou manter IED possui uma relação direta com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional. Tais incentivos, no atual mundo globalizado, podem ensejar o surgimento de uma situação de competição tributária internacional que precisa ser enfrentada não como danosa, perniciososa, aceitável *a priori* ou inaceitável *a priori*, mas aceitável ou inaceitável, segundo uma análise estruturada pela proporcionalidade. Tendo sido oferecidos incentivos fiscais para atrair ou manter IED que se configure em CTI aceitável segundo a proporcionalidade, é preciso que existam mecanismos nos tratados internacionais para evitar a bitributação que preservem os efeitos de tais incentivos. As cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* exercem tal função de garantir que a manifestação da soberania fiscal de um país ao conceder o incentivo fiscal seja respeitada numa relação bilateral.

Tanto a configuração de CTI aceitável como a decisão de admitir a inserção das cláusulas de *tax sparing* ou *matching credit* nos tratados são influenciadas por discussões sobre neutralidade no fluxo internacional de investimentos. Tratamos de tal neutralidade e constatamos que, até há poucos anos, era tratada em termos de CEN, CIN e NN, sendo que havia uma predominante defesa da CEN como a mais indicada para evitar distorções no fluxo internacional de investimentos. Considerando que a CEN implica territorialidade com universalidade para a incidência com permissão para o crédito do imposto efetivamente pago no exterior, sua adoção não é compatível com a inserção das cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* nos tratados para evitar a bitributação. Contudo vimos que surgem outras idéias sobre neutralidade que questionam a CEN como alternativa mais defensável para a eficiência na alocação do investimento.

No capítulo anterior, vimos que não é só a resistência em relação à CTI, a configuração das cláusulas dos tratados sobre bitributação ou as idéias sobre a neutralidade no fluxo de investimentos que devem ser consideradas quando tratamos de oferecer incentivos para atrair IED que irão colaborar com a promoção do desenvolvimento nacional. As obrigações internacionais assumidas no sistema multilateral do comércio também podem funcionar como obstáculo para tais medidas incentivadoras. Entretanto verificamos que é possível para o Brasil como PED estabelecer subsídio específico, não proibido e não recorável que resulte em atração ou manutenção de IED que contribua para a promoção do desenvolvimento.

Até aqui percorremos o caminho da atuação unilateral e competitiva, procurando observar a obediência aos compromissos bilaterais e multilaterais na busca pelo desenvolvimento nacional. No presente capítulo vamos buscar esclarecer se, para um país que busca um maior grau de desenvolvimento como o Brasil, há interesse na cooperação tributária internacional ou somente a atuação em competição tributária internacional guarda sintonia com o objetivo do desenvolvimento nacional.

5.1. COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA E DESENVOLVIMENTO

Têm sido freqüentes as manifestações de especialistas em tributação internacional e em desenvolvimento no sentido de que a cooperação na área de tributação contribui para a configuração de uma tributação internacional mais justa, sendo que qualquer iniciativa de buscar o desenvolvimento sustentável encontra na cooperação tributária internacional um aspecto crucial.³⁹⁸ Acompanhando tais manifestações, concordamos com a conclusão de Fernando Antonio Amaral Córdia ao entender que “a via da cooperação internacional para a promoção do desenvolvimento sustentável, (...), pode ser usada pelo Brasil para a melhoria do padrão de vida de seus habitantes, superação das

³⁹⁸ Cf. UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Committee of experts on international cooperation in tax matters. *Report of the Expert Group Meeting on “Tax Aspects of Domestic Resource Mobilisation – A Discussion of Enduring and Emerging Issues”*. Rome, 4-5 September, 2007, p. 10.

desigualdades sociais e regionais, fortalecimento das instituições democráticas e, (...), para incrementar a produtividade de seu setor produtivo e galgar inserção no mercado global”.³⁹⁹

A busca pelo desenvolvimento nacional não conflita com a cooperação internacional na área tributária, pois as questões ligadas ao desenvolvimento estão cada vez mais interdependentes e transnacionalizadas,⁴⁰⁰ exigindo uma atuação internacional cooperativa para alcançar um desenvolvimento num caminho que, respeitando a soberania nacional, agregue elementos que contribuam para garantir a dignidade da pessoa humana e a diminuição das desigualdades, conforme o inciso III do art. 1º e inciso III do art. 3º do texto constitucional brasileiro. Assim considerado, assumimos que a cooperação tributária internacional, como uma das alternativas para o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade estabelecido no inciso IX do art. 4º da Constituição Federal, é um caminho que pode auxiliar na busca do desenvolvimento nacional desde que respeitados alguns requisitos,⁴⁰¹ pois concordamos com a constatação de que já vivemos num tempo no qual não é possível manter um sistema tributário em conformidade com o que deseja um país sem que haja cooperação tributária internacional.⁴⁰²

Defendemos, no capítulo I, a existência de uma competição tributária aceitável não em si mesma, mas dentro de certas condições e envolvendo países que se encontram em níveis de desenvolvimento distintos. Se, de um lado, não pode ser negado o papel que a competição tributária, levada a efeito por meio de incentivos fiscais, tem na atração do IED que contribui para o desenvolvimento nacional, também não ignoramos que a competição tributária internacional *lato sensu*, se não limitada a situações bem definidas, pode trazer prejuízos a outros países que, em termos globais, não seriam aceitáveis nem se forem levadas em conta questões relacionadas ao desenvolvimento. Para chegarmos num cenário internacional que consiga identificar situações de competição

³⁹⁹ Cf. CARDIA, Fernando Antonio Amaral. Estado, desenvolvimento e políticas públicas. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005, p. 53-70, (p. 69).

⁴⁰⁰ Cf. CARDIA, *op. cit.*, (nota 399), p. 78.

⁴⁰¹ Estabelecemos alguns requisitos para uma organização intergovernamental para tratar da tributação internacional no item 5.7.3.

⁴⁰² Cf. GUTTENTAG, Joseph H. Key issues and options in international taxation: taxation in a interdependent world. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 546-56, nov. 2001, p. 554.

tributária aceitável será preciso que a questão seja amplamente debatida em fóruns apropriados para o diálogo. Como Michael Rodi alertou, a busca por uma ordem internacional justa pressupõe um diálogo entre pesquisadores e também perante a comunidade internacional,⁴⁰³ mas tal diálogo só será profícuo num ambiente que represente da forma mais ampla possível os países com os mais diversos graus de desenvolvimento.

Os desafios que o caminho para a cooperação tributária internacional nos impõe levaram Nancy H. Kaufman a indagar o que nos manteria afastados de uma maior cooperação tributária internacional se, nos últimos cem anos, ao tempo que foram travadas duas grandes guerras e vivemos o temor da destruição total, também conseguimos criar e manter uma organização mundial de nações viável por mais de cinquenta anos e conseguimos alcançar a criação da Organização Mundial do Comércio.⁴⁰⁴ Instigante a constatação da autora de que, diante cenários muito mais complexos, fomos capazes de construir um ambiente favorável para a cooperação internacional em outras áreas, mas ainda não alcançamos um grau satisfatório na área tributária.

Com relação ao desenvolvimento Celso Amorim já assinalou que este só tardiamente passou a ser objetivo declarado da cooperação.⁴⁰⁵ Mas, nos últimos anos, a necessidade de um ambiente propício à cooperação em torno do objetivo do desenvolvimento tem tido destaque no concerto das nações com a aceitação de um novo direito humano: o direito ao desenvolvimento.

⁴⁰³ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 131.

⁴⁰⁴ Cf. KAUFMAN, Nancy. Equity considerations in international taxation. *Brooklin Journal of International Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1465-70, 2001, (p. 1470).

⁴⁰⁵ Cf. AMORIM, Celso Luiz Nunes. Perspectivas da cooperação internacional. In: MARCOVITCH, Jacques. *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 150-63, (p. 152-3).

5.2. A COOPERAÇÃO E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

O direito ao desenvolvimento foi reconhecido pela primeira vez pela ONU como direito humano mediante a Resolução 4, de 2 de março de 1979, mas, somente em 1986, a Assembléia Geral adotou oficialmente a Declaração do Direito ao Desenvolvimento,⁴⁰⁶ admitindo o direito ao desenvolvimento definitivamente como direito humano, unificando os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁰⁷ A definição mais precisa de direito ao desenvolvimento compreende-o como “um processo particular de desenvolvimento em que podem realizar-se todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.⁴⁰⁸

Na Declaração de 1986, foi estabelecida uma obrigação de cooperação para a comunidade internacional conforme o parágrafo terceiro do art. 3º que assim prescreveu: “os Estados têm o dever de cooperar mutuamente para alcançar o desenvolvimento e eliminar obstáculos ao desenvolvimento”. No art. 4º do mesmo documento encontramos a determinação de que os Estados têm o dever de adotar, individual e coletivamente, medidas para formular políticas adequadas de desenvolvimento internacional a fim de facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento. Diante da presença de tais obrigações na Declaração de 1986, a cooperação internacional deixou de

⁴⁰⁶ Para acesso ao texto desse documento consultar: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. Quadragésimo primeiro período de sessões. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. A/RES/41/128. 04 dez. 1986. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/74_sp.htm>. Acesso em: 03 nov. 2008.

⁴⁰⁷ Sobre o direito ao desenvolvimento e seu surgimento como direito humano, ver: DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51-119; MARKS, Stephen P. The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality. *Harvard Human Rights Journal*, v. 17, p. 137-68, 2004, (p. 138-40); SILVA, *op. cit.*, (nota 27), p. 19-48; SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 116-33.

⁴⁰⁸ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho econômico e social. Comissão de direitos humanos. *Estudio preliminar del experto independiente en el derecho al desarrollo*. Sr. Arjun Sengupta, sobre la incidencia de las cuestiones económicas y financieras internacionales en el ejercicio de los derechos humanos, presentado de conformidad con las resoluciones 2001/9 y 2002/69 de la Comisión. E/CN.4/2003/WG.18/2. 09 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2003.wg.18.2.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2003.wg.18.2.Sp?OpenDocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008, parág. 3.

ser mera obrigação moral para transformar-se em obrigação jurídica perante a comunidade internacional com fundamento na solidariedade e na justiça distributiva.⁴⁰⁹

Essa obrigação de cooperação internacional em direção à concretização do direito ao desenvolvimento está relacionada com a constatação apontada por Antonio Celso Alves Pereira de que a desigualdade econômica internacional não pode ser tratada isoladamente no contexto de um mundo globalizado,⁴¹⁰ sendo que isso não decorre somente da própria natureza da globalização, mas também por ter a Carta das Nações Unidas tratado o desenvolvimento como um fenômeno internacional por excelência.⁴¹¹

A obrigação de cooperação, surgida com a consagração do direito ao desenvolvimento como direito humano envolve, tanto Estados no contexto nacional como Estados no contexto internacional. No contexto nacional, os Estados têm a responsabilidade de buscar a realização do processo de desenvolvimento mediante políticas de desenvolvimento apropriadas. No contexto internacional, outros Estados e agências internacionais têm a obrigação de cooperar com os estados nacionais para facilitar a realização do processo de desenvolvimento.⁴¹²

Apesar da existência de uma obrigação perante o direito internacional com relação à cooperação internacional com base no reconhecimento do direito ao desenvolvimento como direito humano, na seara tributária os países têm sido bastante reticentes em ampliar a cooperação tributária internacional numa direção que possibilite a concretização do direito ao desenvolvimento num espectro de países mais abrangente. Isso ocorre principalmente se tal cooperação implicar rediscussão de algumas idéias básicas que envolvem a tributação internacional, entre elas os fundamentos da divisão do poder de tributar a renda de modo a garantir que o poder de tributar do país da fonte seja uma competência privativa e não concorrente. Assim, a realidade nos mostra que, com relação à tributação, estamos diante de um cenário bem mais egoísta que solidário. E tal ambiente

⁴⁰⁹ Cf. SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 126-7.

⁴¹⁰ Cf. PEREIRA, Antonio Celso Alves. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos. *Boletim da sociedade brasileira de direito internacional*. n. 77-8, p. 27-41, jan./mar. 1992, p. 38.

⁴¹¹ Cf. BEDJAOU, Mohammed (org.). *Droit international: bilan et perspectives*. Paris: Éditions A. Pedone, [1991?], p. 1251.

⁴¹² Cf. SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista da social democracia brasileira*, mar. 2002, p. 64-84, p. 69.

individualista entre as nações persiste apesar da consciência sobre o fato de que a cooperação tributária internacional pode minimizar os efeitos do cenário mais provável de disputas individuais e prejudiciais aos envolvidos. Em tal cenário, o desenvolvimento das nações não se dá de forma harmônica, na medida em que, em vários momentos, o desenvolvimento de uns pode ser concretizado em detrimento de outros sem que globalmente haja algum ganho de bem-estar.⁴¹³

Nesse cenário, seria possível a cooperação? É o que veremos a seguir.

5.3. A AJUDA DA TEORIA DOS JOGOS NA COMPREENSÃO DOS CENÁRIOS ENVOLVIDOS NA COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA

Para definirmos se é possível a cooperação num ambiente individualista entre as nações, vamos tratar de algumas noções da teoria dos jogos que nos ajudarão a responder tal questionamento. Os jogos, a seguir descritos, irão também ajudar a compreender outros aspectos que envolvem a cooperação tributária internacional, bem como foram citados em outras partes do trabalho, conforme apontado nos respectivos itens.

Vários autores, ao tratarem de assuntos relacionados com a competição e com a cooperação tributária internacional, utilizam-se da teoria dos jogos,⁴¹⁴ de modo a entender teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, partindo da compreensão lógica das situações em que estão envolvidos, sendo que, com o auxílio das lições desta teoria, podemos melhorar nossa capacidade de raciocinar estrategicamente, explorando as possibilidades de interação entre os agentes sem que prevaleça a intuição.⁴¹⁵

⁴¹³ Cf. RISTER, *op. cit.*, (nota 5), p. 225.

⁴¹⁴ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 95; EASSON, *op. cit.*, (nota, 69), p. 219; HERTZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 55.

⁴¹⁵ Cf. FIANI, , *op. cit.*, (nota 250), p. 9-10.

Uma importante lição que podemos extrair da teoria dos jogos, conforme ressaltado por Ronaldo Fiani, e que nos ajudará a melhor compreender as relações entre os países em questões tributárias, é que o resultado das interações estratégicas depende muito de três fatores: comunicação entre os jogadores, confiança mútua e possibilidade de estabelecer compromissos garantidos.⁴¹⁶

Na atual conjuntura de ausência de um organismo internacional, que cuide especificamente de tributação internacional, a interação entre os países nessa área ressent-se da ausência daqueles fatores. Nos próximos itens desse capítulo, iremos analisar essa questão.

Uma das principais classificações, feita pela teoria dos jogos, separa os jogos entre cooperativos e não-cooperativos. Um jogo é dito não-cooperativo quando os jogadores não podem estabelecer compromissos garantidos. Caso contrário, se os jogadores podem estabelecer compromissos, e esses compromissos possuem garantias efetivas, diz-se que o jogo é cooperativo.⁴¹⁷

Exporemos, a seguir, alguns jogos não-cooperativos e suas características por entendermos que as situações encontradas num cenário de cooperação tributária internacional podem estar identificadas com alguns destes.

⁴¹⁶ Cf. FIANI, *op. cit.*, (nota 250), p. 111.

⁴¹⁷ Cf. FIANI, *op. cit.*, (nota 250), p. 111.

5.3.1. Dilema do prisioneiro

O dilema do prisioneiro é um jogo com dois participantes no qual cada jogador tem duas escolhas: cooperar ou desertar. A descrição mais simples desse jogo está relacionada à sua denominação de dilema do prisioneiro, pois envolve a situação de dois criminosos. Ambos são mantidos incomunicáveis entre si e são interrogados pela polícia. A autoridade policial, por não dispor de provas materiais suficientes que garanta uma condenação judicial, oferece a cada delinqüente o abrandamento da respectiva pena caso haja a confissão de um que leve à condenação do outro. Se um dos criminosos aceita o acordo, a polícia terá elementos suficientes para pedir a aplicação da pena máxima para o outro, ao passo que o delator irá beneficiar-se de uma pena reduzida ou simbólica. Como a proposta é feita para ambos, poderá ocorrer a situação de a polícia ter provas para a condenação máxima de ambos, aplicando-se o abrandamento nessa severa pena. Por outro lado, pode ocorrer a situação na qual ambos não confessem, deixando a polícia com poucas chances de condenação para ambos.⁴¹⁸

Nesse jogo, a característica marcante é que cada um faz sua escolha de comportamento sem conhecer o que o outro fará. Dessa forma, a deserção unilateral pode proporcionar um ganho maior que a cooperação unilateral. O dilema é que se ambos desertarem (confessarem), ambos terão um ganho menor do que se ambos cooperarem – não com a polícia, mas entre si, não confessando o crime. Embora o ganho seja maior se ambos cooperarem, a decisão individual é tomada sabendo que não há como garantir que o outro jogador manterá o compromisso de cooperação. A tabela 1 ilustra, hipoteticamente, essa situação.

⁴¹⁸ Cf. FARIA, *op. cit.*, (nota 40), p. 225-6; FIANI, *op. cit.*, (nota 250), p. 110-1.

Jogador A	Cooperação	C=3	C=0
	Deserção	C=0	D=1

Os jogadores A e B, simultaneamente e sem conhecer a opção do outro, escolhem cooperação ou deserção. Se ambos cooperarem, ambos terão um ganho de 3. Se ambos desertarem, ambos terão um ganho de 1. Se as escolhas forem diferentes, aquele que desertar ganhará 5, enquanto o outro nada ganhará.⁴¹⁹

5.3.2 Caçada ao cervo

A caçada ao cervo é uma estória que se transformou num jogo. A estória foi brevemente contada por Jean-Jacques Rousseau quando argumentou sobre a época na qual os homens passaram a “adquirir uma idéia grosseira dos compromissos mútuos e da vantagem de os cumprir, mas somente na medida em que podia exigir o interesse presente e sensível”.⁴²⁰

⁴¹⁹ Cf. AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*, London: Penguin Books, 1990, p. 8. A versão original desse livro foi publicada em Nova York em 1984.

⁴²⁰ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 63.

A partir dessa estória, foi desenvolvido um jogo que podemos ilustrar, a seguir, no exemplo mais detalhado fornecido por Ronaldo Fiani.⁴²¹

Dois caçadores se reuniram para caçar um cervo, mas nenhum dos dois caçadores tem qualquer chance de caçá-lo sozinho, necessitando assim da ajuda do outro caçador, uma vez que o cervo é um animal de grande porte, muito rápido e ágil. A caçada só terá sucesso se cada caçador ocupar sua posição no bosque e mantiver a atenção no cervo. Ocorre que cada caçador também pode aproveitar seu tempo no bosque para caçar uma lebre. Como a lebre é uma caça mais fácil do que o cervo, pode ser capturada por um caçador apenas. No entanto, para os caçadores em questão, a lebre é uma caça de muito menor valor por conter uma quantidade de carne muito menor do que a metade de um cervo. Na hipótese de qualquer um dos dois caçadores optar por perseguir a lebre, ele abandonará seu posto e o cervo escapará.

O jogo da caçada ao cervo representa, portanto, aquelas situações de interação estratégica em que: (i) o melhor resultado depende da cooperação de todos; (ii) se alguém buscar um resultado individual mais imediato, aqueles que se mantiverem fiéis ao compromisso inicial serão prejudicados. Nesse tipo de cenário, o melhor resultado para todos somente é conseguido quando todos acreditam que todos irão se esforçar de acordo com o compromisso original, em vez de buscar ganhos imediatos que podem prejudicar aqueles que se mantiverem fiéis a este.

Bryan Skyrms esclarece que situações de caçada ao cervo representam interações complexas entre duas ou mais pessoas e podem ser a chave para a compreensão de muitas questões de estrutura social.⁴²² Entendemos que podemos estender a utilidade da caçada ao cervo para as relações internacionais e, particularmente, para alguns cenários de competição tributária internacional nos quais haja um compromisso inicial de cooperação, mas que não existam garantias mais efetivas de que o outro não irá abandonar o compromisso assumido. Como veremos no item 5.7.2, uma organização internacional que trate de tributação pode aumentar as chances do compromisso de cooperação ser mantido.

⁴²¹ Cf. FIANI, *op. cit.*, (nota 250), p. 114-5.

⁴²² Cf. SKYRMS, Brian. *The stag hunt*. Presidential Address. Pacific Division of the American Philosophical Association, mar. 2001, p. 14.

5.3.3 A maldição do vencedor

A maldição do vencedor não é propriamente um jogo, mas o resultado de uma interação entre atores que são compelidos a dar lances cada vez maiores numa situação similar a um leilão para obterem o resultado que desejam. A maldição fica caracterizada na hipótese de o vencedor ter sido compelido a dar um lance tão grande que os custos não são compensados pelos benefícios.

É um cenário no qual todos são perdedores, pois o vencedor arca com um ônus maior que o benefício e os perdedores ficam sem resultado que almejavam. Isso pode ficar caracterizado como resultado de uma acirrada competição tributária internacional quando ocorre o que é chamado de “*race to the bottom*”⁴²³. Podemos chegar a ponto de o país que venceu a “corrida”, oferecendo a menor alíquota ou a maior vantagem tributária, ter cedido tanto que os benefícios da concretização do investimento podem ser inferiores à receita tributária que abriu mão para que se tornasse o país mais atrativo.

5.3.4. A batalha dos sexos

Embora inadequado, conforme salientou Ronaldo Fiani, o nome dado a esse jogo vem de sua representação quando supomos que um casal está decidindo aonde irá se encontrar e qual programa fará para passar a noite sem que os dois possam comunicar-se naquele momento. Ambos valorizam, mais do que qualquer outra coisa, passar a noite juntos, mas ele prefere ir ao futebol a ir ao show de música popular que acontece ao

⁴²³ Em português: corrida para baixo.

mesmo tempo da partida, enquanto ela prefere ir ao show de música. No entanto nenhum dos dois quer fazer seu programa predileto sozinho.⁴²⁴

Trata-se, então, de um jogo no qual aos jogadores interessa coordenar suas decisões. Seria uma situação na qual os jogadores têm consciência das vantagens da cooperação e querem cooperar, mas no momento da decisão desconhecem a opção do outro e têm preferências distintas sobre que tipo de coordenação deve ser adotado. Os jogadores, nesse cenário, não são individualistas e sabem que só ganharão se cooperarem.

Para a cooperação tributária internacional, portanto, a existência de mecanismos que disseminem informações entre os países, promovida por um organismo multilateral especializado em tributação, tratado no item 5.7, conduzirá a um melhor aproveitamento da disposição cooperativa dos países.

Fornecidas as noções sobre a teoria dos jogos que utilizaremos, podemos retomar nossa indagação sobre a cooperação num ambiente individualista.

5.4. COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA NUM AMBIENTE NÃO-SOLIDÁRIO

Em que condições surge a cooperação num ambiente no qual os participantes têm interesses conflitantes? Ou melhor, nos termos da pergunta que abre o livro de Robert Axelrod intitulado *“The evolution of cooperation”*: “sobre quais condições surgirá a cooperação num mundo de egoístas sem uma autoridade central?”⁴²⁵

A proposta para responder a tal questão inclui a análise do dilema do prisioneiro que, como descrito por José Eduardo Faria, parte de “uma situação onde atores racionais procuram maximizar seus objetivos e interesses num contexto de extrema

⁴²⁴ Cf. FIANI, *op. cit.*, (nota 250), p. 109-10.

⁴²⁵ Cf. AXELROD, *op. cit.*, (nota 419), p. 3.

insegurança”.⁴²⁶ Como já descrevemos as características básicas do dilema do prisioneiro no item 5.3.1 podemos passar para o estudo feito por Robert Axelrod envolvendo tal jogo.

Robert Axelrod promoveu um torneio para, por meio de um computador, jogar o dilema do prisioneiro, repetidas vezes, com vários jogadores para analisar qual estratégia seria mais vantajosa. Os resultados demonstraram que a estratégia de maior sucesso foi a chamada “pagar na mesma moeda”.⁴²⁷ Adotada essa estratégia o jogador coopera até que ocorra uma deserção do outro jogador. Nesse caso, aquele que vinha cooperando optará, necessariamente, por uma deserção na próxima rodada, mas, após isso, voltará a optar pela cooperação. Também ficou demonstrado que, numa situação similar ao dilema do prisioneiro, os atores têm incentivo de curto prazo para não cooperarem, mas no longo prazo a melhor opção é a cooperação mútua. No entanto essas conclusões exigiram uma condição essencial: a perspectiva de futuro.

A mais importante conclusão do estudo feito é a de que a cooperação mútua poderá surgir e ser estável se o futuro tiver uma importância relativa equivalente ao presente, de modo a tornar a retaliação um preço alto a ser pago pela não-cooperação. Isso exige que os atores estejam interagindo em um número quase que ilimitado de vezes.⁴²⁸

Para ilustrar suas conclusões, Robert Axelrod traz interessante exemplo de como a cooperação, garantida a perspectiva de durabilidade das relações, pode surgir até mesmo entre inimigos.

No *front* oeste da primeira guerra mundial, desenvolveu-se uma grande batalha de trincheiras em quinhentas milhas entre França e Bélgica. Nesse cenário surgiu uma atitude de cooperação chamada de “viva-e-deixe-viver”⁴²⁹. Sem o apoio dos quartéis centrais, os batalhões de ambos os lados desenvolveram essa estratégia, pois sabiam que estariam combatendo com o adversário por um bom tempo e que as baixas que o outro lado sofresse seriam objeto de retaliação.⁴³⁰

⁴²⁶ Cf. FARIA, *op. cit.*, (nota 40), p. 225.

⁴²⁷ Em inglês: “tit for tat”.

⁴²⁸ Cf. AXELROD, *op. cit.*, (nota 419), p. 126.

⁴²⁹ Em inglês: “live-and-let-live”.

⁴³⁰ Cf. AXELROD, *op. cit.*, (nota 419), p. 73-87.

O experimento do autor permite-nos concluir que mesmo num ambiente individualista, o comportamento racional que visa maximizar seus próprios benefícios acaba sendo conduzido à cooperação se os atores estiverem envolvidos em relações multilaterais que garantam a perspectiva de futuro e, em razão disso, haja uma alta probabilidade de retaliação ou prejuízo decorrente de algum comportamento de não-cooperação. Isso nos leva à necessidade de uma organização intergovernamental que envolva os países em questões sobre tributação, conforme veremos no item 5.7.

Tendo estabelecido os dois cenários possíveis para a cooperação tributária internacional – o cenário marcado pela solidariedade com fundamento na assunção de compromissos internacionais e o cenário no qual os Estados agem de forma egoísta buscando puramente objetivos nacionais-, vamos identificar as modalidades possíveis de cooperação tributária internacional para, então, assumirmos a modalidade que entendemos adequada para ambos os cenários.

5.5. MODALIDADES DE COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL

Buscando delinear o contorno do conteúdo do fenômeno que tratamos, encontramos a seguinte sistematização feita por Arthur J. Cockfield sobre as diversas opções possíveis de cooperação tributária internacional:

- (a) nenhuma cooperação;
- (b) cooperação bilateral por meio dos tratados;
- (c) cooperação multilateral informal de forma similar àquela levada a efeito quanto à definição de modelos de tratados;

(d) cooperação multilateral apoiada em regras vinculantes tendo como exemplo as arbitragens envolvendo disputas sobre preços de transferência;

(e) cooperação multilateral mais formal levada a efeito com um conjunto de regras vinculantes por meio das quais os participantes acordam uma divisão proporcional do poder de tributar a renda;

(f) um acordo multilateral para harmonizar as alíquotas e as bases tributárias;

(g) uma Organização Mundial de Tributação formal que edite normas vinculantes para os membros depois da realização de negociações multilaterais;

(h) uma Organização Mundial de Tributação com poder judiciário, executivo e legislativo para exercer o controle sobre as questões tributárias internacionais.⁴³¹

A sistematização acima, embora não seja a única possível, é útil para permitir uma avaliação sobre qual tipo de cooperação tributária poderá contribuir mais adequadamente na busca pelo desenvolvimento. Trataremos primeiro das modalidades que já estão, em alguma medida, sendo aplicadas e/ou que não se revelam mais indicadas para contribuir para o processo de desenvolvimento para, a seguir, abordarmos as modalidades desejáveis nesse contexto.

Considerando a constatação de que algum nível de cooperação tributária internacional guarda coerência com o objetivo de desenvolvimento nacional, afastamos a opção “a” e analisamos as modalidades de “b” a “h”.

A cooperação bilateral por meio de tratados já é praticada em grande medida pelo Brasil na medida em que já estão celebrados dezenas de tratados para evitar a

⁴³¹ Cf. COCKFIELD, Arthur J. The rise of the oecd as informal ‘World Tax Organization’ through national responses to e-commerce tax challenges. *Yale Journal of Law and Technology*, v. 8, p. 136-87, Spring 2006. p. 179-80.

bitributação. Baseando-se na experiência Européia e nas limitações encontradas ao avanço para uma harmonização tributária⁴³² naquela região, Vito Tanzi afasta a possibilidade de a alternativa de celebração de acordos internacionais em matéria tributária mostrar-se produtiva. Argumenta que é difícil que os países abandonem seus objetivos nacionais e celebrem acordos que podem perceber como menos vantajoso que a alternativa de seguir cada um sua própria política. Ademais, os países com diferentes agendas políticas encontrariam dificuldades para concordar sobre uma determinada estrutura tributária. O que pode ser observado é que a experiência de negociação de tratados relacionados com a matéria tributária indica que os acordos tributários, inclusive entre dois países, são às vezes difíceis de serem concluídos e exigem muito tempo e esforço, já que não existe um mecanismo institucional que facilite a discussão de temas e a negociação de acordos em nível mundial.⁴³³ Além disso, partindo de modelos existentes, seja o Modelo ONU ou o Modelo OCDE,⁴³⁴ tal cooperação não permite discutir os fundamentos que levaram à configuração atual dos modelos e não possibilita, por exemplo, a remoção dos obstáculos que alguns países oferecem à inserção de cláusulas de *tax sparing* nos tratados. Nesse tipo de cooperação toma-se o modelo e as políticas de cada país como dado da realidade, sem que haja oportunidade para discussão de seus fundamentos. É uma cooperação insuficiente, portanto, para contribuir mais significativamente para o desenvolvimento.

A cooperação multilateral que equivale à contribuição ao aperfeiçoamento dos modelos de tratados também já tem sido praticada tanto em relação ao Modelo ONU quanto em relação ao Modelo OCDE. O Brasil, particularmente, já colaborou com a discussão sobre o Modelo ONU em diversas ocasiões.⁴³⁵ Tal cooperação, ainda que sob os auspícios da ONU, sofre de problemas similares à cooperação com celebração de tratados, pois, de maneira similar, não abre a discussão para as questões que

⁴³² Sobre harmonização tributária ver nosso comentário na nota 439.

⁴³³ Cf. TANZI, *op. cit.*, (nota 44), p. 9.

⁴³⁴ Para um histórico da evolução dos modelos de tratados desde a iniciativa da Liga das Nações no início do século XX, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Notas sobre os tratados internacionais sobre tributação. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (coord.) *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2005, p. 189-240, (p. 201-205); PIRES, *op. cit.*, (nota 152), p. 59-78; SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 59-79.

⁴³⁵ Um exemplo sobre as dificuldades em relação às discussões sobre os modelos de tratados pode ser encontrado em DORNELLES, Francisco Neves. O modelo da ONU para eliminar a dupla tributação da renda, e os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho T.; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado – Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 195-232, (*passim*).

podem afetar o desenvolvimento, limitando-se a aperfeiçoamentos pontuais nos modelos existentes.⁴³⁶

Uma cooperação multilateral apoiada em regras vinculantes tendo como exemplo as arbitragens envolvendo disputas sobre preços de transferência já está à disposição do Brasil e poderia ser praticada no caso dos Acordos de Preços Antecipados (APA).⁴³⁷ No entanto é uma modalidade de cooperação⁴³⁸ que cuida de um item específico – bitributação ocasionada por problemas na aplicação de controles de preços de transferência – e que, portanto, não trata de questões importantes para a mobilização de recursos domésticos para o desenvolvimento como é, por exemplo, a necessidade de o país da residência utilizar mecanismos que não anulem os incentivos fiscais para atrair IED concedidos pelo país da fonte.

A cooperação por meio de um acordo multilateral para harmonizar⁴³⁹ as alíquotas e as bases tributárias pode ser apropriada para um conjunto de países envolvidos em processo de integração econômica e, mesmo nesses casos, enfrenta enormes desafios.

⁴³⁶ Sobre a evolução dos modelos e a prevalência dos critérios do Modelo OCDE que representa um conjunto de países com maior nível de desenvolvimento ver: COSTA, *op. cit.*, (nota 170), p. 195-6; SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 59-78.

⁴³⁷ Sobre o APA e sua possibilidade de uso segundo a ordem jurídica brasileira ver: SILVA, Mauro José. A utilização do Acordo de Preços Antecipado (APA) no regime de controle de preços de transferência. *Revista dialética de direito tributário*. n. 137, p. 91-107, fev. 2007.

⁴³⁸ Uma proposta de atribuição a uma organização multilateral a administração de arbitragens relacionada a preços de transferência pode ser encontrada em: SAWYER, Adrian J. Is an International Tax Organisation an appropriate forum for administering binding rulings and APAS? *E-journal for tax research*. p. 8-70. v. 2, n. 1, 2004, *passim*.

⁴³⁹ O termo harmonizar está aqui usado no mesmo sentido utilizado por Arthur J. Cockfield quando o autor assinalou as possibilidades de cooperação tributária. De nossa parte, concordamos com Luís Eduardo Schoueri no sentido de que a harmonização está relacionada a um processo de integração econômica e que, *lato sensu* (qualificação que acrescentamos à lição do autor), é um fenômeno composto de três graus: coordenação, harmonização *stricto sensu* (também aqui acrescentamos tal qualificação à lição original) e uniformização. Na coordenação há o estabelecimento de objetivos comuns que implicam tratar os problemas tributários de maneira similar pelos vários Estados-membros. Na harmonização *stricto sensu*, temos princípios legislativos comuns com redução de contradições e neutralização de divergências. Não há identidade de base e alíquotas, necessariamente, mas o ingrediente essencial da harmonização *stricto sensu* é a comparabilidade. Por fim, na uniformização temos identidade de textos legais. Assim, harmonizar alíquotas e base tributárias corresponderia a uma situação intermediária entre a harmonização *stricto sensu* e a uniformização (Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Harmonização tributária no Mercosul. *Revista Direito Mackenzie*. v. 1, n. 2, p. 171-8, 2000, (p. 172-3)). Sobre harmonização, ver também: FERNANDES, Edison Carlos. *Paz tributária entre as nações: teoria da aproximação tributária na formação dos blocos econômicos*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 132. Mostrando os obstáculos à harmonização na União Européia e chamando este fenômeno de “caminho de espinhos” ver: MORENO, Alejandro Menendez. Aspectos jurídicos de la armonización fiscal de la union europea. In: SAN PEDRO, Luis Antonio Velasco. *MERCOSUR y la union europea: dos modelos de integración económica*. Valladolid: Editorial Lexnova, 1998, p. 289-306, (p. 293).

Michael Rodi é otimista em relação à harmonização tributária a ponto de afirmar que “a harmonização tributária apresenta-se como grande alternativa contra a agressiva concorrência tributária”. Mas o autor europeu pondera que não defende um sistema tributário totalmente harmonizado por entender que tal alternativa seria “impensável e nada desejável”.⁴⁴⁰

Nesse sentido, Heleno Torres assinalou que, mesmo num processo de integração econômica, as alíquotas dos impostos sobre a renda são praticamente impossíveis de serem niveladas uma vez que refletem as necessidades políticas, econômicas, sociais e culturais, bem como a determinação de redistribuição de riquezas e de prestação de serviços públicos de cada Estado-membro.⁴⁴¹ Essa situação foi registrada por Michael Rodi quando afirmou que a União Européia, após tentar uma harmonização de alcance muito amplo, optou por harmonizações pontuais.⁴⁴² Sendo assim, uma cooperação tributária relacionada apenas a países envolvidos em algum processo de integração econômica e que resulta em nivelamento de alíquotas e similaridade de base de cálculo não é a modalidade de cooperação que é mais indicada para contribuir para o processo de desenvolvimento num ambiente globalizado.

Uma cooperação tributária internacional por meio de uma Organização Mundial de tributação que tenha poderes judiciário, legislativo e executivo certamente encontrará obstáculos, praticamente intransponíveis, na extrema sensibilidade dos países quanto à sua soberania fiscal, como a experiência européia nessa área tem demonstrado.

Restam-nos, então, como alternativas viáveis para alcançarmos um grau maior de cooperação tributária internacional que contribua para o desenvolvimento nacional duas das modalidades enumeradas acima: (e) cooperação multilateral mais formal levada a efeito com um conjunto de regras vinculantes por meio das quais os participantes acordam uma divisão proporcional do poder de tributar a renda; (g) uma

⁴⁴⁰ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 135.

⁴⁴¹ Cf. TORRES, Heleno Taveira. Mercosul e o conceito de harmonização na tributação das rendas das empresas. In: CAMPOS, Dejalma. *O sistema tributário e o Mercosul*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 301-325, (p. 313).

⁴⁴² Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 136.

Organização Mundial de Tributação formal que edite normas vinculantes para os membros depois da realização de negociações multilaterais.

Antes de tratarmos de tais modalidades e apontarmos a opção que entendemos mais poderá contribuir para o desenvolvimento nacional, será necessário conhecermos algumas das atuais iniciativas multilaterais com relação à cooperação tributária internacional.

5.6. OS FÓRUNS OU ORGANIZAÇÕES EXISTENTES ENVOLVIDOS NA COOPERAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL

Destacamos a seguir algumas das mais relevantes propostas de criação ou fortalecimento de fóruns para ampliação da cooperação tributária internacional.⁴⁴³

⁴⁴³ A Tabela A.5.1, incluída no Anexo do trabalho, demonstra as várias organizações internacionais que possuem algum fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação.

5.6.1. Comitê Internacional das Organizações de Administrações Tributárias (CIOAT ou CIOTA)

Em junho de 2001, os secretários gerais de cinco organizações internacionais propuseram, num encontro na cidade canadense de Montreal, a criação de um Conselho Diretivo das Organizações Internacionais sobre Tributação. Os membros de tal conselho foram inicialmente formados pelo secretariado das organizações. As organizações envolvidas na proposta inicial foram as seguintes: ACAT, CIAT, CREDAF, IOTA e OCDE⁴⁴⁴. Em 2002, juntaram-se ao CIOAT outras três organizações: AATA, COTA e SGATAR⁴⁴⁵. Posteriormente, a denominação formal da organização ficou estabelecida como Comitê Internacional das Organizações de Administrações Tributárias. Seu objetivo é desenvolver relacionamentos com outras organizações regionais e internacionais, tendo como função de curto prazo desenvolver a melhor prática das administrações tributárias e uso de serviços pelo contribuinte.⁴⁴⁶

O Comitê tem sede no Canadá e já realizou três reuniões: a primeira em outubro de 2001, na cidade espanhola de Sevilha; a segunda, em maio de 2002, na cidade canadense de Quebec; e a terceira na Cidade do Cabo, África do Sul, em dezembro de 2002.⁴⁴⁷

Essa iniciativa é criticada por Frances Horner por ter surgido por proposta da OCDE sendo formada não por formuladores de política tributária, mas por administrações tributárias que, segundo entende, tendem, a despeito da presença de

⁴⁴⁴ Na Tabela A.5.2, pode ser encontrada a identificação de tais organizações com sua denominação, histórico resumido, funções e lista de membros.

⁴⁴⁵ Ver nota 444.

⁴⁴⁶ Cf. UNITED NATIONS. *op. cit.*, (nota 45), parág. 5.

⁴⁴⁷ Cf. COMMITTEE OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF TAX ADMINISTRATIONS. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.ciota.ca/index.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

membros do CIAT, a ficar contidos na agenda da OCDE que é sempre construída no interesse dos países membros da organização que são, em grande maioria, PD.⁴⁴⁸

5.6.2. Fórum Global de Tributação da OCDE

O Fórum Global de Tributação da OCDE foi apresentado em 2000 como uma estrutura na qual países-membros e não-membros da OCDE podem desenvolver um diálogo e propor soluções para questões de mútuo interesse e preocupação. No entanto essa iniciativa tem algumas limitações estratégicas. A participação é por convite; a agenda desses encontros é dada pela OCDE e as decisões são geralmente reservadas para países membros em reuniões fechadas.⁴⁴⁹

Essas limitações do Fórum Global da OCDE têm sido observadas igualmente nos vários programas tributários para o benefício de países em desenvolvimento e economias em transição que a OCDE tem promovido nos últimos anos. Embora PED não-membros tenham sido ocasionalmente convidados para participar de discussões públicas de questões tributárias internacionais, estes não têm assento à mesa quando a OCDE toma decisões em questões tributárias. São meros observadores num processo que pode afetar profundamente seus interesses e sobre os quais não podem atuar naquele fórum.⁴⁵⁰ Foi exatamente isso que ocorreu na discussão do adequado tratamento tributário da renda oriunda do comércio eletrônico internacional.⁴⁵¹ Alguns PED e PET

⁴⁴⁸ Cf. HORNER, *op. cit.*, (nota 81), p. 5. A autora já trabalhou na divisão de assuntos fiscais da OCDE em projetos relacionados com a competição tributária e preços de transferência. Atualmente é consultora de política externa da Conferência dos Bispos Católicos dos Estados Unidos da América. A ressalva à presença de membros do CIAT no CIOAT não consta do texto da autora.

⁴⁴⁹ Cf. HORNER, *op. cit.*, (nota 81), p. 5. O destaque da característica do Fórum Global de Tributação da OCDE de aceitar países apenas por convite é feito também em UNITED NATIONS, *op. cit.*, (nota 446), parág. 14.

⁴⁵⁰ Cf. UNITED NATIONS, *op. cit.*, (nota 43), parág. 7.

⁴⁵¹ Sobre os problemas atinentes à tributação internacional do comércio eletrônico consultar, entre outros, SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de renda e o comércio eletrônico. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo(coords.). *Direito tributário atual v. 16*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 146-160, *passim*; SILVA, *op. cit.*, (nota 28), p. 84-98; VASCONCELOS, Roberto França. *Tributação do comércio*

foram convidados para participar de fóruns públicos sobre o tema, mas a decisão da OCDE de limitar ao máximo a possibilidade da tributação pela fonte, aparentemente, já havia sido tomada antes mesmo dos debates começarem. Os PED e PET obviamente não estavam sentados na mesa quando essa decisão foi tomada.⁴⁵² Esse tipo de evento põe em evidência uma preocupação em relação à sinceridade de qualquer esforço de cooperação global em questão tributária na medida em que os PED observarem que os pontos de seu interesse não estão abertos para discussão ou estão "fora da mesa".⁴⁵³ Nesse cenário, é compreensível o ceticismo de Frances Horner em relação a fóruns globais promovidos pela OCDE a ponto de a autora afirmar que a atuação da OCDE é firme quanto aos interesses dos PD, fazendo acenos aos PED apenas para não deixá-los "criar dente".⁴⁵⁴

5.6.3. Diálogo Internacional sobre Tributação (*International Tax Dialogue* - ITD)

Em 2002, foi criado o Diálogo Internacional sobre Tributação, em inglês *International Tax Dialogue*, pelo FMI, Banco Mundial e OCDE. Conta com a participação de países, organizações sobre tributação e bancos de desenvolvimento regionais.⁴⁵⁵ Suas funções básicas seriam: a) discussão de problemas tributários de mútuo interesse; b) compartilhamento de experiências; c) identificação das melhores práticas em tributação; d) manutenção de banco de dados amplamente acessível para atual e futura assistência técnica em política tributária e administração tributária.⁴⁵⁶

eletrônico internacional. Tese (Doutorado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002, passim.

⁴⁵² Cf. UNITED NATIONS, *op. cit.*, (nota 43), parág. 9.

⁴⁵³ Cf. HORNER, *op. cit.*, (nota 81), p. 8.

⁴⁵⁴ Cf. HORNER, *op. cit.*, (nota 81), p. 5.

⁴⁵⁵ Países que constam como participantes desse fórum: Austrália, Canadá, Chile, Espanha, Estados Unidos da América, França, Holanda, Irlanda, Japão, México, Noruega, Nova Zelândia, Reino Unido, Singapura. Participam também do ITD organismos, institutos e organizações internacionais, tais como: Banco interamericano de desenvolvimento, Banco Mundial, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), FMI, Institute of Development Studies (IDS), Department for International Development (DFID), OCDE, e observadores da ONU (Cf. INTERNATIONAL TAX DIALOGUE. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.itdweb.org>>. Acesso em: 12 ago. 2008).

⁴⁵⁶ Cf. UNITED NATIONS. *op. cit.*, (nota 45), parág. 17-9.

A função básica do ITD é estimular o diálogo entre governos e organizações internacionais sem criar uma nova instituição e visando aos interesses tanto de países desenvolvidos quanto de países em desenvolvimento.⁴⁵⁷ Uma preocupação marcante na criação de tal fórum foi evitar a duplicação de esforços em relação à atuação das organizações proponentes.⁴⁵⁸

É uma iniciativa com grande prestígio internacional, uma vez que na criação do Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional de Questões Tributárias da ONU, como veremos adiante, foi ressaltado que o comitê trabalharia em conjunto com o ITD.⁴⁵⁹

Essa iniciativa sofre dos defeitos trazidos pela ausência de dois elementos importantes para o sucesso da cooperação num ambiente marcado pelo individualismo nacional: ausência de formalidade e de arranjo institucional. Veremos no item 5.7 como esses elementos contribuem para o sucesso da cooperação tributária.

5.6.4. Atuação da ONU na cooperação tributária internacional

A atuação da ONU em questões sobre tributação internacional inicia-se por determinação do Conselho Econômico e Social, por meio da Resolução 1273 (XLIII), de 4 de agosto de 1967, que solicitou ao Secretário-Geral a formação de um grupo de especialistas e funcionários das administrações tributárias com a função de investigar as formas de estimular a conclusão de tratados entre PED e PD. Tal grupo deveria ser representativo de ambos os grupos de países, bem como das diversas regiões e sistemas

⁴⁵⁷ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Developing the international dialogue on taxation: a joint proposal by the staffs of the IMF, OECD and World Bank. 13 mar. 2002. *World Tax Daily*. 2002 WTD 50-23, 2002, p. 1.

⁴⁵⁸ Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *op. cit.*, (nota 457), p. 3.

⁴⁵⁹ Cf. UNITED NATIONS, *op. cit.*, (nota 43), parág. 52.

tributários. Em 1968, obedecendo a tal Resolução, foi criado o Grupo *ad hoc* de Especialistas em Tratados sobre Tributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento com 20 membros, nove países observadores e cinco organizações internacionais.⁴⁶⁰ Em 1980, o grupo teve seu nome trocado para Grupo *ad hoc* de Especialistas em Cooperação Internacional em Questões Tributárias e sua composição foi aumentada para 25 membros, segundo a resolução 1980/13 do ECOSOC, com dez PD e 15 PED.⁴⁶¹

A conclusão da própria ONU foi de que o grupo *ad hoc* não propiciava uma adequada estrutura para a cooperação internacional entre PED, PD e PET. Seria necessário um arranjo institucional para criar uma estrutura dentro da ONU com *status* e legitimidade necessários para dar a todos os países, incluindo PED e PET, uma voz efetiva no estabelecimento das normas tributárias internacionais.⁴⁶²

Considerando que o Consenso de Monterrey⁴⁶³ havia apontado para o fortalecimento da cooperação tributária por meio do aumento do diálogo entre autoridades tributárias nacionais e organizações regionais de destaque, com especial atenção para as necessidades dos países em desenvolvimento e economias em transição, o ECOSOC criou o Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional de Questões Tributárias (CECIQT)

⁴⁶⁰ Os países membros foram: Alemanha, Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Filipinas, França, Gana, Holanda, Índia, Israel, Japão, Noruega, Paquistão, Reino Unido, Sri Lanka, Sudão, Suíça, Tunísia, Turquia. Os países observadores foram: Áustria, Bélgica, Coréia, Espanha, Finlândia, México, Nigéria, Suazilândia e Venezuela. As organizações internacionais foram: a Câmara Interamericana do Comércio, o Fundo Monetário Internacional, The International Fiscal Association, a OCDE, a Organização dos Estados Americanos (OEA). (Cf. UNITED NATIONS. Secretariat. *Ad hoc group of experts on international cooperation in tax matters. Eighth meeting. United Nations model double taxation convention between developed and developing countries*. ST/SG/AC.8/1997/L.2. 17 set. 1997. Disponível em: <<http://documents.un.org/simple.asp>>. Acesso em: 12 ago. 2008, parág. 4-5).

⁴⁶¹ Cf. UNITED NATIONS. *op. cit.*, (nota 43), parág. 10-1. Notamos que outro documento da ONU também fala em 25 membros, mas fornece uma composição equilibrada de 10 PD e 10 PED sem indicar qual seria a origem dos outros cinco membros do grupo (Cf. UNITED NATIONS, *op. cit.*, (nota 43), parág. 36).

⁴⁶² Cf. UNITED NATIONS. *op. cit.*, (nota 43), parág. 12.

⁴⁶³ Consenso de Monterrey é o nome dado ao acordo da Conferência Internacional sobre o Financiamento do Desenvolvimento realizada na cidade mexicana de Monterrey de 18 a 22 de março de 2002.

por meio da resolução 2004/69. O novo comitê possui 25 membros⁴⁶⁴ com mandato de quatro anos, sendo indicados por seus governos e acatados pelo Secretário-Geral em 2005.

O CECIQT tem como funções:

- manter revisado e atualizado o Modelo ONU e o Manual para negociação de Tratados;
- providenciar uma estrutura para diálogo com o objetivo de aumentar e promover a cooperação tributária internacional entre as autoridades tributárias nacionais;
- pesquisar como novos assuntos poderiam afetar a cooperação tributária internacional e desenvolver estimativas, comentários e recomendações apropriadas;
- fazer recomendações sobre assistência técnica para países em desenvolvimento e países com economias em transição;
- dar especial atenção para países em desenvolvimento e países em transição no trato das questões anteriores;

⁴⁶⁴ Os atuais 25 membros do CECIQT com mandato até julho de 2009 são representantes dos seguintes países: África do Sul, Bahamas, Barbados, China, Espanha, Filipinas, França, Estados Unidos da América, Indonésia, Irlanda, Itália, Japão, Marrocos, México, Noruega, Peru, Qatar, Reino Unido, República da Coreia, Rússia, Suíça, Tanzânia, Tunísia, Uruguai e Zâmbia (Cf. UNITED NATIONS. General Assembly. Sixty-second session. *Report of the Economic and Social Council of 2007*. 24 ago. 2007. A/62/3. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 06 ago. 2008). Na criação do CECIQT, o Brasil fazia parte do comitê, mas em 2006 a vaga brasileira foi ocupada pelo Uruguai (Cf. UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Appointment of members of the *committee of experts on international cooperation in tax matters*. 06 jul. 2005. E/2005/9/Add.11. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 06 ago. 2008, p. 1-2; UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Official Records, 2006. Supplement No. 1*. E/2006/99. 2006. Disponível em: <<http://www.un.org/docs/ecosoc/>>. Acesso em: 06 ago. 2008, p. 211).

- coletar e disseminar informações sobre políticas e práticas tributárias, em colaboração com organismos multilaterais e organizações internacionais de destaque.⁴⁶⁵

A criação do comitê foi inspirada na experiência do Comitê Fiscal da Liga das Nações,⁴⁶⁶ tendo como objetivo principal dar aos PED e PET uma efetiva voz nas questões sobre cooperação tributária que estão sendo decididas na comunidade internacional. Não há coincidência com o trabalho já desenvolvido por outras organizações, uma vez que a comissão não coleta dados sobre sistemas tributários, como faz a OCDE, nem sobre desenvolvimento econômico, como faz o Banco Mundial. Também não providencia assistência técnica na estruturação de normas tributárias internas ou introdução de novas formas de tributação, como faz o FMI.

Documentos que antecederam a criação do CECIQT indicaram outras funções além da busca pela meta central. O CECIQT deve buscar antigos objetivos como o de exercer a função de depositária de informações sobre técnicas de tributação que têm sido utilizadas com sucesso por PED e PET no trato de questões tributárias internacionais. Deve também manter uma lista de especialistas em tributação internacional de atuação independente que poderia servir, conforme a solicitação dos Governos, como consultores para PED e PET em certos assuntos relativos à tributação internacional. De tempos em tempos, como fazia o GECIQT, pode oferecer seminários sobre questões tributárias internacionais em benefício de PED e PET.⁴⁶⁷

Após reconhecer as críticas formuladas à proposta de criação de uma OMT, os especialistas da ONU justificam que a criação do CECIQT não é uma tentativa de "criar uma OMT pela porta dos fundos". Ao contrário, não significa a criação de qualquer

⁴⁶⁵ Cf. UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Committee of experts on international cooperation in tax matters*. 11 nov. 2004. E/2004/69. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

⁴⁶⁶ Cf. UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Eleventh meeting of the ad hoc group of experts on international cooperation in tax matters. Report of the Secretary-General*. 12 abr. 2004. E/2004/51. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008, parág. 66.

⁴⁶⁷ Cf. UNITED NATIONS, *op. cit.*, (nota 43), parág. 53-5.

outra organização internacional, mas irá reconhecer a legitimidade adquirida por outras organizações no campo da tributação internacional e promover meios para uma maior cooperação entre estas organizações e a ONU. Seu objetivo prioritário é dar voz aos PED e PET na formulação das normas de tributação internacional.⁴⁶⁸

Apesar de tal posição dos especialistas da ONU, estamos em consonância com o pensamento de Reuven Avi-Yonah que defende a possibilidade de o CECIQT ser a base da criação de uma organização multilateral para tratar de tributação internacional pelas razões que veremos no próximo item.⁴⁶⁹

5.7. UMA ORGANIZAÇÃO INTERGOVERNAMENTAL SOBRE TRIBUTAÇÃO

A sistematização feita por Arthur J. Cockfield, que analisamos parcialmente no item 5.5, optou por entender que poderia haver cooperação multilateral mais formal levada a efeito com um conjunto de regras vinculantes por meio das quais os participantes acordam uma divisão proporcional do poder de tributar a renda sem a existência de uma organização intergovernamental. Embora o exemplo histórico do surgimento do GATT⁴⁷⁰ possa confirmar essa possibilidade, nossa proposta é que tais discussões serão mais bem conduzidas por uma organização intergovernamental, o que nos leva a fundir as duas modalidades de cooperação sugeridas pelo autor das quais ainda não tratamos (letras “e” e “g” do item 5.5) em apenas uma: Organização Mundial de Tributação formal que promova discussões amplas sobre os mais diversos temas de tributação internacional e por meio da qual seja possível editar normas vinculantes para os membros depois da realização de negociações multilaterais.

⁴⁶⁸ Cf. UNITED NATIONS, *op. cit.*, (nota 43), parág. 21.

⁴⁶⁹ Cf. AVI-YONAH, Reuven S. *Bridging the north/south divide: international redistribution and tax competition*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=572172>>. Acesso em: 02 out. 2008, p. 24.

⁴⁷⁰ Para um resumo sobre a origem do GATT a despeito do fracasso da criação da Organização Internacional do Comércio em 1947, ver: BLIACHERIENE, *op. cit.*, (nota 311), p. 78-81; NASSER, *op. cit.*, (nota 24), p. 34-7.

5.7.1. Funções da OMT

A proposta de criação de uma OMT já vem sendo discutida internacionalmente há alguns anos. Em 2000, no relatório submetido ao comitê preparatório para a Conferência Internacional sobre o Financiamento do Desenvolvimento, o Secretário-Geral da ONU recomendou a formação de uma organização internacional, ou fórum de cooperação em assuntos de tributação de maneira que os vários esforços em relação ao assunto fossem canalizados para uma única entidade. Esse fórum global teria as seguintes funções: compartilhar as experiências em tributação interna; desenvolvimento de definições, padrões e normas sobre política tributária, administração e outros aspectos da tributação; identificação de tendências e problemas da tributação; elaboração de relatórios sobre tributação; providenciar assistência técnica para autoridades tributárias locais em particular aquelas de países em desenvolvimento e países com economias em transição. O mesmo relatório também sugeriu um fortalecimento do Grupo *ad hoc* de Especialistas sobre Cooperação Internacional em Matéria Tributária.⁴⁷¹

Tratando das funções de uma OMT, Victor Thuronyi defendeu uma organização internacional organizada de modo a ser um fórum para a discussão da operação do sistema internacional de tributação, isto é, o sistema para a tributação das transações internacionais. Seus especialistas conduziriam estudos, incluindo estudos estatísticos, sobre como o sistema está funcionando e como fariam propostas de soluções. O autor sustenta que tais estudos poderiam incluir identificação de casos de competição tributária danosa e outros casos nos quais a ação individual dos países tivesse provocando efeitos negativos na operação sistema de tributação internacional de modo a encaminhar soluções. Defende que deveria legar a agenda da OCDE na área tributária, ou seja, deveria

⁴⁷¹ Cf. UNITED NATIONS. General Assembly. *Report of the Secretary-General to the preparatory committee for the high-level international intergovernmental event on financing for development*. 18 dez. 2000. A/AC.257/12. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008, parág. 142.

continuar o trabalho do Comitê Fiscal da OCDE, mas numa base ampliada.⁴⁷² Esta última proposta do autor, no entanto, levar-nos-ia a criar uma organização que repetiria os mesmos erros das iniciativas até aqui existentes. Uma futura OMT não deve simplesmente partir dos estudos da OCDE, como defendeu Victor Thuronyi,⁴⁷³ pois se assim fosse feito, estaríamos, por exemplo, admitindo conclusões sobre competição tributária danosa que foram edificadas sem considerar a existência de disparidades de graus de desenvolvimento entre os países que não são membros OCDE. Se, por um lado, não podemos negar a qualidade de vários estudos técnicos produzidos com recursos da OCDE, por outro lado, não podemos tomá-los como aplicáveis, *a priori*, a um conjunto de países muito mais ampliado e com características de desenvolvimento bem mais heterogêneas que a lista de membros daquela organização. Parece-nos que as funções propostas em 2000 pela ONU, que não vinculam a continuidade dos trabalhos de qualquer outra organização e nem indicam que estes devam ser ignorados, são mais adequadas para permitir que sejam amplamente discutidos todos os assuntos atinentes à tributação internacional.

5.7.2. Viabilidade num cenário individualista e num cenário solidário

Vimos nos itens 5.2 e 5.4 que temos que considerar o aprofundamento da cooperação tributária internacional tanto num ambiente marcado pela solidariedade quanto naquele marcado pelo individualismo nacional. A opção pelo aperfeiçoamento da cooperação tributária internacional por meio de uma OMT consegue ser viável em ambos os cenários possíveis.

Como vimos no item 5.4, o experimento e o exemplo sobre a cooperação em um ambiente egoísta fornecidos por Robert Axelrod demonstraram que a perspectiva de futuro nas relações é uma condição importante para a cooperação e que, devido à

⁴⁷² Cf. THURONYI, Victor. International tax cooperation and a multilateral treaty. *Brooklyn Journal of International Law*, v. XXVI, n. 4, p. 1641-81, 2001, (p. 1677).

⁴⁷³ Cf. THURONYI, *op. cit.*, (nota 472), 1677.

prevalência dos acordos bilaterais e a ausência de uma organização mundial de tributação, não está presente atualmente no cenário da tributação internacional. Um país pode perfeitamente tirar vantagem da não-cooperação em matéria tributária com outro, pois uma eventual retaliação daquele país poderá não afetá-lo, uma vez que está à sua disposição a alternativa de trocar aquela relação bilateral por outra que não estará necessariamente afetada pelo comportamento de não-cooperação. A existência de uma organização mundial de tributação poderá garantir que a retaliação pela não-cooperação tenha reflexos diante do conjunto de membros da organização, o que conformaria a condição básica, apontada por Robert Axelrod para o surgimento e continuidade estável da cooperação.

Ao tempo que pode permitir que a perspectiva de futuro das relações torne viável a cooperação tributária num ambiente não solidário, a criação de uma OMT pode contribuir para que o egoísmo exacerbado de cada um, que conduz a luta de todos contra todos e visa apenas ao desenvolvimento próprio, subjetivo, seja freado por mecanismos de redução das desigualdades e de cooperação, tendo em vista a dimensão de solidariedade do direito ao desenvolvimento.⁴⁷⁴

Além de ser uma alternativa viável para o aperfeiçoamento da cooperação tributária internacional em ambos os cenários – individualista e solidário - uma Organização Mundial de Tributação, dado seu caráter de organização intergovernamental (OIG), contribuirá decisivamente para a cooperação entre os Estados-membros na medida em que envolve a criação de um espaço social e até físico, para propiciar a realização de negociações de curta, média e longa duração, além de fornecer uma máquina administrativa que contribuirá para transformar essas decisões em realidade. A manutenção de uma burocracia permanente permite uma reação rápida em momentos de crise, além de favorecer a elaboração de projetos de assistência técnica e trocas de informações. O ambiente criado por uma OIG é propício à gestação de normas, bem como permite o controle à aquiescência destas, aumentando a expectativa em relação à reciprocidade. O controle sobre o cumprimento dos compromissos assumidos fornece transparência com relação ao comportamento dos Estados-membros, retirando o incentivo para a ação

⁴⁷⁴ Cf. RISTER, *op. cit.*, (nota 5), p. 269.

isolada.⁴⁷⁵ Nesse ponto podemos nos lembrar do jogo chamado caçada ao cervo.⁴⁷⁶ Nesse jogo, como vimos no item 5.3.2, mesmo sabendo que a cooperação trará resultados melhores para seus interesses, o jogador é tentado a garantir um resultado mínimo, pois tem dúvidas em relação ao comportamento do outro jogador. Se ambos souberem que irão todos cumprir seus compromissos até o fim, o comportamento racional será manter a atuação conjunta.

Se considerarmos a prevalência de um ambiente solidário e de interesses mútuos de cooperação, a disseminação de informações propiciada pela OMT pode contribuir para identificar os pontos de convergência entre os Estados-membros. O jogo chamado batalha dos sexos do qual tratamos no item 5.3.4, ilustra como, mesmo tendo interesses comuns, uma comunicação deficiente entre os atores pode prejudicar a tomada de decisão entre os envolvidos.

Portanto a disseminação de informações propiciada pela organização intergovernamental servirá tanto para viabilizar a cooperação como caminho mais racional para os Estados-membros como para facilitar a identificação dos interesses convergentes em tal direção.

5.7.3. Requisitos para a OMT contribuir para a busca pelo desenvolvimento

Além da concordância quanto à existência de fortes motivos para a criação de uma OMT, é preciso que alguns requisitos sejam obedecidos para que se justifique a criação de tal organização sob o ponto de vista de países que buscam o desenvolvimento. Adaptando proposta de Frances Horner, podemos enumerar alguns

⁴⁷⁵ Cf. HERTZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23-4.

⁴⁷⁶ Reuven Avi-Yonah associa tanto o dilema ao prisioneiro quanto a caçada ao cervo a casos de competição e cooperação tributária em: AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 52), p. 95.

requisitos que, sob essa perspectiva, entendemos imprescindíveis para uma organização que trate de tributação.⁴⁷⁷

- 1- Inexistência de “mordaza” que impeça tratar de alguns assuntos, especialmente a divisão internacional do poder de tributar a renda entre país da residência e país da fonte;
- 2- Divisão justa do poder de tributar a renda, inclusive quanto ao comércio eletrônico;
- 3- O impacto das políticas tributárias, adotadas pelos países no desenvolvimento de outros, deve ser objeto de permanente preocupação e discussão. Em outras palavras, a organização deve levar em conta o efeito das externalidades fiscais negativas em relação ao desenvolvimento;⁴⁷⁸
- 4- Organização deve prestar assistência membros que tenham dificuldades em relação ao aperfeiçoamento de sua administração tributária;
- 5- Organização deve ser formada por Estados-membros que representem um conjunto de países com os mais diversos graus de desenvolvimento e deve ser orientada pelo objetivo básico de contribuir para a concretização do direito ao desenvolvimento;

⁴⁷⁷ Existem outros requisitos estruturais relativos, por exemplo, ao financiamento das atividades e ao funcionamento da organização que podem comprometer o atingimento dos objetivos voltados para o direito ao desenvolvimento, mas não pretendemos fornecer um delineamento completo da organização, mas sim contribuir no traçado de algumas linhas mestras da proposta de sua criação. Adrian Sawyer faz uma proposta sobre a estrutura da organização em: SAWYER, Adrian. *Developing an International (World) Tax Organisation for administering binding rulings and APAs – The way forward*. 7th International Conference on Tax Administration. Sidney, abr. 2006. . Disponível em: <<http://www.atax.unsw.edu.au>>. Acesso em: 29 dez. 2008, p. 11-6.

⁴⁷⁸ Sobre externalidades fiscais ver item 1.2.

A proposta de Frances Horner prevê os quatro primeiros requisitos acrescidos de um quinto que equivaleria a incluir, na agenda da OMT, a discussão sobre a implantação de tributos globais. Nesse ponto divergimos da autora, pois entendemos que a OMT não deve conter na agenda qualquer discussão sobre tributos globais tais como: Taxa Tobin e Imposto sobre Carbono, pois a intensa polêmica sobre tais assuntos prejudicaria, em muito, o avanço sobre outras questões de tributação internacional que influem na mobilização de recursos domésticos para o desenvolvimento.⁴⁷⁹ Nesse sentido, Vito Tanzi afirmou que é pouco provável que os governos dos países estejam dispostos a conceder a uma organização a competência para criar tributos e apontou que até mesmo na Europa isso é impensável até o momento.⁴⁸⁰ Ademais, a doutrina sobre organizações internacionais coloca como um das condições para o desenvolvimento de uma OIG o reconhecimento pelos Estados dos problemas que surgem a partir de sua coexistência e da necessidade de criação de meios para regular suas relações e tais condições estão longe de serem alcançadas quanto à existência de tributos globais.⁴⁸¹

Interessante notar que uma OMT não tem sido defendida apenas por especialistas oriundos de PED motivados pelos interesses deste grupo de países. Whitney Whisenhunt tentou demonstrar que os EUA poderiam se beneficiar da criação tal organização sob os auspícios da ONU. Para a autora a discussão das DISC/FSC representando mais de trinta anos de guerra fiscal entre Europa e EUA, pode justificar que uma OMT interessaria aos países desenvolvidos. Isso ocorreria devido à existência de regras administrativas da OMC que, segundo a autora, favorecem os países com territorialidade restrita ao passo que uma OMT poderia compreender melhor a universalidade em contraposição à territorialidade restrita e poderia permitir um melhor tratamento da renda extraterritorial.⁴⁸²

Para superar a possibilidade de uma OMT ter sua atuação capturada pelos interesses de determinado país, a organização que facilitará a cooperação internacional deve ter entre suas preocupações básicas o impacto que a cooperação na área tributária

⁴⁷⁹ Cf. TANZI, Vito. Taxation and the architecture of the international economic system. In: OCAMPO, José Antonio; ZAMAGNI, Stefano; DAVIS, Ricardo French; PIETROBELLI. (eds.). *Financial globalization and the emerging economies*. Chile: Cepal, 2000, p. 139-49, (p. 146-7).

⁴⁸⁰ Cf. TANZI, *op. cit.*, (nota 44), p. 10.

⁴⁸¹ Cf. HERTZ e HOFFMANN, *op. cit.*, (nota 475), p. 32.

⁴⁸² Cf. WHISENHUNT, *op. cit.*, (nota 23), p. 554.

pode ter na mobilização dos recursos domésticos de cada país para concretizar o direito ao desenvolvimento. Assegurada tal preocupação básica para a OMT, poderíamos, em meio ao complexo cenário da tributação internacional, remover alguns problemas concretos de implementação do direito ao desenvolvimento.⁴⁸³

5.7.4. Possibilidade de a OCDE ou a OMC exercer as funções de uma OMT

Alguns autores internacionais⁴⁸⁴, ao tratarem da possibilidade de existência de uma organização intergovernamental que tratasse de tributação, cogitaram a idéia de que tal incumbência fosse dada a alguma das organizações já existentes como OCDE e OMC. O cotejo dos requisitos que apontamos para a OMT permite afastarmos tal possibilidade.

A afirmação de que a OCDE já exerce o papel de organização internacional que trata de tributação e que uma OMT acabaria por ser um esforço em duplicidade não se sustenta diante de alguns fatos facilmente verificáveis. É fato que a OCDE vem preenchendo um vazio na governança global em relação à tributação por possuir um excelente corpo técnico e ser formada, em sua maioria, por países com sofisticados sistemas tributários. Mas essa prestigiosa organização representa um conjunto de países bastante restrito, sendo em sua ampla maioria países com alto grau de desenvolvimento, o que evidencia o não-cumprimento do quinto requisito por nós apresentado anteriormente. Ademais, Frances Horner aponta que a OCDE: (i) é muito conduzida pelos interesses dos países que mais contribuem para seu funcionamento, como os EUA; (ii) é vulnerável a mudanças de política em seus países membros; (iii) emite decisões que não vinculam e podem ser ignoradas por seus membros; (iv) está ignorando a agenda do desenvolvimento.⁴⁸⁵ A possibilidade de ampliar a composição da OCDE

⁴⁸³ Cf. BARRAL, *op. cit.*, (nota 9), p. 59-60.

⁴⁸⁴ Entre eles: Frances Horner, Reuven Avi-Yonah e Vito Tanzi. Os textos são citados nos parágrafos seguintes do texto.

⁴⁸⁵ Cf. HORNER, *op. cit.*, (nota 81), p. 5.

contaria com a provável desconfiança dos novos países com relação aos compromissos da organização com os interesses dos membros fundadores.

A possibilidade de a OMC ter suas funções ampliadas para tratar diretamente de questões sobre tributação encontra apoio se considerada a composição dessa organização que é bastante ampliada e já enfrenta algumas questões sobre tributação no trato dos subsídios.⁴⁸⁶ A respeito do assunto, Michael Rodi defende a possibilidade de se aproveitar o Código de Subsídios da OMC como um instrumento específico contra a concorrência tributária nociva.⁴⁸⁷ A proposta do autor não pressupõe uma discussão preliminar sobre o que seria uma competição tributária nociva, fazendo crer que adota as lições da OCDE. Conforme já tratamos no Capítulo I, a visão da OCDE sobre o assunto não pode ser compartilhada por países que querem atrair IED por meio de incentivos fiscais como meio de contribuir para o desenvolvimento.

As lições dos casos DISC/FSC/ETI demonstraram que a OMC evita discutir os fundamentos e efeitos do sistema de territorialidade pura e de territorialidade com universalidade,⁴⁸⁸ por exemplo, o que conflita com o primeiro requisito por nós defendido no sentido de não existirem assuntos relacionados com a tributação internacional que não possam ser discutidos pela organização intergovernamental que ficar incumbida de aumentar a cooperação tributária internacional. Entendemos que um alto grau de cooperação internacional análogo ao que foi adotado para a liberalização internacional do comércio, conforme foi desejado por Peggy Musgrave,⁴⁸⁹ não pressupõe que tal cooperação seja encaminhada pela OMC.

Apesar de entendermos que a OMC não preenche os requisitos para exercer as funções de uma OMT, não partilhamos da posição que entende que uma das razões para tanto seria a falta de especialistas em tributação nos quadros da OMC.⁴⁹⁰ Embora tal argumento possa ser justificado na composição dos painéis nos casos FSC/ETI

⁴⁸⁶ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 469), p. 21.

⁴⁸⁷ Cf. RODI, *op. cit.*, (nota 62), p. 137.

⁴⁸⁸ Cf. WORLD TRADE ORGANIZATION. *op. cit.*, (nota 340), p. 282.

⁴⁸⁹ Cf. MUSGRAVE, Peggy B. Sovereignty, entitlement and cooperation in international taxation. *Brooklyn Journal of International Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1335-56, 2001, (p. 1348).

⁴⁹⁰ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 469), p. 21.

(dois diplomatas e um professor de Direito de Harvard)⁴⁹¹ e na dificuldade que tiveram em compreender os efeitos da territorialidade pura e da universalidade para a incidência, se fosse esse um obstáculo relevante, seria facilmente removível, pois poderiam ser recrutados especialistas em tributação para atuar no organismo.

Um dos principais argumentos contra a assunção pela OMC das funções de OMT podemos extrair das lições de Robert A. Green. O autor sistematiza as soluções de disputas internacionais entre aquelas com tratamento por um modelo legalista (*legalistic*) e outras com tratamento por um modelo pragmático.⁴⁹² O modelo legalista enfrenta as disputas internacionais com regras que podem resultar em retaliações para aquele país que foi tido como violador daquelas. O modelo pragmático, segundo o autor, toma as normas internacionais como guia para a atuação diplomática por meio de consultas e negociações intergovernamentais. Como vimos no Capítulo IV, a OMC utiliza ambos os modelos, mas as principais controvérsias têm sido solucionadas com o modelo legalista, resultando na aplicação de retaliações. Argumenta o autor que as retaliações aplicadas ao comércio internacional não são vistas como tão agressivas à soberania nacional como seriam vistas as retaliações aplicadas na tributação internacional. Uma organização mundial de tributação deveria, para escapar da sensibilidade com relação à soberania em questões tributárias, dar mais ênfase ao modelo pragmático do que ao legalista,⁴⁹³ o que conflita com a atuação da OMC. Ademais, a retaliação a uma redução unilateral na tributação sobre a renda praticada por um país seria concretizada, por exemplo, com a redução da alíquota dos demais países, o que poderia conduzir para a já referida “*race to the bottom*”.⁴⁹⁴

Considerando a ampla representatividade da ONU, entendemos que é sob auspícios daquela organização é que pode se tornar viável a criação de uma OMT,⁴⁹⁵ o que

⁴⁹¹ Ver nota 364.

⁴⁹² Cf. GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. *Yale International Journal*. n. 23, p. 79-139, 1998, (p. 82). O modelo pragmático é também chamado pelo autor de *antilegalistic model*. Preferimos a denominação de modelo pragmático para evitar a conotação de que seria um modelo contrário às obrigações internacionais.

⁴⁹³ Cf. GREEN, *op. cit.*, (nota 492), p. 131 e 138.

⁴⁹⁴ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 469), p. 22. O autor cita o exemplo da eliminação pelos EUA, na década de 1980, da retenção de imposto sobre juros recebidos por residentes nos investimentos do tipo *portfolio*. Após a decisão dos EUA, outros países também aboliram a retenção do imposto.

⁴⁹⁵ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 469), p. 24.

nos leva a concordar com a conclusão de Fábio Konder Comparato⁴⁹⁶ no sentido de que a ONU é o foro legítimo para o estabelecimento de mecanismos que busquem afastar os obstáculos ao processo de desenvolvimento. Como bem assinalado por Frances Horner, uma organização que seja criada, aproveitando a ampla representatividade da ONU, pode fazer globalmente o que a OCDE faz por seus países membros⁴⁹⁷, mas com uma credibilidade maior por ser representativa do conjunto das nações.⁴⁹⁸ Além da questão da legitimidade, Luís Eduardo Schoueri assinalou que a alternativa de criar uma OMT a partir dos trabalhos da ONU tem a seu favor o sucesso e a experiência do trabalho do grupo de especialistas em tributação do GECIQT.⁴⁹⁹ Objeções quanto às dificuldades que a quantidade e diversidade de países representados na ONU podem trazer para o funcionamento de um organismo técnico podem ser superadas com as experiências de outros organismos técnicos ligados à ONU (UNCTAD, por exemplo) que, no decorrer do tempo, vêm superando tais obstáculos.

Ao afastarmos a possibilidade de a OMC ou a OCDE exercerem as funções de uma OMT, não estamos propondo uma atuação de tal organização que ignore os trabalhos das organizações já existentes, o que inclui a OMC e a OCDE. Ao contrário, o sucesso da OMT dependerá do aproveitamento, dentre outros, dos estudos técnicos da OCDE e da consideração das discussões da OMC sobre subsídios, sem que isso represente que a nova organização ficará restrita à agenda ou ao modelo de funcionamento de uma ou de outra.

5.7.5. O caminho de curto e longo prazo

⁴⁹⁶ Cf. COMPARATO, op. cit., (nota 10), p. 398.

⁴⁹⁷ Cf. HORNER, op. cit., (nota 81), p. 5.

⁴⁹⁸ Cf. MCINTYRE, Michael J. Options for greater international coordination and cooperation in the tax treaty area. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 250-3, jun. 2002, p. 250.

⁴⁹⁹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e cooperação internacional. *Revista fórum de direito tributário*. Belo Horizonte, v. 2, n. 7, p. 25-54, jan./fev. 2004, (p. 45).

Partilhamos da conclusão de Reuven Avi-Yonah de que o objetivo de criar uma OMT não será facilmente alcançado, considerando que os governos estarão desejosos de preservar sua soberania no sentido de determinar suas próprias regras de tributação.⁵⁰⁰ Apesar de difícil, o objetivo não é impossível muito menos indesejável, levando em conta que a comunidade internacional deve buscar oferecer meios para que os PED atinjam as metas de desenvolvimento do milênio.

Para países que buscam o objetivo do desenvolvimento, como o Brasil, política tributária e a agenda de desenvolvimento são inseparáveis e esta última pode sofrer com significativos obstáculos surgidos por conta da ação isolada de Estados estrangeiros no plano internacional.⁵⁰¹ Assim considerado, e tendo em vista que o objetivo de criação de uma OMT tem mais chances de ser alcançado a partir das iniciativas existentes na ONU,⁵⁰² o país deve articular uma atuação no cenário internacional no sentido de, no curto prazo, apoiar a proposta de ampliar a função do Comitê da ONU em questões tributárias⁵⁰³ no sentido de que o Comitê possa:

- constituir-se numa efetiva estrutura para o diálogo e a cooperação internacional entre países com diferentes níveis de desenvolvimento;
- contribuir para a difusão de experiências que possam ajudar os países a fortalecer suas administrações tributárias;
- manter sua função como defensor da equidade e do equilíbrio na divisão das bases tributárias de modo a contribuir para a mobilização de recursos domésticos que possibilitem atingir as metas de desenvolvimento de cada país e, em especial, aquelas estabelecidas no Consenso de Monterrey.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Cf. AVI-YONAH, *op. cit.*, (nota 469), p. 25.

⁵⁰¹ Cf. COMPARATO, *op. cit.*, (nota 10), p. 398.

⁵⁰² Cf. HORNER, *op. cit.*, (nota 81), p. 1.

⁵⁰³ A proposta de fortalecer a atuação da ONU em questões tributárias é apoiada por vários especialistas internacionais, entre eles: David Rosenbloom (New York University) e Michael McIntyre (Wayne State University) (Cf. UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Report on the Panel Discussion on International Cooperation in Tax Matters*. 10 nov. 2003. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2008, p. 5).

⁵⁰⁴ Cf. BENSOUDA, Nouredine. *Possible UN roles in taxation and development. Speech in Expert Group Meeting on "Tax Aspects of Domestic Resource Mobilisation – A Discussion of Enduring and Emerging*

A médio e longo prazo, países que ainda têm muito a fazer em prol de seu desenvolvimento, como o Brasil, teriam na OMT oportunidade de discutir alguns pontos que nas modalidades de cooperação tributária já praticadas (tratados bilaterais e discussões sobre os modelos ONU e OCDE, por exemplo) estão afastadas.⁵⁰⁵ O apoio à criação da OMT estaria em consonância com a visão de futuro que Celso Lafer atribuiu à política externa brasileira que consiste na “idéia de trabalhar por um sistema internacional mais compatível com nossos valores e aspirações, ou seja, pela noção de um mundo em que os ideais de paz e democracia não apenas convivam com os anseios de desenvolvimento, mas efetivamente os reforcem e os viabilizem na prática mediante o estabelecimento de estruturas de cooperação (...)”.⁵⁰⁶

Sem esgotar a lista dos pontos que poderiam ser mais bem discutidos sob os auspícios de uma OMT, podendo chegar a ponto da celebração de tratados multilaterais, podemos citar os que já tratamos em outros capítulos do trabalho como: definição do que seria uma competição tributária aceitável ou não, estímulo à adoção da cláusula de *tax sparing* ou *matching credit* nos tratados para combater a bitributação, adequação das discussões sobre neutralidade no fluxo internacional de investimentos às necessidades atuais do desenvolvimento e efeitos das normas da OMC sobre subsídios com relação à tributação direta. Esses pontos, que hoje não estão disponíveis para discussão durante as iniciativas de cooperação tributária internacional que vêm sendo praticadas, poderão ser discutidos sob a responsabilidade de uma OMT que represente um amplo espectro de países com os mais diversos níveis de desenvolvimento.

Issues”. Rome, 4-5 September, 2007, p. 6.

⁵⁰⁵ Cf. HORNER, *op. cit.*, (nota 81), p. 4.

⁵⁰⁶ Cf. LAFER, Celso. Política externa brasileira: reflexão e ação. In: MARCOVITCH, Jacques. *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 25- 46, (p. 40). O autor não relacionou a tributação entre as matérias que deveriam ser objeto de cooperação, mas referiu-se, além da transferência de tecnologia, ao comércio e aos investimentos, o que nos permite, pela relação destes últimos com a tributação, conforme já estabelecido no decorrer do trabalho, aproveitar a afirmação do autor também para a tributação.

CONCLUSÕES

1. O desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas que não prescinde do desenvolvimento econômico e da ampliação da riqueza social, devendo ser compreendido em seus componentes econômico, social, político e jurídico.
2. A globalização tornou impossível dar efetividade a políticas públicas voltadas para a promoção do desenvolvimento sem considerar que estas influem e são influenciadas pela atuação de outros países e de grandes corporações multinacionais. A interdependência econômica e financeira internacional conecta os problemas nacionais com o ambiente internacional de tal forma que na tributação os governos sofrem limitações na sua capacidade de configurar seu sistema tributário. Essa mesma interdependência pode conduzir o processo de promoção do desenvolvimento nacional para a competição tributária internacional, pois os países, ao alterarem sua tributação com tal objetivo, podem suscitar a reação de outros países com o mesmo interesse nacional.
3. Quando tratamos da CTI devemos considerar as externalidades fiscais, ou seja, devemos considerar que a alteração do sistema de tributação internacional da renda de um país influi nas receitas tributárias de outro país e, conseqüentemente, no respectivo processo de desenvolvimento. Considerar a externalidade fiscal nessa análise é considerar o valor solidariedade na medida em que estamos levando em conta o interesse de terceiros países e seus residentes.
4. Na decisão de localização de investimentos, a existência de incentivos tributários é fator determinante, considerando que outros fatores já foram analisados e preenchidos pelos países interessados. Por conta disso, envolvidos num cenário típico de dilema do prisioneiro, os países que desejam receber IED acabam competindo entre si por meio da concessão de benefícios fiscais.

5. Competição tributária internacional é a situação na qual se constata a atuação de duas ou mais jurisdições tributárias soberanas no sentido de estimular empresas e/ou indivíduos a adotar comportamento que resulte no surgimento ou manutenção de algum elemento de conexão entre aquela jurisdição e uma ou mais manifestações de capacidade contributiva, de modo a permitir o exercício exclusivo ou compartilhado da soberania fiscal.

6. Entre os efeitos da entrada de IED (*inward investment*) temos: aumento do montante de capital disponível para o investimento; aumento no nível de emprego; aumento da arrecadação para o governo; introdução de novas técnicas e tecnologias; aumento da eficiência das empresas locais como resultado da competição com as filiais ou subsidiárias das empresas estrangeiras instaladas no país; aumento da exportação por parte das empresas nacionais estimuladas pela ação das novas empresas estrangeiras; e surgimento de melhorias na infra-estrutura do país. Tais efeitos tornam a CTI para atrair IED coerente com o objetivo de promoção do desenvolvimento nacional.

7. A CTI deve ser analisada não como danosa, perniciosa, aceitável *a priori* ou inaceitável *a priori*, mas como aceitável ou inaceitável depois de uma análise individual dos casos estruturada pela proporcionalidade. Nessa análise, o fim a ser considerado é que pautará a verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é a melhoria no nível relativo de desenvolvimento dos envolvidos.

8. A atuação estatal interna de indução aos investimentos pode ser afetada ou anulada pelo conteúdo dos acordos de bitributação ou mesmo pela atuação unilateral do país de residência da empresa investidora. Caso o Estado da fonte de um rendimento, utilizando-se de norma tributária indutora, tenha permitido uma redução do tributo como forma de promoção do desenvolvimento, a simples aplicação do método da imputação (crédito do imposto efetivamente pago) pelo país da residência do investidor levará a um incremento na pretensão tributária do Estado de residência, anulando o sacrifício da soberania fiscal do país da fonte. A existência de tratado para evitar a bitributação com cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* afasta tal efeito negativo.

9. O *tax sparing* é uma técnica que permite a atribuição de um crédito ao investidor correspondente ao imposto que teria sido pago no país de origem do rendimento se não fossem as medidas de exoneração com que neste se pretendeu incentivar o investimento exterior. A aplicação do *tax sparing* depende de o país da fonte informar ao país da residência o imposto que normalmente seria pago caso não existissem medidas incentivadoras.

10. O *matching credit* é uma técnica que permite a atribuição no tratado de uma alíquota fixa para o crédito concedido pelo país da residência, independente da política fiscal do país da fonte, podendo esta ser maior (*matching credit* indução), menor (*matching credit* mínimo) ou igual (*matching credit* garantia) à alíquota convencional permitida ao país da fonte para o respectivo rendimento.

11. Nos últimos anos tem crescido a resistência dos países desenvolvidos em aceitar a inclusão de cláusulas de *tax sparing* e/ou *matching credit* nos tratados. Vários argumentos utilizados para tanto foram apresentados pela OCDE em relatório sobre o assunto no qual assinalou a visão de seus membros. Apresentamos argumentos que contestam o fundamento de todas essas críticas.

12. A aplicação da cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* não expõe os países contratantes à possibilidade de serem acionados na OMC por violação às regras sobre subsídios.

13. Defendemos a manutenção da política brasileira de celebração de tratados que insista na necessidade de inserção de cláusulas de *tax sparing* e/ou *matching credit* em tratados com países com capacidade de propiciar investimentos diretos no país para que os eventuais benefícios fiscais concedidos com o exercício de nossa soberania fiscal, que representam sacrifício do Tesouro Nacional e visam estimular o desenvolvimento nacional, não sejam aproveitados pelo Estado da residência do investidor estrangeiro.

14. Assumimos que uma análise interdisciplinar da competição tributária internacional, envolvendo noções da ciência econômica, contribuiria para ampliar o debate sobre os valores jurídicos relacionados ao tema. Buscamos, então, noções econômicas

sobre eficiência e neutralidade, ressalvando, para nossas conclusões, o respeito a uma metodologia própria do Direito.

15. O conceito de eficiência é baseado na premissa de que a produtividade será mais alta quando os fatores produtores de renda forem distribuídos por mecanismo próprios do mercado sem interferência governamental, de modo que leis que não interferem com a distribuição das forças de mercado são chamadas neutras.

16. Juntamente com a noção econômica de eficiência, encontramos o ótimo de Pareto que ocorre quando, em uma dada situação, não é mais possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro. A noção de ótimo de Pareto tem de natureza individualista, configurando um critério para aferir a eficiência social que nega a solidariedade e não contribui para a justiça, na acepção de igualdade, sendo, portanto, incompatível com a metodologia que adotamos para o estudo do Direito.

17. Ressalvamos que a neutralidade no fluxo internacional de investimentos tem importância subsidiária na lógica jurídica, pois apenas de forma indireta e casuística está associada à concretização dos valores colocados pelo texto constitucional sob a proteção do Direito. No entanto o jurista não pode deixar de conhecer os argumentos que sustentam a discussão a respeito de tal neutralidade.

18. Nas discussões sobre a divisão internacional do poder de tributar a renda destacam-se, desde a década de 1960, duas neutralidades advindas do que chamamos Modelo de Musgrave: a Capital Export Neutrality (CEN) e a Capital Import Neutrality (CIN).

19. A adoção da CEN implica tributação em bases universais com permissão de crédito do tributo pago no exterior, ainda que seja limitado tal crédito ao valor do correspondente tributo doméstico.

20. Por seu turno, a CIN é alcançada quando os países adotam a territorialidade pura, situação na qual o investimento suporta somente a tributação na fonte, não tendo relevância a residência do investidor.

21. Ao lado da CEN e da CIN, que são vistas como meios de buscar a maximização global da eficiência do capital, a neutralidade nacional (NN) é um critério justificado como meio para buscar a maximização do bem-estar nacional. Resulta na adoção da tributação universal, permitindo a dedução dos tributos pagos no exterior como custos.

22. As críticas ao modelo de Musgrave deram ensejo ao surgimento de duas outras neutralidades: a *Capital Ownership Neutrality* (CON) e a *National Ownership Neutrality* (NON).

23. A CON é a neutralidade em relação aos proprietários de capital. Se um regime de tributação da renda obtida no exterior consegue não interferir na identidade dos proprietários do capital, então obedece a CON.

24. A NON exige que a quantidade capital investido em um país se mantenha inalterada. Isso seria obtido se houvesse a isenção da renda obtida no exterior, uma vez que o investimento feito no exterior seria compensado com o investimento oriundo do exterior.

25. Com a aplicação da CEN, a possibilidade de existir algum espaço para a CTI dependerá da existência de tratado com cláusula de *tax sparing* e/ou *matching credit* entre o país de residência do investidor e o país de localização do investimento.

26. Com a adoção da CIN, as possibilidades para a CTI são as mais amplas, pois a única tributação que sofrerá a renda obtida do investimento no exterior será aquela aplicada pelo país da fonte.

27. A adoção da CON deixa espaço para a CTI com vistas a atrair IED, uma vez que tal neutralidade é atingida, por atuação unilateral do país da residência, por meio da isenção da renda obtida no exterior; e, bilateralmente, com a aplicação de cláusulas de *tax sparing* e/ou *matching credit* presentes no tratado.

28. Para a CTI com vistas a atrair IED, a NON implica uma situação similar à CIN, uma vez que a adoção da NON exige a isenção de tributação da renda obtida no exterior.

29. Um subsídio para ser considerado como uma violação às regras do comércio internacional deve passar por uma análise que verifique se: (i) obedece aos requisitos do art. 1 do ASMC (em síntese: ajuda governamental que conceda vantagem a uma empresa); (ii) é específico; (iii) não é considerado um subsídio irrecorrível; (iv) obedecido aos três primeiros itens, não consta entre os subsídios proibidos; (v) não sendo um subsídio proibido, não se encaixa na condição de subsídio recorrível.

30. No núcleo da definição de subsídio temos dois elementos: (i) a idéia de existência de ajuda governamental que (ii) confere uma vantagem certas empresas. Além destes, a especificidade do subsídio é outro elemento importante para a análise de um subsídio frente às regras do ASMC.

31. O ASMC prevê três espécies de subsídios: irrecorríveis (verdes), proibidos (vermelhos) e recorríveis (amarelo).

32. Os subsídios irrecorríveis (verdes) são aqueles não específicos ou, ainda que específicos, toleráveis pelo comércio internacional de modo a não estarem sujeitos a medidas compensatórias ou recursos junto a OMC. Desde dezembro de 1999 foram revogados, uma vez que o Comitê de Subsídios da OMC não os prorrogou. Se forem considerados ainda em vigor, podemos ter algum benefício fiscal para atrair IED em PED enquadrado nessa espécie.

33. No contexto do controle dos subsídios, o relato empreendido dos casos DISC/FSC/ETI evidenciou que as propostas sobre incentivos fiscais que visem atrair ou manter IED, além de conformarem uma situação de CTI aceitável, estarem preservadas nos tratados para evitar a bitributação por meio das cláusulas de *tax sparing* ou *matching credit*, devem também passar por uma análise frente às regras do ASMC para que sejam afastadas aquelas que conduzam a subsídios proibidos ou mesmo os subsídios acionáveis.

Dessa maneira, evitaremos a aplicação de medidas compensatórias que poderiam anular o efeito positivo para o desenvolvimento nacional que advém da entrada do IED.

34. As questões ligadas ao desenvolvimento estão cada vez mais interdependentes e transnacionalizadas, de modo tal que a busca pelo desenvolvimento não conflita com a cooperação internacional na área tributária, ao contrário, esta pode ser mais uma alternativa para auxiliar na busca do desenvolvimento nacional.

35. Um diálogo entre pesquisadores, num ambiente que represente países com os mais diversos graus de desenvolvimento, contribuirá para que nos aproximemos de uma tributação internacional mais justa sob o ponto de vista da busca pelo desenvolvimento.

36. O reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano com fundamento na solidariedade, e compreendido como um processo particular de desenvolvimento em que podem realizar-se todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais, trouxe uma obrigação de cooperação internacional para os Estados de modo a facilitar a realização do processo de desenvolvimento.

37. Quando tratamos de tributação internacional a regra na relação entre os países não é a solidariedade e sim o individualismo nacional. Ausente a solidariedade, a cooperação tributária internacional pode ser viabilizada por meio da criação de uma organização intergovernamental que garanta a perspectiva de futuro nas relações multilaterais e conduza à cooperação como escolha mais racional.

38. Podemos identificar diversas modalidades possíveis para a cooperação tributária internacional, mas nenhuma das modalidades já praticadas consegue alcançar a amplitude de cooperação que é necessária para uma almejada contribuição em direção ao objetivo do desenvolvimento nacional.

39. Já existem algumas iniciativas multilaterais que visam aumentar o diálogo e a cooperação tributária internacional sem que qualquer arranjo institucional tenha sido criado. O Comitê Internacional das Organizações de Administrações Tributárias (CIOAT ou CIOTA), o Fórum Global de Tributação da OCDE e o Diálogo Internacional sobre

Tributação (International Tax Dialogue - ITD) são os exemplos mais destacados de tais iniciativas.

40. Além destes, desde 1967 a ONU propicia reuniões de um grupo de especialistas em tributação internacional que contribuem em assuntos ligados à cooperação tributária internacional. Há alguns anos, esse grupo de especialistas foi transformado no Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional de Questões Tributárias (CECIQT) com 25 membros.

41. A partir do CECIQT poderá ser criada uma organização mundial de tributação (OMT) com o apoio da ONU que promova discussões amplas sobre os mais diversos temas de tributação internacional e por meio da qual seja possível editar normas vinculantes para os membros depois da realização de negociações multilaterais.

42. Considerando o caráter institucional da OMT e sua potencial ampla lista de Estados-membros obtida graças ao apoio da representatividade da ONU para sua criação, a OMT poderá contribuir para o aperfeiçoamento da cooperação tributária internacional tanto num ambiente globalizado solidário quanto num ambiente egoísta voltado para interesses nacionais.

43. A efetiva contribuição da OMT, na busca pela concretização do direito ao desenvolvimento, exige que alguns requisitos sejam obedecidos pela organização. Entre eles destacam-se a inexistência de bloqueio em relação à discussão de quaisquer assuntos que interessam à tributação internacional, particularmente a divisão internacional do poder de tributar a renda entre país da residência e país da fonte, e a permanente preocupação e discussão sobre o impacto das externalidades fiscais negativas representadas pelos efeitos prejudiciais das políticas tributárias adotadas por alguns países no desenvolvimento de outros.

44. No curto prazo é coerente com o objetivo do desenvolvimento nacional o apoio do Brasil à proposta de ampliar a função do Comitê da ONU em questões tributárias, e no médio e longo prazo a criação de uma OMT pode oferecer a oportunidade de serem discutidos assuntos que estão afastados dos atuais fóruns informais de cooperação

tributária internacional: definição do que seria uma competição tributária aceitável ou não, estímulo à adoção da cláusula de *tax sparing* ou *matching credit* nos tratados para combater a bitributação, adequação das discussões sobre neutralidade às necessidades atuais do desenvolvimento e efeitos das normas da OMC sobre subsídios com relação à tributação direta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*. v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

AMORIM, Celso Luiz Nunes. Perspectivas da cooperação internacional. In: MARCOVITCH, Jacques. *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 150-63.

ANIDO, M. A. Caamaño; CARRERO, J. M. Calderón. *Globalización económica y poder tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?* A Coruña: Instituto de Estudios Económicos de Galicia Pedro Barrié de la Maza, 2003.

ARNOLD, Brian J.; SASSEVILLE, Jacques; ZOLT, Eric M. Summary of the proceedings of an invitational seminar on tax treaties in the 21st century. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 233-45, jun. 2002.

ASOREY, Rubén O. El impacto del cibercomercio en los principios fiscales y en libertad de comercio. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Corso di diritto tributario internazionale*, 2. ed. Itália: Cedam, 2002. p. 1123-56.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.abrazpe.org.br>>. Acesso em: 03 dez. 2008.

AULT, Hugh. The importance of international cooperation in forging tax policy. *Brooklin Journal of Internacional Law*. V. XXVI, n. 4, p. 1693-7, 2001.

AULT, Hugh J.; BRADFORD, David F. Taxing international income: an analysis of the U.S. system and its economic premises. In: RAZIN, Assaf; SLEMROD, Joel. *Taxation in the global economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 11-52.

AVI-YONAH, Reuven S. All of a piece throughout: the four ages of U.S. international taxation. *Virginia Tax Review*, v. 25, p. 313-38, 2005.

_____. *Bridging the north/south divide: international redistribution and tax competition*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=572172>>. Acesso em: 02 out. 2008.

_____. Globalization, tax competition and the fiscal crisis of the welfare state. *Harvard Law Review*, n. 113, mai. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=208748>>. Acesso em: 29 out. 2008.

_____. *International taxation of electronic commerce*. Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh meeting. United Nations. ST/SG/AC.8/2003/CRP.9. 15-19 nov. 2003.

_____. Tax, trade and harmful tax competition: reflections on the FSC controversy. *Tax Notes International*, p. 28-41, 18 dez. 2000.

_____. Treating tax issues through trade regimes. *Brooklin Journal of Internacional Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1683-92, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. London: Penguin Books, 1990.

BACHETTA, Marc. et al. *Electronic commerce and the role of the WTO*. Geneva: World Trade Organization, 1998. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/special_study_2_e.pdf>. Acesso em: 03 set. 2008.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Edição revista e ampliada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996 por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 03 jan. 2009.

BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o desenvolvimento mundial 2005: um melhor clima de investimento para todos*. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O Brasil na encruzilhada das negociações globais. *Política Externa*, v. 10, n. 4, p. 47-56, mar./mai. 2002.

_____. *Investimentos internacionais no direito comparado brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Negociação de contratos internacionais de cooperação. In: MARCOVITCH, Jacques. *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 541-76.

_____. A presença do internacional no direito. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. v. 19, n. 72, p. 83-89, abr./jun. 1995.

_____; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba(coords.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: LTr, 1994.

_____; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 31-60.

_____. Subsídios e Medidas Compensatórias na OMC. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o BRASIL*. São Paulo: LTr, 1998, p. 371-382.

_____; MICHELS, Gilson Wessler. Sistema tributário e normas da OMC: lições do caso *Foreign Sales Corporation*. In: Tôrres, Heleno Taveira (coord.). *Comércio internacional e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-56.

_____; MICHELS, Wilson; PERRONE, Nicolás. Sistema tributario y normas de la OMC: lecciones del caso “Foreign Sales Corporation”. *Revista de Direito da Universidade de Buenos Aires*. n. 83, [p. 1-31?], [2007?].

BARNETT, Michael; FINNEMORE, Martha. *Rules for the world: international organizations in global politics*. New Delhi: Nice Printing Press, 2006.

BASSO, Maristela. O direito e as relações internacionais no novo cenário mundial: o fenômeno crescente das organizações internacionais. *Estudos Jurídicos*, v. 25, n. 65, p. 107-28, set./dez. 1992.

_____. Harmonização do direito dos países do Mercosul. *Revista de Direito do Mercosul*, n. 6, p. 119-28, dez. 2000.

_____. A Zona Franca de Manaus no contexto do Mercosul. In: FARIA, Werter (org.). *Estudos sobre integração*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 123-76.

BEDJAOUI, Mohammed (org.). *Droit international: bilan et perspectives*. Paris: Éditions A. Pedone, [1991?].

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Desequilíbrios financeiros globais e os riscos de ajustamento. *Revista de cultura Revista do IMAE*. v. 5, n. 14, p. 51-4, jul./dez. 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir de Constituição de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BIGER, Nahum; PEPE, Michael F.G. The inhibiting effect of bilateral tax treaties on domestic tax incentives. *Canadian Public Policy*. v. 12, n. 13, p. 424-31, sep. 1986.

BISWAS, Rajiv (ed.). *International tax competition*. London: Commonwealth Secretariat, 2002.

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Defesa comercial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Subsídios: efeitos, contramedidas e regulamentação – uma análise das normas nacionais e das normas da OMC. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 287-325.

BORGES, Antônio de Moura. *Convenções sobre dupla tributação internacional*. Teresina: Editora da Universidade Federal do Piauí, 1992.

BORRÁS, Alegría. *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*. [Madrid]: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 1974.

BOWER, Frank. Tax problems and the development of international trade and commerce. In: *DEVELOPMENTS in taxation since world war I*, cap. IX, Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 1966, p. 5-57.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O direito ao desenvolvimento como direito humano. *Revista brasileira de estudos políticos*. n. 81, p. 91-117. jul. 1995.

BRAUNER, Yariv. International trade and tax agreements may be coordinated, but not reconciled. *Virginia Tax Review*, v. 25, p. 251-311, 2005.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Neutralidade tributária e uso da tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. *Symposium: international tax policy in the new millennium*. New York: Brooklyn Law School, v. XXVI, n. 4, 2001.

BÜHLER, Ottmar. *Principios de derecho internacional tributario*. Trad. de Fernando Cervera Torrejon. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho*. v. I e IV. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1966.

BUNN, Isabella D. The right to development: implications for international economic law. *American University International Law Review*. Washington D.C. v. 15, n. 6, p. 1425-67, 2000.

CARDIA, Fernando Antonio Amaral. Estado, desenvolvimento e políticas públicas. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005, p. 53-70.

CARDOSO, Daniel Gatschnigg. *Limites da tributação do comércio internacional e desenvolvimento econômico*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

CARIBBEAN ORGANISATION OF TAX ADMINISTRATORS. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.caricom.org/>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da territorialidade no regime de tributação da renda mundial (universalidade). In: *Justiça tributária – 1º Congresso internacional de direito tributário – IBET*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 665-77.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CASTRO, Amílcar. *Direito internacional privado*. 4. ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osíris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CENTRE DE RENCONTRES ET D' ETUDES DES DIREGEANTS DES ADMINISTRATIONS FISCALES. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.credaf.org>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

CEZAROTTI, Guilherme. Subsídios e incentivos fiscais – uma visão a partir do tratado da OMC. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos. (coords.). *Tributação, justiça e liberdade. Homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 227-46.

CHRISTIAANSE, Jan H. Recentes progressos no direito tributário internacional. In: TAVOLARO, Agostinho T.; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado – Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 429-68.

COCKFIELD, Arthur J. The rise of the oecd as informal ‘World Tax Organization’ through national responses to e-commerce tax challenges. *Yale Journal of Law and Technology*., v. 8, p. 136-87, Spring 2006.

COLLIARD, Claude Albert. -- L'adoption par l'Assemblée Generale des Nations Unies de la Declaration sur le droit au developpement. *Annuaire Francaise de Droit International*. Paris. n. 33, p. 614-28. 1987.

COMMITTEE OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF TAX ADMINISTRATIONS. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.ciota.ca/index.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Conclusions and recommendations of the committee of independent experts on company taxation. Ruding Report*. Luxemburgo: Office for official publications of the European Communities, 1992. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/1332/01/ruding_tax_report.pdf>. Acesso em: 12 set. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

COSTA, Ramon Valdes. *Estudios de derecho tributario internacional*. Montevideo:[s.n], 1978.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council regulation (EC) 171/2005. *Official Journal of the European Union*. 01. dez. 2005.

_____. Council regulation (EC) 728/2006. *Official Journal of the European Union*. 15. mai. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1972.

DAGAN, Tsilly. *The costs of international tax cooperation*. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=315373>>. Acesso em: 28 out. 2008.

DALY, Michael. *The WTO and direct taxation*. Genebra: World Trade Organization, 2005.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DESAI, Mihir A.; HINES JR, James R. Evaluating international tax reform. *National Tax Journal*, v. 56, n. 3, p. 487-502, sep. 2003.

DORNELLES, Francisco Neves. O modelo da ONU para eliminar a dupla tributação da renda, e os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho T.; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado – Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 195-232.

DWORKIN, Ronald. *A riqueza é um valor?* In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 351-98.

_____. *Por que eficiência?* In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 399-434.

EASSON, Alex. Do we still need tax treaties? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 619-25, dez. 2000.

_____. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

EDWARDS, Chris. Tax competition spurs globalization – Worldview – countries develop low-tax strategies to lure business. *USA Today (Society for the Advancement of Education)*, v. 131, mar. 2003.

_____; RUGY, Veronique de. International Tax Competition- A 21st-Century Restraint on Government. *Policy Analysis*. n. 431, p. 1-43, abr. 2002.

ENGMAN, Michael; ONODERA, Osamu; PINALI, Enrico. Export processing zones: past and future role in trade and development. *OECD Trade Policy Working Paper n. 53*. TD/TC/WP(2006)39/FINAL, mai. 2007.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Servicio de administración tributaria. *Convenios internacionales celebrados por México, en materia fiscal hasta el 2001, parte 2*. Disponível em: <<http://www.sat.gob.mx>>. Acesso em: 08 set.2008.

EUROPEAN COMMUNITIES. *Taxation trends in the European Union: main results*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2008.

FADI, Shaheen. International tax neutrality: reconsiderations. *Virginia Tax Review*, v. 27, p. 203-39, 2007.

FARENA, Duciran Van Marsen. *O princípio constitucional do desenvolvimento*. Tese (Doutorado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996.

FERNANDES, Edison Carlos. *Paz tributária entre as nações: teoria da aproximação tributária na formação dos blocos econômicos*. São Paulo: MP Editora, 2006.

FERRAZ, Roberto. Incentivos fiscais – um enfoque constitucional. *Revista de Estudos Tributários*. v. 5, n. 28, p. 101-07, nov./dez. 2002.

FIANI, Ronaldo. *Teoria do jogos*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FLORY, Maurice. -- Mondialisation et droit international du developpement. *Revue Generale de Droit International Public*. Paris. v. 101, n. 3, p.609-33, 1997.

GALVÃO, Olímpio J. de Arroxelas. Incentivos fiscais regionais no Brasil: uma avaliação da sua compatibilidade à luz da OMC. *Revista Econômica do Nordeste*, v. 30, n. 4, p. 1038-51, out./dez. 1999.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. *Income tax practices maintained by Belgium. Report of the Panel*. L/4424. 02 nov. 1976.

_____. *Income tax practices maintained by France. Report of the Panel*. L/4423. 02 nov. 1976.

_____. *Income tax practices maintained by The Netherlands. Report of the Panel*. L/4425. 02 nov. 1976.

_____. *Minutes of meeting held in the Palais des Nations, Geneva, on 17 February 1976*. C/M/112. 05 mar. 1976.

_____. *Tax legislation*. L/5271. 18 dec. 1981.

_____. *United States Tax Legislation (DISC). Report of the Panel*. L/4422. 02 nov. 1976.

GIUNCHETTI, Camila Serrano. *Aspectos jurídicos da regulamentação internacional dos subsídios e das medidas compensatórias no âmbito da Organização Mundial do Comércio. Dissertação (Mestrado em direito)*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

GONÇALVES, André Leme de Souza. *Princípio da igualdade e normas tributárias indutoras - o regime especial de incentivos para o desenvolvimento da infra-estrutura*. Tese de Láurea (Graduação em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

GRAETZ, Michael J. Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies. *Brooklin Journal of Internacional Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1357-1463, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e direito*. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

GREEN, Robert A. Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax and trade regimes. *Yale International Journal*. n. 23, p. 79-139, 1998.

_____. The interaction of tax and non-tax treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 254-257, jun. 2002.

GRISI FILHO, Celso Cláudio de Hildebrand e. *Contribuição ao estudo tributário sobre os investimentos estrangeiros*. Dissertação (Mestrado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

GUTTENTAG, Joseph H. Key issues and options in international taxation: taxation in a interdependent world. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 546-56, nov. 2001.

HENGSTLE, Odd. The nordic multilateral tax treaties for the avoidance of double taxation and on mutual assistance. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 371-6, ago./set. 2002.

HERZ, Mônica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HINES JR., James R. “Tax sparing” and direct investment in developing countries. Cambridge: National Bureau of Economics Research, 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=129468>>, Acesso em: 21 out. 2008.

HOORN Jr., J. Van. Bitributação – uma tentativa de definição. In: MACHADO, Brandão. *Direito tributário – Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 305-14.

_____. O papel dos tratados de impostos no comércio internacional. In: TAVOLARO, Agostinho T.; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado – Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 417-27.

HORNER, Frances M. Do we need an international tax organization? *World Tax Daily*. 2001 WTD 195-12, 13, p. out. 2001.

HORST, Thomas. A note on the optimal taxation of international investment income. *The Quarterly Journal of Economics*, v, 94, n. 4, p. 793-8, jun. 1980.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão. Rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

HUDEEC, Robert E. *The DISC case*. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/articles/hudecdisc.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2008.

_____. Reforming GATT Adjudication Procedures: the lessons of the DISC case. *Minnesota Law Review*, n. 72, p. 1443-1509, 1988.

INLAND REVENUE AUTHORITY OF SINGAPORE. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.iras.gov.sg/>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

INTER-AMERICAN CENTER FOR TAX ADMINISTRATIONS. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.ciat.org>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *ILO database on export processing zones*. Genebra, abr. 2007.

JOSEPH, Ghislain T.J. *Electronic commerce and developing countries*. 16 dez. 2003. ST/SG/AC.8/2003/CRP. 9/Add.1. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2003.

KAUFMAN, Nancy. Equity considerations in international taxation. *Brooklin Journal of Internacional Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1465-70, 2001.

KECK, Alexander; LOW, Patrick. Special and differential treatment in the WTO: Why, when and how? *World Trade Organization. Economic Research and Statistics Division: Staff Working Paper ERSD-2004-03*, mai. 2004

KELLEY, Patrick L. Tax Treaties Between the United States and Developing Countries: The Need for a New U. S. initiative. *The American Journal of International Law*, v. 65, n. 1, p. 159-67 jan. 1971.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre, 1998.

_____. Política externa brasileira: reflexão e ação. In: MARCOVITCH, Jacques. *Cooperação internacional: estratégia e gestão*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 25- 46.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANG, Michael (org.). *Multilateral tax treaties – new developments in international tax law*. Kluwer Law: London, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEE, Chang Hee. *Impact of electronic commerce on allocation of tax revenue between developed and developing countries*. Organização das Nações Unidas. Secretariat. Ad hoc group of experts on international cooperation in tax matters. ST/SG/AC.8/2003/L.9. 17. jun. 2003.

LEE, Seong-Bong. Who gains benefits from tax incentives for Foreign Direct Investment in Korea? *Korea Institute for International Economic Policy, Working Paper*, v. 02-04, 2002.

LEMME, Marta Calmon; NAIDIN, Leane Cornet; GADELHA, Maria Fernanda. Subsídios em Doha: Propostas de Negociação e Implicações para os Interesses Brasileiros. In: VEIGA, Pedro Motta(Org.). *Comércio e Política Comercial no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Singular, 2007, p. 117-147.

LIEBMAN, Howard M. A Formula for Tax-Sparing Credits in U.S. Tax Treaties with Developing Countries. *The American Journal of International Law*, v. 72, n. 2., p. 296-316, abr. 1978.

LITTLEWOOD, Michael. *Tax competition: harmful to whom?* Disponível em: <http://wdi.umich.edu/files/old/global_conf/papers/papers/littlewood.pdf>. Acesso em: 28 set. 2008.

LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 95-117.

LUJA, Raymond. H. C. *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO: a view on state aids, trade subsidies and direct taxation*. Antwerp: Intersentia, 2003.

_____. The WTO subsidies regime: are there lessons to be learned from recent EC state aid issues? In: LANG, Michael; HERDIN, Judith; HOFBAUER, Ines. *WTO and direct taxation. Eucotax series on European taxation*, v. 10. Netherlands: Kluwer Law International, p. 103-114.

LYMER, Andrew; HASSELDINE, John (Edit.) *The international taxation system*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002.

MARCELINO JÚNIOR, Ataíde. Aspectos econômicos e jurídicos do investimento direto estrangeiro frente ao direito tributário internacional. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coords.). *Direito tributário atual* v. 22. São Paulo: Dialética, 2008, p. 122-39.

MARGALIOTH, Yoram. Tax competition, foreign direct investments and growth: using the tax system to promote developing countries. *Virginia Tax Review*, v. 23, p. 157-200, 2003.

MARKS, Stephen P. The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality. *Harvard Human Rights Journal*, v. 17, p. 137-68, 2004.

_____. Misconceptions about the Right to Development. *Development Outreach*. Washington, D.C.: World Bank Institute, p. 9-11, 2006.

McDANIEL, Paul R. *Trade Agreements and Income Taxation: Interactions, Conflicts, and Resolutions*. Boston College of Law. Research paper series, 09. fev. 2004.

McINTYRE, Michael J. Options for greater international coordination and cooperation in the tax treaty area. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 250-3, jun. 2002.

McLURE, Charles E. Tax competition: is what's good for the private goose also good for the public gander? *National Tax Journal*, n. 39, p. 341-8, 1986.

McLURE Jr., Charles E. Globalization, tax rules and national sovereignty. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 328-41, ago. 2001.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo (org.). *Consolidação das normas do GATT 47, GATT 94 e OMC*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Relatório DECOM nº 5 – 2001*. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br>. Acesso em: 22 dez. 2008.

MINTZ, Jack M. National tax policy and global competition. *Brooklyn Journal of International Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1285-99, 2001.

MITCHELL, Daniel J. The adverse impact of tax harmonization and information exchange on the U. S. economy. *World Tax Daily*. 2001 WTD 229-31, 2001.

_____. *Tax competition and fiscal reform: rewarding pro-growth tax policy*. Artigo apresentado na conferência: “A liberal agenda for the new century: a global perspective”. Moscou, abr. 2004. Disponível em: <http://www.cato.org/events/russianconf2004/papers/mitchell.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2008.

_____. United Nations seeks global tax authority. *World Tax Daily*. 2001 WTD 170-1, 2001.

MORAN, Theodore H. How does FDI affect host country development? Using industry case studies to make reliable generalizations. In: MORAN, Theodore H.; GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Center for Global Development: Washington, 2005, p. 281-313.

_____. GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. Conclusions and implications for FDI policy in developing countries, new methods of research, and a future research agenda. In: MORAN, Theodore H.; GRAHAM, Edward M.; BLOMSTRÖM, Magnus. *Does Foreign Direct Investment Promote Development?* Center for Global Development: Washington, 2005, p. 375-95.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de onstituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

MOREIRA JUNIOR, Gilberto de Castro. *Bitributação internacional e elementos de conexão no modelo de convenção da OCDE em matéria de rendimento e capital*. Tese (Doutorado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

MORENO, Alejandro Menendez. Aspectos jurídicos de la armonización fiscal de la unión europea. In: SAN PEDRO, Luis Antonio Velasco. *MERCOSUR y la unión europea: dos modelos de integración económica*. Valladolid: Editorial Lexnova, 1998, p. 289-306.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MULLIN, Roque García. Tratados impositivos entre países desarrollados y países em desarrollo. *Revista de direito tributário*. n. 23/24, p. 26-36, jan./jun. 1983.

MUSGRAVE, Peggy B. Consumption tax proposals in an international setting. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 56-66, mar./abr. 2001.

_____. Sovereignty, entitlement and cooperation in international taxation. *Brooklin Journal of Internacional Law*. v. XXVI, n. 4, p. 1335-56, 2001.

NAIDIN, Leane Cornet; LEMME, Marta Calmon; GADELHA, Maria Fernanda. *As negociações de subsídios na Rodada Doha: avaliação e implicações de política industrial*. Rio de Janeiro: LATN-CINDES, 2006. Disponível em: <<http://www.cindesbrasil.org>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

NASSER, Rabih Ali. *A OMC e os países em desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

NÚÑEZ, Teodoro Rinsche; MOLINA, Hernán Vicente. *De la doble tributación internacional*. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, [1970].

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia General. *Declaración del Milênio*. A/RES/55/2. 13 set. 2000. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/development/group-02.html>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Assembleia Geral. *Declaracion y Programa de Accion de Viena*. A/CONF/157/23. 12 jul. 1993. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Assembleia Geral. Quadragésimo primeiro período de sessões. *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. A/RES/41/128. 04 dez. 1986. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/74_sp.htm>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Assembleia Geral. Quinquagésimo quinto período de sessões. *Derecho al desarrollo: nota del Secretario General*. A/55/306. 17 ago. 2000. Disponível em: <<http://>

[www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.55.306.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.55.306.Sp?Opendocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Assembléia Geral. Resolución 2542 (XXIV). *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*. 11 dez. 1969. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/74_sp.htm>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Conselho Econômico e Social. Comissão de Direitos Humanos. *Estudio sobre el estado actual de aplicación del derecho al desarrollo presentado por el Sr. Arjun Sengupta, experto independiente, de conformidad con la resolución 1998/72 de la Comisión y la resolución 53/155 de la Asamblea General*. E/CN.4/1999/WG.18/2. 27 jul. 1999. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.1999.wg.18.2.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.1999.wg.18.2.Sp?Opendocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Conselho Econômico e Social. Comissão de Direitos Humanos. *El derecho al desarrollo: la importancia y la aplicación del principio de la equidad, tanto a nivel nacional como internacional*. E/CN.4/2003/25. 30 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2003.25.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2003.25.Sp?Opendocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Conselho Econômico e Social. Comissão de Direitos Humanos. *Estudio preliminar del experto independiente en el derecho al desarrollo. Sr. Arjun Sengupta, sobre la incidencia de las cuestiones económicas y financieras internacionales en el ejercicio de los derechos humanos, presentado de conformidad con las resoluciones 2001/9 y 2002/69 de la Comisión*. E/CN.4/2003/WG.18/2. 09 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2003.wg.18.2.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2003.wg.18.2.Sp?Opendocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Conselho Econômico e Social. Comissão de Direitos Humanos. *Quinto informe del experto independiente en el derecho al desarrollo, Sr. Arjun Sengupta, presentado de conformidad con la resolución 2002/69 de la Comisión*. E/CN.4/2002/WG.18/6/Add.1. 31 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2002.wg.18.6.Add.1.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2002.wg.18.6.Add.1.Sp?Opendocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Conselho Econômico e Social. Comissão de Direitos Humanos. *Tercer informe del experto independiente sobre el derecho al desarrollo, Sr. Arjun Sengupta, presentado de conformidad con la resolución 200/5 de la Comisión*. E/CN.4/2001/WG.18/2. 02 jan. 2001. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2001.wg.18.2.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2001.wg.18.2.Sp?Opendocument)>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Department of Economic and Social Affairs. Division for Public Administration and Development Management. *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*. 2001, New York. ST/ESA/PAD/SER.E/21. Disponível em: <<http://www.unpan.org>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. Department of Economic and Social Affairs. Division for Public Administration and Development Management. *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*. 2003, New York. ST/ESA/PAD/SER.E/37. Disponível em: <<http://www.unpan.org>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*. Monterrey (México), mar. 2002. A/CONF.198/11. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/development/group-02.html>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Developing tax partnerships*. 2003.

_____. Developing the international dialogue on taxation: a joint proposal by the staffs of the IMF, OECD and World Bank. 13 mar. 2002. *World Tax Daily*. 2002 WTD 50-23, 2002.

_____. *Harmful tax competition: an emerging issue*, 1998.

_____. *Model tax convention on income and on capital. Condensed version*. 2008.

_____. *The OCDE's project on harmful tax practices. The 2001 progress report*. 2001.

_____. *Open markets matter: the benefits of trade and investment liberalisation*. 1999.

_____. Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for Taxing Business Profits. *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?* 26 nov. 2003, Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/2/38/20655083.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

_____. *Towards global tax cooperation*. 2000.

OOSTERHOFF, Danny. Multinational organizations face transfer pricing audits across the globe; transfer pricing tends, practices and perceptions. *International Transfer Pricing Journal*. p. 47-54, mar./abr. 2004.

OSMANI, Siddiq. Some thoughts on the right of development. In: FRANCISCANS INTERNATIONAL. *The right to development*. Geneva: Franciscans International, 2003, p. 34-45.

OWENS, Jeffrey. Emerging issues in tax reform: the perspective of an international bureaucrat. *Tax Notes International*. 97 TNI 245-23, 1997.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. n. 77-8, p. 27-41, jan./mar. 1992.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. Direitos humanos e desenvolvimento: a contribuição das Nações Unidas. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs). *O cinqüentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

PETERMANN, Rolf. *Conceito jurídico de constituição econômica*. Dissertação (Mestrado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 1990.

PETRAGLIA, Izabel. *Edgar Morin: a educação e a complexidade do ser e do saber*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

PINTO, Dale. *E-commerce and source-based income taxation*. Doctoral Series, v. 6. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIRES, Manuel. *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984.

PORSSE, A. A. *Competição tributária regional, externalidades fiscais e federalismo no Brasil: uma abordagem de equilíbrio geral computável*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2005.

POSTULADO. In: *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Mensagem nº 524*. 20 jul. 2007.

_____. *Mensagem nº 458*. 30 jun. 2008.

RAAD, Kees van. Options for greater international coordination and operation in the tax treaty area. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 248-9, jun. 2002.

RAHN, Richard W.; RUGGY, Veronique de. Threats to financial privacy and tax competition. *World Tax Daily*. 2003 WTD 197-17, 2003.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1953.

_____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Martins, 1960.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RICHMAN, Peggy Brewer. *Taxation of foreign investment income: an economic analysis*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1963.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. São Paulo: Renovar, 2007.

RIXEN, Thomas. Taxation and cooperation: international action against harmful tax competition. In: SCHIRM, Stefan A. (ed.). *Globalization: state of the art and perspectives*. London: Routledge, 2007, p. 61-80.

RODI, Michael. Competição tributária internacional por investimentos. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coords.). *Direito tributário atual v. 21*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 126-138.

ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1978.

_____. Problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional. *Revista dialética de direito tributário*, n. 76, p. 33-43, jan. 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SACCHETTO, Cláudio. A cooperação fiscal internacional: a troca de informações como instrumento de combate à evasão. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coords.). *Direito tributário atual* v. 22. São Paulo: Dialética, 2008, p. 78-100.

_____. Le fonti del diritto internazionale tributario. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Corso di diritto tributario internazionale*, 2. ed. Itália: Cedam, 2002. p. 43-55.

_____. Territorialità. In: *Enciclopedia del diritto*. Itália: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-63.

SALOMON, Margot E. The nature of a right: the right to a process in the right to development. In: FRANCISCANS INTERNATIONAL. *The right to development*. Geneva: Franciscans International, 2003, p. 82-104.

SASSEVILLE, Jacques. The role of tax treaties in the 21st century. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 246-8, jun. 2002.

SAWYER, Adrian J. Advance pricing agreements: a primer and summary of developments in Australia and New Zealand. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 556-565, dez. 2004.

_____. *Developing an International (World) Tax Organisation for administering binding rulings and APAs – The way forward*. 7th International Conference on Tax

Administration. Sidney, abr. 2006. . Disponível em: <<http://www.atax.unsw.edu.au>>. Acesso em: 29 dez. 2008.

_____. Is an International Tax Organisation an appropriate forum for administering binding rulings and APAS? *E-journal for tax research*. p. 8-70. v. 2, n. 1, 2004.

SCHLATZER, Íris. *The WTO and other non-tax treaties*. Berlin: VDM Verlag Dr. Müller, 2005.

SCHLEE, Paula Christine. Investimento internacional e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 259-88.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007, p. 253-263.

_____. Acordos de bitributação e lei interna – Investimentos na Ilha da Madeira – Efeitos da Lei nº 9.249/95. *Revista dialética de direito tributário*. v. 17, p. 91-127. fev. 1997.

_____. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo. BONILHA, Paulo Celso Bergstrom (coords.). *Direito tributário atual* v. 22. São Paulo: Dialética, 2008, p. 267-87.

_____. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 – Parecer. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo Coords.). *Direito tributário atual*. v. 16. São Paulo: Dialética, 2001. p. 146-60.

_____. Discriminação de competências e competência residual. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 82-115.

_____. Harmonização tributária no Mercosul. *Revista Direito Mackenzie*. v. 1, n. 2, p. 171-8, 2000.

_____. Imposto de renda e o comércio eletrônico. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *Direito tributário atual*. v. 16. São Paulo: Dialética, 2001, p. 146-160.

_____. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Notas sobre os tratados internacionais sobre tributação. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (coord.) *Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Lex Editora: Aduaneiras, 2005, p. 189-240.

_____. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shoppings*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

_____. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 321-374.

_____. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Direito tributário atual*. v. 17. São Paulo: Dialética, 2003, p. 20-49.

_____. Tributação e cooperação internacional. *Revista fórum de direito tributário*. Belo Horizonte, v. 2, n. 7, p. 25-54, jan./fev. 2004.

_____. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Orgs.). *Princípios de direito financeiro e tributário – estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471.

SCHÖN, Wolfgang. World trade organization law and tax law. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, p. 283-96, jul. 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Prefácio: reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 13-30.

SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva. *Manual das organizações internacionais*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SENGUPTA, Arjun. O direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Revista da Social Democracia Brasileira*, mar/2002, p. 64-84.

_____. On the theory and practice of the right do development. In: SENGUPTA, Arjun; NEGI, Archna; BASU, Moushuni (org.). *Reflections on the right to development*. New Delhi: Centre for Development and Human Rights, 2005, p. 23-60.

_____; NEGI, Archna; BASU, Moushuni (org.). *Reflections on the right to development*. New Delhi: Centre for Development and Human Rights, 2005.

SILVA, Caio Carlos Cruz Ferreira. *O regime jurídico brasileiro de tratamento e proteção dos investimentos internacionais diretos*. Tese (Doutorado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese (Titularidade). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

SILVA, Mauro José. *Direito ao desenvolvimento e fonte do pagamento: em busca de fundamentos jurídicos para a divisão interestatal do poder de tributar a renda*. Dissertação (Mestrado em direito). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2004.

_____. Os limites para a capacidade contributiva – mínimo existencial e confisco – como elementos de tensão entre justiça fiscal e segurança jurídica. In: COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. *Direito tributário atual*. v. 20. p. 179-201, São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Tributação do comércio eletrônico no plano internacional – uma visão geral. *Revista tributária e de finanças públicas*, ano 9, n. 38, p. 9-17, maio/jun. 2001.

_____. A utilização do Acordo de Preços Antecipado (APA) no regime de controle de preços de transferência. *Revista dialética de direito tributário*. n. 137, p. 91-107, fev. 2007.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SKYRMS, Brian. *Evolution of the social contract*. New York: Cambridge University Press, 2005.

_____. *The stag hunt*. Presidential Address. Pacific Division of the American Philosophical Association, mar. 2001.

SMITH, Dan Throop. Tax legislation in capital-exporting countries to encourage investment in less developed countries. In: *DEVELOPMENTS in taxation since world war I*, cap. VIII, Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 1966, p. 5-25.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A cooperação técnica internacional*. São Paulo: FEA, 1991.

SOUZA, Leandro Marins de. Incentivos fiscais para a indústria cinematográfica e concepção de desenvolvimento. *Revista de Estudos Tributários*. n. 28, p. 108-24, nov./dez. 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SPARE. In: *MICHAELIS: moderno dicionário inglês-português, português-inglês*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2000.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 43, n. 133, p. 7-31, jan./mar. 2004.

_____. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

TABOADA, Carlos Palao. Notas. In: MINISTERIO DA HACIENDA. *Doble imposición internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1972, p. 625-33.

TANZI, Vito. Globalization, tax competition by the future of tax systems. In: UCKMAR, Victor (coord.). *Corso di diritto tributario internazionale*. 2. ed. Padova: Cedam, 2002, p. 21-41.

_____. Is there a need for a World Tax Organization? In: RAZIN, Assaf; SADKA, Efraim. *The economics of globalization: policy perspectives from public economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 173-86.

_____. ¿Se necesita una organización mundial de tributación? In: ASAMBLEA GENERAL DEL CIAT, nº 32. Salvador, p. 67-83, 1998.

_____. Taxation and the architecture of the international economic system. In: OCAMPO, José Antonio; ZAMAGNI, Stefano; DAVIS, Ricardo French; PIETROBELLI. (eds.). *Financial globalization and the emerging economies*. Chile: Cepal, 2000, p. 139-49.

_____. *Taxation in an integrating world*. Washington: The Brookings Institution, 1995.

_____; ZEE, Howell. Tax policy for developing countries. *Economic Issues*, n. 27. mar. 2001. 13 p. Disponível em: <<http://www.imf.org>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. O Brasil ainda precisa de tratados de dupla tributação? In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 867-891.

TEATHER, Richard. *The benefits of tax competition*. London: The Institute of Economic Affairs, 2005.

THE COMMONWEALTH ASSOCIATION OF TAX ADMINISTRATORS. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.catatax.org>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

THURONYI, Victor. International tax cooperation and a multilateral treaty. *Brooklyn Journal of International Law*, v. XXVI, n. 4, p. 1641-81, 2001.

_____. Recent Treaty Practice on Tax Sparing. *World Tax Daily*. 2003 WTD 13-14, jan. 2003.

TIEBOUT, Charles M. A pure theory of local expenditures. *The Journal of Political Economy*. v. 64, n. 5. p. 416-424, oct. 1956.

TILBERY, Henry. Base econômica e efeito das isenções. In: DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio (coord.). *Incentivos fiscais para o desenvolvimento* São Paulo: Bushatsky, [197-?], p. 13-67.

TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão. *Direito tributário – Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 515-27.

_____. Sobre a unidade da ordem jurídica tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 60-70.

TIXIER, Gilbert, GEST, Guy. *Droit fiscal international*. Paris: Presses universitaires de France, 1985.

TOAZE, Deborah. Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results. *Canadian Tax Journal*, v. 4, n.4, p. 879-924, 2001.

TORRES, Heleno Taveira. Mercosul e o conceito de harmonização na tributação das rendas das empresas. In: CAMPOS, Dejalma. *O sistema tributário e o Mercosul*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 301-325.

_____. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Ética e justiça tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio(Coords.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 173-96.

_____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário - v. II - Valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. As consultas mundiais das Nações Unidas sobre a realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro. n. 72/74, p. 91-100. jan./jun, 1990-1991.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: FONSECA JÚNIOR, Gelson; CASTRO; Sérgio Henrique Nabuco de(orgs.). *Temas de política externa brasileira II*. v. I. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1994.

UCKMAR, Antonio. Aspetti fiscali nelle regole della organizzazione mondiale del commercio. In: UCKMAR, Victor (coord.). *Corso di diritto tributario internazionale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 2002, p. 1097-1122.

UCKMAR, Victor. (Coord.). *Corso di diritto tributario internazionale*. 2. ed. Padova: Cedam, 2002.

_____. Tributação do comércio eletrônico, atualidades e perspectivas. In: GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *Direito e Internet*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 249-257.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Committee of experts on international cooperation in tax matters*. 11 nov. 2004. E/2004/69. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Economic and Social Council. Committee of experts on international cooperation in tax matters. *Report of the Expert Group Meeting on “Tax Aspects of Domestic Resource Mobilisation – A Discussion of Enduring and Emerging Issues”*. Rome, 4-5 September, 2007.

_____. Economic and Social Council. Committee for Development Policy. *Report on the sixty session.* mar./abr. 2004. E/2004/33. Disponível em: <<http://www.un.org/docs/ecosoc/>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. Economic and Social Council. *Eleventh meeting of the ad hoc group of experts on international cooperation in tax matters. Report of the Secretary-General.* 12 abr. 2004. E/2004/51. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. General assembly. Preparatory committee for the international conference on financing for development. *Technical note n° 1: Existing proposals for enhanced international cooperation in tax matters.* A/AC.257/27/Add.1. 20 set. 2001. Disponível em: <<http://documents.un.org/simple.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. General Assembly. *Report of the Secretary-General to the preparatory committee for the high-level international intergovernmental event on financing for development.* 18 dez. 2000. A/AC.257/12. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. General Assembly. Sixty-second session. *Report of the Economic and Social Council of 2007.* 24 ago. 2007. A/62/3. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 06 ago. 2008.

_____. *Report on the Panel Discussion on International Cooperation in Tax Matters.* 10 nov. 2003. Disponível em: <<http://documents.un.org/advance.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2008

_____. Secretariat. Ad hoc group of experts on international cooperation in tax matters. Eleventh meeting. *Institucional framework for international tax cooperation.* ST/SG/AC.8/2003/L.6. 19 ago. 2003. Disponível em: <<http://documents.un.org/simple.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. The UN Office of the High Representative for the Least Developed Countries, Landlocked Developing Countries and the Small Island Developing States. *Conteúdo do*

sítio na internet. Disponível em: <<http://www.un.org/special-rep/ohrlls/ldc/list.htm>>. Acesso em: 22 out. 2008.

_____. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *São Paulo consensus*. São Paulo, 2004.

_____. *Tax incentives and Foreign Direct Investment: a global survey*. ASIT Advisory Studies n. 16. New York and Geneva, 2000.

_____. *The spirit of São Paulo*. São Paulo, 2004.

_____. *Trade and investment report*. New York and Geneva, 2006.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report 2007/2008: Fighting climate change: human solidarity in a divided world*. New York: United Nations, 2007.

VASCONCELOS, Roberto França. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional*. n. 01, p. 147-91, 2005.

_____. *Tributação do comércio eletrônico internacional*. Tese (Doutorado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

VOGEL, Klaus. Il diritto tributario internazionale. IN: AMATUCCI, André(Coord.). *Tratatto di diritto tributario*. v. I. Milano: Cedam, 1994. p. 691-725.

_____. Importância do direito tributário internacional para os países em desenvolvimento. In: TAVOLARO, Agostinho T.; MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra (Coords.). *Princípios tributários no direito brasileiro e comparado – Estudos em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 471-487.

_____. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD. UN and Us model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.

_____. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3. ed. London: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1997.

_____. Tributação da renda mundial. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*. v. 2, n. 7, p.133-143, abr./jun. 1994.

_____. Worldwide vs. Source taxation of income - a review and reevaluation of arguments. In: McLURE, Sinn; MUSGRAVE et. al. *Influence of tax differentials on international competitiveness*, [S.l.]: Kluwer, [19--?], p. 117-166.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WHISENHUNT, Whitney. To Zedillo or not to Zedillo: why the world needs an ITO. *Temple International & Comparative Law Journal*. v. 16, n. 2, 2002.

WILDASIN, David E.. Interjurisdictional capital mobility: fiscal externality and a corrective subsidy. *Journal of Urban Economics*. n. 25, p. 192-212, 1989.

WORLD BANK. *Global Economic Prospects 2004: Realizing the Development Promise of the Doha Agenda*. Washington: World Bank, 2003.

_____. *Global Economic Prospects 2005: trade, regionalism and development*. Washington: World Bank, 2005.

_____. *Special economic zones: performance, lessons learned, and implications for zone development*. Washington: World Bank, 2008.

_____. *World Development Indicators database*, 2008. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Dispute Settlement Body. Annual Report (2008). Overview of the State of Play of WTO Disputes. Addendum. WT/DSB/47/Add.1. 08 dec. 2008.

_____. *Dispute Settlement Body - Minutes of Meeting - Held in the Centre William Rappard on 7 April 2000*. WT/DSB/M/78. 12. mai. 2000.

_____. *Report (2000) of the committee on subsidies and countervailing measures*. G/L/408. 10. nov. 2000.

_____. *Turkey - taxation of foreign film revenues. Notification of Mutually Agreed Solution*. WT/DS43/3. G/L/177. 24 jul. 1997.

_____. *Turkey - taxation of foreign film revenues. Request for the establishment of a panel by the United States*. WT/DS43/2. 10 jan. 1997.

_____. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Recourse by the European Communities to Article 4.10 of the SCM Agreement and Article 22.7 of the DSU*. WT/DS108/106. 25 abr. 2003.

_____. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Second recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities*. WT/DS108/RW2. 30 set. 2005.

_____. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Report of the panel*. WT/DS108/R. 8 out.1999.

_____. *United States – tax treatment for "Foreign Sales Corporations". Request for the Establishment of a Panel by the European Communities*. WT/DS108/2. 09 jul. 1998.

_____. *Committee on Subsidies and Countervailing Measures. Minutes of the special meeting held on 20 december 1999*. G/SCM/M/22. 17 fev. 2000.

ZHOU, Qi, *The evolution of efficiency principle: from utilitarianism to wealth maximization*. University of Sheffield, Faculty of Law. Dez. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=870748>>. Acesso em: 10 de out. de 2008.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações Sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. *Direito tributário atual*, n. 19, p. 24-40, 2005.

ANEXOS

Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial.....	260
Tabela A.I.2 - Lista de países menos desenvolvidos (PMD) segundo critérios da ONU.....	266
Tabela A.I.3 - Lista de países em desenvolvimento relacionados no Anexo VII do ASMC, incluindo os PMD e não PMD.....	267
Tabela A.2.1 - Estoque de IED no Brasil em 2006 (em milhões de US\$).....	268
Tabela A.2.2 - Cláusulas de <i>tax sparing</i> e <i>matching credit</i> em alguns tratados celebrados pelo Brasil.....	269
Tabela A.5.1 - Organizações internacionais que possuem algum fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação.....	271
Tabela A.5.2 - Descrição e detalhamento dos membros de algumas organizações internacionais que possuem fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação.....	275

Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial – parte I (*)

Grupo de renda (a)	Subgrupo	África Subsaariana		Ásia		Europa e Ásia Central		Oriente Médio e Norte da África		Américas
		Leste e Sul da África	Oeste da África	Leste da Ásia e Pacífico	Sul da Ásia	Leste Europeu e Ásia Central	Demais países Europeus	Oriente Médio	Norte da África	
Baixa renda		Burundi	Benin	Camboja	Afeganistão	Quirguízia		Iêmen		Haiti
		Eritreia	Burkina Faso	Coreia do Norte	Bangladesh	Tadjiquistão				
		Etiópia	Burundi	Laos	Butão	Uzbequistão				
		Madagascar	Chade	Myanmar	Índia					
		Maláwi	Costa do Marfim	Mongólia	Nepal					
		Mali	Gâmbia	Papua Nova Guiné	Paquistão					
		Moçambique	Gana	Ilhas Salomão						
		Quênia	Guiné Bissau	Timor Leste						
		Rep. Dem. do Congo		Vietnã						
		Rep. Federal Comoros	Libéria							
		Ruanda	Mali							
		Somália	Mauritânia							
		Sudão	Níger							
		Tanzânia	Nigéria							
		Uganda	República Centro-Africana							
		Zâmbia	São Tomé e Príncipe							

Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial – parte II (*)

Grupo de renda (a)	Subgrupo	África Subsaariana		Ásia		Europa e Ásia Central		Oriente Médio e Norte da África		Américas
		Leste e Sul da África	Oeste da África	Leste da Ásia e Pacífico	Sul da Ásia	Leste Europeu e Ásia Central	Demais países Europeus	Oriente Médio	Norte da África	
Renda baixa		Zimbábue	Senegal							
			Serra Leoa							
			Togo							
Renda média	Inferior	Angola	Cabo Verde	China	Butão	Albânia	Turquia	Irã	Argélia	Bolívia
		Camarões	República do Congo	Estados Federados da Micronésia	Maldivas	Armênia		Iraque	Djibuti	Colômbia
		Lesoto		Fiji	Sri Lanka	Azerbaijão		Jordânia	Egito	Cuba
		Namíbia		Filipinas		Belarus		Síria	Marrocos	República Dominicana
		Suazilândia		Ilhas Marshall		Bósnia-Herzegovina			Tunísia	Equador
				Indonésia		Geórgia				El Salvador
				Kiribati		Macedônia				Guatemala
				Samoa		Moldova				Guiana
				Tailândia		Turcomenistão				Honduras
				Tonga		Ucrânia				Jamaica
				Vanuato						Nicarágua

Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial – parte III (*)

Grupo de renda (a)	Subgrupo	África Subsaariana		Ásia		Europa e Ásia Central		Oriente Médio e Norte da África		Américas
		Leste e Sul da África	Oeste da África	Leste da Ásia e Pacífico	Sul da Ásia	Leste Europeu e Ásia Central	Demais países Europeus	Oriente Médio	Norte da África	
Renda média	Inferior									Paraguai
										Peru
										Suriname
Renda média	Superior	África do Sul	Gabão	Ilhas Marianas do Norte		Bulgária			Líbia	Argentina
		Botsuana	Guiné Equatorial	Malásia		Cazaquistão		Líbano		Belize
		Ilhas Maurício		Palau		Croácia		Omã		Brasil (b)
		Mayotte		Samoa Americana		Eslováquia				Chile
		Seicheles				Hungria				Costa Rica
						Latvia				Dominica
						Lituânia				Granada
						Montenegro				México
						Polônia				Panamá
						República Tcheca				Santa Lúcia
						Romênia				São Cristóvão e Névis

Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial – parte IV (*)

Grupo de renda (a)	Subgrupo	África Subsaariana		Ásia		Europa e Ásia Central		Oriente Médio e Norte da África		Américas
		Leste e Sul da África	Oeste da África	Leste da Ásia e Pacífico	Sul da Ásia	Leste Europeu e Ásia Central	Demais países Europeus	Oriente Médio	Norte da África	
Renda média	Superior					Rússia				São Vicente e Granadina
						Turquia				Uruguai
										Venezuela
Renda alta	OCDE			Austrália			Alemanha			Canadá
				Coréia do Sul			Aústria			Estados Unidos (c)
				Nova Zelândia			Bélgica			
				Japão			Dinamarca			
							Espanha			
							Finlândia			
							França			
							Grécia			
							Holanda			
							Irlanda			
							Islândia			
							Itália			
							Luxemburgo			
							Noruega			
							Portugal			
							Reino Unido			
							Rep. Tcheca			
							Suécia			
							Suíça			

Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial – parte V (*)

Grupo de renda (a)	Subgrupo	África Subsaariana		Ásia		Europa e Ásia Central		Oriente Médio e Norte da África		Américas
		Leste e Sul da África	Oeste da África	Leste da Ásia e Pacífico	Sul da Ásia	Leste Europeu e Ásia Central	Demais países Europeus	Oriente Médio	Norte da África	
Renda Alta	Não membros da OCDE			Brunei		Eslovênia		Arábia Saudita	Malta	Antilhas Holandesas
				Guam		Estônia		Bareine		Aruba
				Hong Kong				Catar		Bahamas
				Macao				Emirados Árabes Unidos		Barbados
				Nova Caledônia				Israel		Bermudas
				Polinésia Francesa				Kuaite		Ilhas Cayman
				Singapura						Ilhas Virgens (EUA)
										Porto Rico
										Trinidad e Tobago

Tabela A.I.1 - Classificação dos países por grupo de renda - Banco Mundial – parte VI (*)

Notas:

(a) O Banco Mundial classificou os países segundo a renda *per capita* em dólar de cada país em 2007:

Alta renda – maior que US\$ 11.456,00

Renda média superior – entre US\$ 3.706,00 e 11.455,00

Renda média inferior – entre US\$ 936,00 e 3.705,00

Renda baixa – igual ou inferior a US\$ 935,00

(b) A renda *per capita* do Brasil era de US\$ 5.910,00 em 2007.

(c) A renda *per capita* dos EUA era de US\$ 46.040,00 em 2007.

(*) Fonte: WORLD BANK. *World Development Indicators database*, 2008. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

Tabela A.I.2 - Lista de países menos desenvolvidos (PMD) segundo critérios da ONU

Afganistão	Rep. Dem. do Congo
Angola	República Centro-Africana
Bangladesh	Ruanda
Benin	Samoa
Burkina Faso	São Tomé e Príncipe
Burundi	Senegal
Butão	Serra Leoa
Cabo Verde	Somália
Camboja	Sudão
Chade	Tanzânia
Comores	Timor Leste
Djibuti	Togo
Eritreia	Tuvalu
Etiópia	Uganda
Gâmbia	Vanuato
Guiné	Zâmbia
Guiné Bissau	
Guiné Equatorial	
Haiti	
Iêmen	
Ilhas Salomão	
Kiribati	
Laos	
Lesoto	
Libéria	
Madagascar	
Maláwi	
Maldivas	
Mali	
Mauritânia	
Moçambique	
Myanmar	
Nepal	
Níger	

Fonte: UNITED NATIONS. The UN Office of the High Representative for the Least Developed Countries, Landlocked Developing Countries and the Small Island Developing States. *Conteúdo do sítio na internet*. Disponível em: <<http://www.un.org/special-rep/ohrlls/ldc/list.htm>>. Acesso em: 22 out. 2008.

Tabela A.I.3 - Lista de países em desenvolvimento relacionados no Anexo VII do ASMC, incluindo os PMD e não PMD

PMD		Não PMD
Afeganistão	Rep. Dem. do Congo	Bolívia
Angola	República Centro-Africana	Camarões
Bangladesh	Ruanda	Congo
Benin	Samoa	Costa do Marfim
Burkina Faso	São Tomé e Príncipe	Egito
Burundi	Senegal	Filipinas
Butão	Serra Leoa	Gana
Cabo Verde	Somália	Guatemala
Camboja	Sudão	Guiana
Chade	Tanzânia	Índia
Comores	Timor Leste	Indonésia
Djibuti	Togo	Marrocos
Eritreia	Tuvalu	Nicarágua
Etiópia	Uganda	Nigéria
Gâmbia	Vanuato	Paquistão
Guiné	Zâmbia	República Dominicana
Guiné Bissau		Senegal
Guiné Equatorial		Sri Lanka
Haiti		Zimbábue
Iêmen		
Ilhas Salomão		
Kiribati		
Laos		
Lesoto		
Libéria		
Madagascar		
Maláwi		
Maldivas		
Mali		
Mauritânia		
Moçambique		
Myanmar		
Nepal		
Níger		

Fonte: ASMC e Tabela A.I.2

Tabela A.2.1 - Estoque de IED no Brasil em 2006
(em milhões de US\$)

País		Estoque de IED	Participação %	% acumulado	Existência de tratado para evitar a bitributação
1	Estados Unidos	47.018,04	21,4%	21,4%	N
2	Holanda	32.172,24	14,6%	36,0%	S
3	Espanha	20.106,14	9,1%	45,2%	S
4	Ilhas Cayman	16.018,28	7,3%	52,5%	N
5	França	14.172,73	6,4%	58,9%	S
6	Alemanha	10.205,92	4,6%	63,6%	S (a)
7	Portugal	8.629,45	3,9%	67,5%	S
8	Canadá	6.888,89	3,1%	70,6%	S
9	Japão	6.837,35	3,1%	73,7%	S
10	Ilhas Virgens Britânicas	5.937,84	2,7%	76,4%	N
	Outros	51.768,23	23,6%	100,0%	
	Total	219.755,12			
<p>Fonte: BANCO CENTRAL DO BRASIL. <i>Conteúdo do sitio na internet.</i> Disponível em: <http://www.bcb.gov.br>. Acesso em: 03 jan. 2009.</p>					
<p>Observações:</p> <p>(a) O tratado com a Alemanha foi denunciado pela Alemanha em 07 de abril de 2005 e deixou de vigorar a partir de 1º de janeiro de 2006.</p>					

Tabela A.2.2 - Cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* em alguns tratados celebrados pelo Brasil (a) - parte I

	Dividendos									Juros					
	Participação societária maior que 25% do capital da investida			Participação societária menor que 25% e maior que 10% do capital da investida			Investimento tipo <i>portfolio</i> ou menor que 10% do capital da investida			Empréstimo de curto e médio prazo (b)			Empréstimo de longo prazo		
	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)
Alemanha (d)	15%	IS	IS	15%	25%	MCI	15%	20%	MCI	15%	20%	MCI	10%	20%	MCI
Canadá	15%	IS	IS	-	IS	IS	-	CPR	CPR	15%	20%	MCI	10%	20%	MCI
Espanha	15%	IS	IS	15%	IS	IS	15%	IS	IS	15%	20%	MCI	10%	20%	MCI
França	15%	20%	MCI	15%	20%	MCI	15%	20%	MCI	15%	20%	MCI	10%	20%	MCI
Holanda	15%	25%	MCI	15%	25%	MCI	15%	20%	MCI	15%	20%	MCI	10%	20%	MCI
Japão	12,5%	25%	MCI	12,5%	25%	MCI	12,5%	25%	MCI	12,5%	20%	MCI	12,5%	20%	MCI
Portugal	10%	CPR	CPR	15%	CPR	CPR	15%	CPR	CPR	15%	CPR	CPR	15%	CPR	CPR

Tabela A.2.2 - Cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* nos tratados celebrados pelo Brasil (a) - parte II

	<i>Royalties</i>									Outros rendimentos tributáveis na fonte e residência
	Marcas			Obras artísticas			Outros			Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)
	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)	Alíquota máx. no país da fonte	Crédito no país da residência	Cláusula para preservar ou não a função indutora (c)	
Alemanha (d)	25%	20%	MCM	15%	25%	MCI	15%	25%	MCI	CPR
Canadá	25%	CPR	CPR	15%	20%	MCI	15%	20%	MCI	CPR
Espanha	15%	25%	MCI	10%	25%	MCI	15%	25%	MCI	CPR
França	25%	CPR	CPR	10%	CPR	CPR	15%	20%	MCI	IS
Holanda	25%	20%	MCM	15%	20%	MCI	15%	20%	MCI	IS ou CPR
Japão	25%	TS	TS	15%	25%	MCI	12,5%	25%	MCI	TS
Portugal	15%	CPR	CPR	15%	CPR	CPR	15%	CPR	CPR	CPR

Observações:

(a) Foram selecionados os tratados com os países que estão listados entre as dez maiores origens de investimentos no estoque de IED em 2006(Tabela A.2.1). A tabela foi elaborada baseando-se no texto dos tratados disponíveis em CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. A presente tabela tenta dar um quadro geral do assunto, não representando uma descrição detalhada sobre a forma como o assunto está inserido em cada tratado.

(b) Empréstimo de curto e médio prazo considerados como aqueles com prazo de duração igual ou menor a sete ou dez anos, dependendo do tratado.

(c) Adotamos a nomenclatura de *matching credit* mínimo (MCM) quando a alíquota convencional da fonte é maior que o crédito prefixado; de *matching credit* garantia (MCG) quando a alíquota convencional da fonte é igual ao crédito prefixado; e *matching credit* indução (MCI) quando a alíquota convencional da fonte é menor que o crédito prefixado.

(c) Apesar de já não estar mais em vigor, o tratado com a Alemanha foi considerado, pois os países selecionados na presente tabela foram aqueles constantes da Tabela A.5.1.

(d) Outras abreviaturas utilizadas na tabela: CPR - crédito no país da residência do rendimento tributado no país da fonte; IS - rendimento tributado na fonte é isento no país da residência; TS - existência de cláusula *tax sparing*;

Tabela A.5.1 - Organizações internacionais que possuem algum fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação(*) – parte I

Organização	Países participantes	Número de reuniões por ano	Equipe trabalhando integralmente em tributação	Principal área de atuação	Método de trabalho	Participantes típicos
A. Organizações internacionais intergovernamentais						
OMC Organização Mundial do Comércio	142; com mais de 30 candidatos	3	0	Questões tributárias relacionadas ao comércio e investimento: primordialmente tributos indiretos	Negociações intergovernamentais	Especialistas em comércio e investimento
Nações Unidas (Conselho Econômico e Social)	189	1-3	2 + consultores	Tratados sobre tributação, preços de transferência, derivativos financeiros, paraísos fiscais, e-commerce	Negociações intergovernamentais	Principalmente negociadores de tratados
UNCTAD United Nations Conference on Trade and Development	191	1	1 ou 2 por mês + consultores	Preços de transferência (aspectos contábeis), investimentos estrangeiro direto, incentivos tributários	Negociações intergovernamentais	Especialistas em contabilidade/incentivos
FMI Fundo Monetário Internacional	183	várias	47 no ano de 2000	Política e administração tributária	Consultas bilaterais e assistência técnica	Elaboradores de política econômica e administradores tributários
Banco Mundial	183	várias	8 + consultores	Política e administração tributária	Assistência técnica	Elaboradores de política tributária e administradores tributários

Tabela A.5.1 - Organizações internacionais que possuem algum fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação(*) – parte II

Organização	Países participantes	Número de reuniões por ano	Equipe trabalhando integralmente em tributação	Principal área de atuação	Método de trabalho	Participantes típicos
OMA Organização Mundial das Aduanas	151	acima de 10	18	Assuntos aduaneiros	Negociações intergovernamentais; modelos; melhores práticas, padronização	Oficiais aduaneiros
OCDE Organização para a Cooperação para o Desenvolvimento Econômico	30 membros e outros 70 não-membros	120	30 + consultores	Questões domésticas e internacionais sobre tributação, tributos diretos e indiretos, política e administração tributária	Negociações intergovernamentais; modelos; guias; melhores práticas	Formuladores de política tributária e administradores tributários
CATA Commonwealth Association of Tax Administrators	47	3	1 + consultores	Administração dos tributos diretos e questões de política tributária	Conferência e treinamento	Administradores tributários
B. Organizações regionais intergovernamentais						
CIAT Centro Interamericano de Administrações Tributárias	34	6	11 + consultores	Administração tributária, tributação direta e indireta	Conferências, assistência técnica, trabalho de grupos em melhores práticas	Administradores tributários

Tabela A.5.1 - Organizações internacionais que possuem algum fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação(*) – parte III

Organização	Países participantes	Número de reuniões por ano	Equipe trabalhando integralmente em tributação	Principal área de atuação	Método de trabalho	Participantes típicos
APEC Asia-Pacific Economic Cooperation Forum	21	1	0	Aduana e tributos indiretos especiais	Negociações intergovernamentais. Conferência anual	Formuladores de política tributária
União Européia	15	30-40	60 + consultores	Tributos indiretos mas vem aumentando sua participação na discussão internacional dos tributos diretos	Diretivas da União Européia, convenções, regulações	Formuladores de política tributária e administradores tributários
CREDAF Centre de Rencontres et d'Etdues des Dirigeants des Administrations Fiscales	27	1	1	Administração e política tributária em países de língua francesa	Conferências e treinamento	Administradores tributários
IOTA Intra-European Organization of Tax Aministrations	15	6	1	Administração tributária em economia m transição	Conferências e assistência técnica	Administradores tributários
C. Grupos governamentais selecionados						
PATA Pacific Association of Tax Administrators	4	2	0	Administração tributária doméstica e internacional, principalmente tributos diretos	Discussões informais intergovernamentais	Administradores tributários

Tabela A.5.1 - Organizações internacionais que possuem algum fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação(*) – parte IV

Organização	Países participantes	Número de reuniões por ano	Equipe trabalhando integralmente em tributação	Principal área de atuação	Método de trabalho	Participantes típicos
SGATAR Study Group on Asian Tax Administration and Research	12	2	0	Administração tributária e assuntos selecionados de política tributária	Discussões informais intergovernamentais	Administradores tributários
Grupo Nórdico	5	3	0	Administração e política tributária, principalmente internacional	Discussões informais intergovernamentais	Formuladores de política tributária e administradores tributários
COTA Caribbean Organisation of Tax Administrators	15			Administração tributária	Treinamento, pesquisa, disseminação de informação e assistência técnica	Formuladores de política tributária e administradores tributários
D. Organizações não-governamentais						
IBFD International Bureau of Fiscal Documentation	-	-	40	Tributação doméstica e internacional	Pesquisa; disseminação de informação	Não-governamentais
IFA International Fiscal Association	-	-	1	Questões de tributação internacional	Pesquisa; disseminação de informação	Governamentais e não-governamentais

(*) Fonte: UNITED NATIONS. General assembly. Preparatory committee for the international conference on financing for development. *Technical note n° 1: Existing proposals for enhanced international cooperation in tax matters*. A/AC.257/27/Add.1. 20 set. 2001. Disponível em: <<http://documents.un.org/simple.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2008, p. 10-1.

Tabela A.5.2 - Descrição e detalhamento dos membros de algumas organizações internacionais que possuem fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação - parte I

Organização (Sigla e denominação)	Descrição	Membros	Fonte
AATA The African Association of Tax Administrators.	Não foi possível obter informações sobre seus membros e seu objetivo	-	-
ACAT ou CATA Associação da Comunidade de Administradores Tributários ou, em inglês, the Commonwealth Association of Tax Administrators.	Associação criada em 1978, com sede em Londres, formada por 46 países, tendo como propósito promover o aperfeiçoamento das administrações tributárias em todos os seus aspectos, com ênfase nos países em desenvolvimento. Seus principais objetivos são: promover encontros entre o pessoal técnico e administrativo das administrações tributárias para a troca de idéias e experiências; organizar seminários, discussões e cursos sobre aspectos da administração tributária; atuar diretamente na assistência técnica ou pesquisas na área de administração tributária, ou mesmo colaborar com as agências envolvidas em tal atividade; executar funções gerais que colaborem com o aumento das habilidades das administrações tributárias por meio da cooperação entre os países membros.	África do Sul, Austrália, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belize, Botsuana, Brunei, Camarões, Canadá, Chipre, Cingapura, Gâmbia, Gana, Granada, Guiana, Índia, Jamaica, Quênia, Lesoto, Malawi, Malásia, Maldivas, Malta, Maurício, Namíbia, Nigéria, Paquistão, Papua Nova Guiné, Reino Unido, República de Fiji, República de Kiribati, Santo Kitts Nevis, Santa Lucia, Samoa, Serra Leoa, Salomão, Sri Lanka, Suazilândia, Tanzânia, Tonga, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Uganda, Zâmbia	Cf. THE COMMONWEALTH ASSOCIATION OF TAX ADMINISTRATORS. Conteúdo do sítio na internet. Disponível em: < http://www.cata-tax.org >. Acesso em: 03 nov. 2008.
CIAT Centro Interamericano de Administrações Tributárias.	Criada em 1967 e conta com 38 membros atualmente. Tem como objetivos promover e facilitar a cooperação mútua entre os países membros para combater a evasão, a elisão e toda forma de não cumprimento das obrigações tributárias; estimular e conduzir pesquisas sobre os sistemas tributários e promover a assistência técnica sobre tributação.	África do Sul, Antilhas Holandesas, Argentina, Aruba, Barbados, Bermudas, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Espanha, França, Guatemala, Haiti, Holanda, Honduras, Índia, Itália, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Quênia, República Dominicana, República Tcheca, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.	Cf. INTER-AMERICAN CENTER FOR TAX ADMINISTRATIONS. Conteúdo do sítio na internet. Disponível em: < http://www.ciat.org >. Acesso em: 03 nov. 2008.

Tabela A.5.2 - Descrição e detalhamento dos membros das organizações internacionais que possuem fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação - parte II

Organização (Sigla e denominação)	Descrição	Membros	Fonte
COTA The Caribbean Organisation of Tax Administrators	Organização criada em 1971.	Anguilla, Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bermudas, Dominica, Granada, Guiana, Haiti, Ilhas Cayman, Ilhas Turks e Caicos, Ilhas Virgens Britânicas, Jamaica, Montserrat, Santa Lucia, Santo Kitts e Nevis, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago.	Cf. CARIBBEAN ORGANISATION OF TAX ADMINISTRATORS. Conteúdo do sítio na internet. Disponível em: < http://www.caricom.org >. Acesso em: 05 ago. 2008.
CREDAF Centre de Rencontres et d' Etudes des Diregeants des Administrations Fiscales.	Reúne 29 países de língua francesa. Tem como objetivos facilitar o diálogo, as reuniões e a cooperação entre os responsáveis pelas administrações tributárias dos países membros para o compartilhamento de experiências e troca de idéias sobre os problemas de evolução dos sistemas tributários e sobre a organização e funcionamento das administrações tributárias; e organizar um centro de documentação à disposição dos países membros.	Argélia, Bélgica, Benin, Burkina, Burundi, Camarões, Canadá, Chade, Comores, Congo, Costa do Marfim, Djibouti, França, Gabão, Guiné, Guiné Bissau, Haiti, Líbano, Madagascar, Mali, Marrocos, Mauritânia, Nigéria, República Centroafricana, República Democrática do Congo, São Tomé e Príncipe, Senegal, Togo, Tunísia.	Cf. CENTRE DE RENCONTRES ET D' ETUDES DES DIREGEANTS DES ADMINISTRATIONS FISCALES. Conteúdo do sítio na internet. Disponível em: < http:// www.credaf.org >. Acesso em: 05 ago. 2008.
IOTA Intra-european Organisations of Tax Administrations	É uma organização intergovernamental criada em 1996 com sede em Budapeste, Hungria. Sua missão é prover um valioso fórum de cooperação e troca de conhecimentos entre administrações tributárias na Europa, e identificar e desenvolver as boas práticas como parte de um processo de modernização e reforma.	Albânia, Áustria, Alemanha, Azerbaijão, Belarus, Bélgica, Bósnia, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Jordânia, Látívia, Lituânia, Macedônia, Malta, Moldóvia, Montenegro, Noruega, Polônia, Portugal, Reino Unido, República de Srpska, República Tcheca, Romênia, Sérvia, Suécia, Suíça, Ucrânia.	Cf. INTRA-EUROPEAN ORGANISATIONS OF TAX ADMINISTRATIONS. Conteúdo do sítio na internet. Disponível em: < http://www.iota-tax.org >. Acesso em: 05 ago. 2008.

Tabela A.5.2 - Descrição e detalhamento dos membros das organizações internacionais que possuem fórum para discussões intergovernamentais sobre tributação - parte III

Organização (Sigla e denominação)	Descrição	Membros	Fonte
OCDE Organização para o Desenvolvimento e a Cooperação Econômica (OCDE).	Em setembro de 1961 surgiu como resultado da conversão da Organização Européia para Cooperação Econômica (OECE) que havia sido criada depois da Segunda Guerra Mundial para Coordenar a implantação do Plano Marshall. Conforme o art. 1º de sua convenção, sua missão é promover políticas destinadas a: (i) alcançar um crescimento sustentável da economia e do emprego, assim como um progresso do nível de vida nos países membros, mantendo paralelamente a estabilidade financeira com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento da economia mundial; (ii) colaborar no trabalho de expansão saudável da economia, tanto nos países membros como nos países em desenvolvimento; (iii) contribuir para o crescimento do comércio mundial em uma base multilateral e não discriminatória.	Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coreia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Inglaterra, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, República da Eslováquia, República Tcheca, Suécia, Suíça e Turquia. Outros 70 países em desenvolvimento participam de suas discussões, entre eles, o Brasil.	Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Conteúdo do sítio na internet. Disponível em: < http://www.oecd.org >. Acesso em: 05 ago. 2008.
SGATAR The Study Group on Asian Tax Administration and Research	Organização criada em 1970 como fórum para discutir questões relacionadas com a administração tributária.	Austrália, China, Hong Kong, Japão, Coreia, Malásia, Nova Zelândia, Filipinas, Cingapura, Tailândia, Taiwan e Vietnã.	Cf. INLAND REVENUE AUTHORITY OF SINGAPORE. Conteúdo do sítio na internet. Disponível em: < http://www.iras.gov.sg >. Acesso em: 03 ago. 2008.