

CLÁUSULA DE *TAX SPARING* EM TRATADOS INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO: VALE A PENA INSISTIR?

Adriana Freisleben de Zanetti

RESUMO: A cláusula de *tax sparing* revela-se problemática na seara internacional, tendo constituído entrave nas negociações de um acordo contra a bitributação entre o Brasil e os Estados Unidos.

ABSTRACT: The negotiation of a tax sparing provision is a controversial issue in the international community and it has brought barriers in negotiating an agreement against double taxation between Brazil and the United States.

PALAVRAS-CHAVE: Bitributação – Tratados Internacionais – Cláusula *tax sparing*.

KEYWORDS: Double Taxation – International Treaties – Tax sparing provisions.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breve notícia histórica – 3. A cláusula nos modelos propostos pela Organização das Nações Unidas – ONU e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – 4. Cláusula-problema? –

5. O custo da cláusula compensa? – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Os países subdesenvolvidos e também aqueles em vias de desenvolvimento costumam exigir de seus parceiros desenvolvidos a cláusula de “tax sparing”, em tratados internacionais contra a bitributação.

A questão versa a possibilidade de cômputo de crédito fictício, no país de residência (cidadania)¹ do investidor, de montante tributário que deixou de ser pago no país em que injetado o recurso, por conta de incentivo fiscal oferecido por este último.

A medida visa, assim, evitar a transferência de renda dos países subdesenvolvidos para os desenvolvidos, bem como objetiva garantir a eficácia do fomento fiscal. Isso porque os tratados contra a bitributação oferecem sistemas de compensação, por meio de créditos no país de residência/cidadania, de percentual tributário pago em país alienígena. Se, porém, no país estrangeiro não houver cobrança de tributo, por conta de isenção, não haverá crédito a ser computado no país de origem.

2. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

¹ Os Estados Unidos utilizam o critério de “cidadania”, ao invés de residência, para integração do princípio da universalidade da tributação.

A primeira referência ao instituto registra-se em 1953², por meio de parecer exarado pela *Brithish Royal Commission*, em resposta à consulta governamental sobre eventual abatimento de imposto de renda de contribuinte britânico que investira em jurisdição que oferecia isenção de imposto de renda para determinada operação. Como o residente britânico não tinha, no caso, crédito a ser computado para glosa do pagamento do tributo devido aos cofres britânicos, constatou-se a anulação do efeito atrativo da jurisdição que pretendeu estimular o investimento estrangeiro.

Discutiu-se, assim, se haveria direito de um investidor britânico ter alguma espécie de alívio fiscal em relação a tributo que deixou de ser pago em terras alienígenas que dependiam de investimento externo para se manter economicamente.

A Comissão concluiu legítimos alguns tipos de incentivos fiscais oferecidos no estrangeiro, principalmente os relacionados ao desenvolvimento de suas colônias; afirmou, porém, que tal era matéria a ser tratada em acordos bilaterais específicos. Rejeitada, pois, a possibilidade da existência de “cláusula genérica” cancelando o crédito de modo amplo.

O Parlamento britânico debateu a questão, incluindo o ponto referente à extensão do benefício apenas a países da Commonwealth britânica, analisando, ainda, a possibilidade de o benefício ser estendido a outros países subdesenvolvidos. Todavia, o Parlamento culminou por rejeitar a proposta, em 1957, por temer perda sensível de arrecadação. Apenas em 1961o Reino Unido ratificou tratado com o Paquistão que incluiu a cláusula de “tax sparing”.

² Kim Brooks: “Tax Sparing: *A Needed Incentive for Foreign Investment in Low-Income Countries or na Unnecessary Revenue Sacrifice?*” – NYU School of Law – Colloquium on Tax Policy and Public Fincance, primavera/2010.

Os primeiros países que adotaram, efetivamente, o instituto, foram a Alemanha, no acordo celebrado com a Índia em 1959, e a Suécia, no acordo firmado com Israel em 1959³.

3. A CLÁUSULA NOS MODELOS PROPOSTOS PELA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU E PELA ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE.

Há projetos de acordos-tipo contra a bitributação propostos pelas organizações internacionais, como o Modelo das Nações Unidas e o modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Referências que tais, quando não adotadas parcial ou integralmente pelas nações soberanas, geralmente são tomadas como elementos para a interpretação de cláusulas de tratados de dupla tributação, vez que fixados sobre princípios de Direito Internacional aceitos pela comunidade jurídica global.

No primeiro tratado-modelo contra a bitributação sugerido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE⁴, em 1963, não havia previsão específica relativa à cláusula de *tax sparing*. Entretanto, nas notas explicativas relativas ao artigo 23 do referido molde, constava que um signatário poderia considerar oferecer mecanismos de isenção ou alívio fiscal ao residente que investisse em outro Estado-parte cuja política fiscal refletisse suplementação Estatal de falhas de mercado, em setores determinados.

Já na revisão efetivada em 1977, a OCDE reconheceu a necessidade de delimitar o escopo da cláusula, até que, em 2000, a entidade modificou o entendimento e passou a defender a idéia de que a

³ H.W.T Pepper et al., Tax Relief Provisions between Developed and Developing Countries, 12 EUR. TAX. 1/3, 1972.

⁴ <http://www.oecd.org>

clausula de *tax sparing* pode incentivar o abuso e a erosão fiscal, além de não ser eficiente a garantir os objetivos a ela subjacentes.

Em 2007, porém, a OCDE publicou um estudo⁵ sobre o efeito da tributação em investimentos diretos estrangeiros, fomentando os Estados a utilizarem políticas fiscais de incentivo a investimentos externos⁶. Fato que tal pode alimentar o debate acerca da posição oficial da Organização a respeito de cláusulas controversas em tratados contra a bitributação, como a ora discutida.

Em outro tratado-modelo de relevo, publicado em 1980 pela Organização das Nações Unidas e fonte de inspiração a vários países subdesenvolvidos, foi adotado, na integralidade, o comentário sobre o *tax sparing* mencionado no modelo originário da OCDE.

Na versão aprovada no ano de 2000, porém, o Modelo das Nações Unidas introduziu algumas mudanças em seus artigos e, principalmente, nos comentários.

Após realizado estudo, por intermédio de um grupo de especialistas em cooperação internacional em matéria fiscal, foi incorporado ao padrão, com base na experiência adquirida desde 1980, novos conceitos, forte na conclusão de que a política de concessão de incentivos fiscais não se revela o instrumento mais adequado para atrair investimento estrangeiro; podendo, outrossim, constituir fator de distorção a gerar atritos entre países, afetando seriamente a capacidade dos Estados na obtenção de recursos⁷.

4. CLÁUSULA-PROBLEMA?

⁵ <http://www.oecd.org/dataoecd/62/61/40152903.pdf>

⁶ Texto original: (...) *Tax policies may also support direct investment abroad, as outbound investment may provide efficient access to foreign markets and production scale economies, leading to increased net domestic income.*

⁷ Maiores detalhes podem ser consultados no sítio www.un.org

A divergência de posições relativas à cláusula de *tax sparing* constitui entrave em negociações de tratados bilaterais contra a bitributação com parceiros comerciais importantes do Brasil, cujo exemplo mais significativo é a ausência de acordo que tal entre o Brasil e os Estados Unidos.

No ponto, vale mencionar que o Brasil e os Estados Unidos chegaram a assinar, em 13 de março de 1967, um tratado contra a bitributação que não foi aprovado pelo Congresso americano, à conta de divergências a respeito da cláusula de *tax sparing*⁸.

Os Estados Unidos têm posição fechada no sentido de não admitir cláusula garantindo crédito fictício para americanos que investem no estrangeiro, ao argumento de que concessão nesses moldes implicaria violação aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Já o Brasil defende a inclusão de cláusula que garanta 25% de *tax sparing* para garantir que eventual benefício fiscal tendente a estimular aqui a injeção de recursos externos não seja anulado pela política tributária do domicílio fiscal do investidor.

A posição do Brasil parte da premissa que, se não houver o crédito ficto no país de residência, o incentivo será mera transferência de renda do Brasil para o país do investidor, como bem assinala o discurso de Francisco Dornelles⁹, proferido na Sessão da Câmara dos Deputados de 27 de novembro de 2003: (...) *A inclusão das cláusulas de isenção e tax sparing nas convenções fiscais internacionais*

⁸ Schoueri, Luís Eduardo. *Contribuição Histórica dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira*. Revista Direito Tributário Atual, nº 22, p. 274. Schoueri explica que o presidente Eisenhower endossou a cláusula de *tax sparing* quando enviou carta ao Congresso em 1955. Entretanto, a posição foi revertida por Stanley S. Surrey, que convenceu o Senado de que a provisão não atendia aos interesses dos EUA. Desde então, o congresso Americano firmou posicionamento no sentido de não aprovar acordos com previsão de cláusula que tal.

⁹ http://www.dornelles.com.br/inicio/index.php?Itemid=85&id=290&option=com_content&task=view; acesso em 17/11/2010.

celebradas pelo Brasil reveste-se de fundamental importância, já que são esses os mecanismos garantidores de que qualquer incentivo, subsídio, isenção ou redução do imposto brasileiro significará efetivo benefício para o investidor e não uma mera transferência de recursos do Tesouro brasileiro para o do outro país. Para exemplificar, em decorrência de os países da Europa Ocidental terem concordado em isentar os lucros que seus domiciliados auferiram no Brasil, os lucros de empresas alemãs, francesas, espanholas, italianas auferidos no Brasil são tributados no Brasil e isentos de imposto nesses países. No período de 1970 a 1984, o Brasil e os Estados Unidos realizaram diversas negociações, objetivando a assinatura de um acordo para eliminar a dupla tributação da renda. Contudo, tal negociação jamais foi concluída face a negativa das autoridades norte-americanas de incluir na convenção as cláusulas de isenção e tax sparing, adotadas pelos outros países desenvolvidos com os quais acordos da espécie foram firmados pelo Brasil (...).

ALBERTO XAVIER¹⁰ assinala que o Brasil adota política favorável ao *tax sparing* em acordos celebrados no âmbito do Mercosul, conforme previsto no artigo 2º da Instrução Normativa SRF nº 244, de 18 de novembro de 2002, que dispõe sobre a aplicação das Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda e procedimentos de intercâmbio de informações nelas previstos¹¹.

¹⁰ *Direito Tributário internacional do Brasil* – 7ª ed. p. 649.

¹¹ *Artigo 2º: Nas Convenções destinadas a evitar a dupla tributação da renda, a serem firmadas pelo Brasil com países integrantes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), será incluída cláusula prevendo a concessão de crédito do imposto de renda sobre lucros e dividendos recebidos por pessoa jurídica domiciliada no Brasil que deveria ser pago no outro país signatário, mas que não haja sido em decorrência de lei de vigência temporária de incentivo ao desenvolvimento econômico, nacional, regional ou setorial.*

Críticos alienígenas¹² afirmam que o Brasil possui “generosas” cláusulas de *tax sparing*, principalmente nos textos das convenções travadas com o Canadá, Dinamarca, República Checa, Holanda, Coreia, Finlândia e Filipinas.

Nessa linha, há o adendo recente no acordo com a Bélgica¹³, prevendo que, até 01/01/2012, a Bélgica deverá creditar montante fiscal ficto equivalente ao IRF brasileiro acrescido de cinco pontos percentuais, relativamente a dividendos, juros e *royalties* oriundos de investimentos belgas diretamente ligados a projetos de desenvolvimento industrial, comercial, turístico ou agrícola no Brasil, ainda que o Brasil **isente de tributação** tais rendimentos.

De outra via, a cláusula de *tax sparing* pode trazer abusos que levem a práticas conhecidas como *treaty shopping*¹⁴, manipulação de preços de transferência¹⁵ e abuso governamental, ante a possibilidade de determinando governo optar por manter alíquotas forçadamente elevadas visando o efeito “estimulante” de reduções tributárias.

Há vozes¹⁶ que sustentam que a manutenção do crédito presumido derivado da cláusula de *tax sparing* teria sido o principal

¹² Melhores esclarecimentos podem ser encontrados no texto *Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results*, de Deborah Toaze, publicado na REVUE FISCAL CANADIENNE, vol. 49, 2001, p. 879 – 924.

¹³ Convenção Adicional para Evitar a Dupla Tributação da Renda entre Brasil e Bélgica, de 31/12/2007.

¹⁴ Luis Eduardo Schoueri (SCHOUERI, Luis Eduardo. *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20) conceitua o treaty shopping como o uso de um tratado contra dupla tributação por alguém, através da interposição de uma pessoa, obtém a proteção de um acordo de bitributação que, de outro modo, não seria devida.

¹⁵ A Receita Federal define “preço de transferência” como o mecanismo utilizado para identificar os controles a que estão sujeitas as operações comerciais ou financeiras realizadas entre partes relacionadas, sediadas em diferentes jurisdições tributárias, ou quando uma das partes está sediada em paraíso fiscal. Em razão das circunstâncias peculiares existentes nas operações realizadas entre essas pessoas, o preço praticado nessas operações pode ser artificialmente estipulado e, conseqüentemente, divergir do preço de mercado negociado por empresas independentes, em condições análogas - preço com base no princípio *arm’s length*. Maiores detalhes podem ser obtidos no sítio <http://www.receita.fazenda.gov.br>.

¹⁶ Dentre as quais: SCHOUERI, Luis Eduardo: *Contribuição à História de Bitributação: a Experiência Brasileira* In: **Revista de Direito Tributário Atual**. São Paulo: Dialética, nº 22, p. 267-288; CARVALHO, André de

motivo da denúncia, pela Alemanha, do tratado bilateral firmado entre aquele país e o Brasil¹⁷. Parece, porém, que o verdadeiro entrave foi a interpretação do fisco brasileiro acerca do artigo que dispunha sobre os preços de transferência. Segundo consta, os alemães entenderam que o Brasil interpretava muitas regras do Tratado de forma diferente daquelas prescritas pelo Modelo da OCDE¹⁸.

É que a legislação brasileira estabelece margens fixas de rentabilidade que, em muitos casos, não refletem o efetivo preço de mercado, desconsiderando, por vezes, aspectos econômicos e funcionais do fato gerador. No ponto, impende assinalar que o artigo 9.º do modelo de convenção para eliminar a dupla tributação da OCDE prescreve que os Estados contratantes possuem a faculdade de ajustar, com fins fiscais, as condições negociais entre empresas relacionadas que difiram das que teriam sido acordadas entre empresas independentes. Mas determina que, se um dos Estados procede a tais ajustamentos, o outro Estado deve proceder a ajustamentos correspondentes.

5. O CUSTO DA CLÁUSULA COMPENSA?

Os Estados divergem acerca da conveniência da utilização da previsão de *tax sparing* em acordos tributários, não havendo consenso se os aspectos positivos inerentes ao instituto (incentivo ao

Souza. *Acordo Brasil – EUA: o que ainda falta para a sua conclusão?* In: **Revista de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, ano 2, n. 4, 2006, p. 09-42.

¹⁷ O Tratado celebrado entre Brasil e Alemanha para evitar a dupla tributação foi denunciado pela Alemanha em 07/04/2005, à conta da renitência do Fisco Brasileiro quanto à interpretação legal e inabilidade em renegociar o acordo. Dizem as vozes correntes que, na ocasião, o Brasil mandou equipe política para tratar de assunto extremamente técnico, a ponto de ofender a comitiva alemã.

¹⁸

http://www.ahk.org.br/extranet/sogehts/upload_sogehts/Assim%20se%20faz_exportar_para_Alemanha.pdf
– acesso em 19/11/2010.

desenvolvimento de nações de menor expressividade financeira) compensam os aspectos negativos correlatos (parcos benefícios econômicos e incentivo à erosão fiscal).

O Brasil adota, com frequência, ações afirmativas de política econômica tendentes a suprir as denominadas “falhas de mercado”. Partindo do pressuposto de que a livre ação do mercado não traz a quantidade ideal de investimento, verifica-se o oferecimento de incentivos fiscais para aumentar o volume de investimentos.

Cediço é que, além de fornecer capital, os investimentos estrangeiros trazem benefícios diretos à economia e às empresas locais em geral, estimulando a concorrência, aumentando o nível de qualificação dos trabalhadores, introduzindo novas tecnologias e promovendo a transferência de conhecimento sobre controle de qualidade e técnicas avançadas de gestão.

O impacto da cláusula de *tax sparing* no investimento estrangeiro pode ser estimado a partir de premissas atuariais que considerem o impacto que o incentivo fiscal causa nesses fluxos financeiros.

É de se ter presente, porém, a possibilidade de a cláusula trazer parcos benefícios efetivos, se consideramos que há países, como o Canadá, que isentam de tributação local a renda percebida no estrangeiro. Ainda, há países que diferem a cobrança local do tributo até que os recursos obtidos fora sejam repatriados, sem limite de tempo, o que, a depender do prazo escolhido pelo empresário, pode o valor do tributo, trazido a valor presente, revelar-se irrelevante. Também há considerar-se a possibilidade de o empresário, em sede de planejamento fiscal, repatriar os lucros para país que isente o acréscimo patrimonial obtido de investimentos estrangeiros.

Já o ponto negativo imediato mais óbvio no incentivo fiscal é a perda de arrecadação. Ademais, a insistência na inserção da cláusula

em acordos com países que não a aceitam pode implicar concessões indesejáveis de vantagens à outra parte, por certo que todo e qualquer processo de negociação envolve concessões recíprocas.

6. CONCLUSÃO

Há de ser avaliado o real benefício da cláusula de *tax sparing* nos tratados firmados pelo Brasil, particularmente no que diz respeito à insistência do país na inclusão do dispositivo nas negociações que vem sendo realizadas, há mais de quarenta anos, com os Estados Unidos.

Sugere-se que tal aferição seja feita por intermédio de estudo que tome como premissa a expressão do potencial aumento de injeção de recursos externos em função de eventual benefício fiscal concedido, em análise que considere o ponto de vista empresarial e a gama de opções de planejamento fiscal à disposição do investidor.

A redação de um tratado contra a bitributação internacional é um processo delicado, havendo a necessidade de os negociadores considerarem os aspectos específicos do sistema tributário do país parceiro. A técnica, além de aspectos políticos, técnicos e econômicos, pressupõe também o cômputo do poder de barganha de cada Estado-contratante, avaliando-se o custo correspondente de cada concessão.

7. BIBLIOGRAFIA

BROOKS, Kim: "Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low-Income Countries or na Unnecessary Revenue Sacrifice?" – NYU School of Law – Colloquium on Tax Policy and Public Finance, primavera/2010.

CARVALHO, André de Souza. *Acordo Brasil – EUA: o que ainda falta para a sua conclusão?* In: **Revista de Direito Tributário**

Internacional. São Paulo: Quartier Latin, ano 2, n. 4, 2006, p. 09-42.

PEPPER, H.W.T *et al.*, *Tax Relief Provisions between Developed and Developing Countries*, 12 EUR. TAX. 1/3, 1972.

SCHOUEIRI, Luis Eduardo. *Contribuição Histórica dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira*. Revista Direito Tributário Atual, nº 22. p. 267-287.

_____. *Planejamento Fiscal através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TOAZE, Deborah. *Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results*. REVUE FISCAL CANADIENNE, vol. 49, 2001, p. 879 – 924.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário internacional do Brasil – 7ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Internet

<http://www.treasury.gov>;

<http://www.fazenda.gov.br>;

<http://www.irs.gov>;

<http://www.oecd.org>;

<http://www.un.org>;

[http:// www.senate.gov](http://www.senate.gov).

Mestranda em Direito Internacional Comparado pela Universidade de Samford/EUA – Juíza Federal na 3ª Região.

*** O texto publicado não reflete necessariamente o posicionamento do IAB**