

Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira*

Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular de Direito Tributário na Universidade de São Paulo e nos Cursos de Graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo.

Resumo

Pretende-se, a partir de uma análise contextual, esboçar o perfil da política de negociação brasileira de acordos de bitributação, desde os primeiros acordos até os mais recentes. Neste sentido, os diversos acordos de bitributação de nossa história são comparados, com o realce necessário aos atores e ao cenário econômico e político de influência. Desta forma, será possível delinear os principais traços da política brasileira de negociação de acordos de bitributação, bem como suas divergências em relação às convenções modelo da OCDE e da ONU.

Abstract

It is intended, from a contextual analysis, to draw the profile of Brazilian double tax treaties negotiation policy, since the first tax treaties to the most recent. Accordingly, the various double tax treaties of our history are compared to each other, with the necessary highlight to the actors and to the economic and political background of influence. Therefore, it will be possible to outline the main features of the Brazilian double tax treaties negotiation policy, as well as their differences in relation to OECD and UN model conventions.

I. Experiência Nacional

1. Background dos Acordos de Bitributação

Assim como em diversos outros países latino-americanos, a tributação brasileira da renda tradicionalmente adotou uma territorialidade pura. Apenas em 1995 a legislação brasileira inseriu a tributação das pessoas jurídicas em bases universais.

Diante da territorialidade prevalecente, a assinatura de um acordo de bitributação não traria, em princípio, qualquer benefício ao Brasil. Afinal, se a premissa é a de que a renda deva ser tributada apenas onde ela se origina (territorialidade), então por que razão um país assinaria um acordo em que aceita limitar seu poder de tributar dentro de seu próprio território? Ademais, ainda sob a mesma perspectiva, os países da residência dos investidores não teriam qualquer legitimidade para tributar a renda que não fosse gerada dentro de suas fronteiras.

* O presente estudo foi apresentado, originalmente, em língua inglesa, como relatório brasileiro para a Conferência sobre a História dos Acordos de Bitributação, ocorrida em Rust, Áustria, em julho de 2008. O autor agradece a contribuição do Sr. Talmon de Freitas, da Receita Federal do Brasil.

Nesse sentido, a conclusão de um acordo para evitar a bitributação apenas teria razão de ser - na perspectiva reinante da territorialidade pura - caso trouxesse alguma vantagem ao país onde se localizava o investimento. Esses acordos não eram, portanto, vistos consensualmente como o mecanismo pelo qual ambos os países aceitavam reduzir suas próprias bases a fim de se evitar a bitributação. Da perspectiva brasileira (territorial), o Brasil seria aquele que acabaria por perder sua legítima base tributária (pois o país de residência não teria legitimidade para aquela tributação).

Apenas em meados da década de 60 surgiram os primeiros acordos brasileiros de bitributação. Cabe lembrar que em 1964 houve uma mudança no poder do País, quando o regime militar ocupou Brasília. Esse regime se estendeu até 1985.

A ideologia predominante no regime militar, nas décadas de 60 e 70, rezava que o desenvolvimento poderia e efetivamente seria alcançado por uma forte intervenção estatal, não apenas de forma direta (empresas estatais de setores estratégicos), mas também por meio de incentivos (incluindo os de caráter fiscal) ao setor privado. Igualmente, multinacionais eram bem-vindas e estimuladas a investir no Brasil. Essa política econômica - substituição de produtos importados por produtos locais - não teve seu início no regime militar; entretanto, não parece exagerada a constatação de que foi substancialmente fomentada nesse período.

Coerente com a intenção de o governo assumir um papel central no desenvolvimento do País, aliás, pode ser citada a própria Emenda Constitucional nº 18/65, quando todo o sistema tributário foi redesenhado. Devidos aos atalhos de um período não-democrático, pôde-se alcançar, sem resistência, um sistema tributário idealizado como racional, com tributos distribuídos entre União, Estados e Municípios. Longe de essa divisão representar garantia de autonomia aos governos locais, verificou-se que à esfera federal foi assegurado um amplo montante de recursos. Mais ainda, vale ressaltar que a descentralização não foi o objetivo basilar da reforma fiscal: logo após a aprovação da referida emenda à Constituição, o Congresso aprovou o Código Tributário Nacional, ainda em vigor e que se tornou uma forma de uniformizar e centralizar as práticas tributárias em todo o País.

A atenção às relações entre acordos de bitributação, investimentos estrangeiros e desenvolvimento, bem como às pressões da economia, estava explícita na Exposição de Motivos do Ministro de Relações Exteriores apresentada ao Presidente da República a propósito do acordo com o Japão:

“3. Do lado brasileiro, o panorama econômico nacional, já livre das distorções conjunturais dos períodos anteriores, se traduz por condições propícias ao desenvolvimento equilibrado e harmônico da economia do País. Face a esse quadro, e lançando-se à retomada do desenvolvimento econômico, o Governo brasileiro tomou consciência de que, para se obter um volume de investimentos compatível com as necessidades de crescimento, torna-se indispensável a colaboração do capital estrangeiro, público e privado, seja sob a forma do capital propriamente dito, seja sob a de ‘know-how’ e assistência técnica. Conjugaram-se, assim, por via de conseqüência, o nosso ponto de vista e do Governo japonês sobre a necessidade de examinar os problemas de bitributação no quadro das relações econômico-financeiras dos dois países, e se iniciaram no Brasil as negociações concluídas em Tó-

quiu, no fim do ano, passado, das quais resultou a Convenção assinada formalmente, em nome do Governo brasileiro, por ocasião da visita do Embaixador Juracy Magalhães ao Japão.”¹

Na qualidade de responsável pela negociação de grande parte dos acordos tributários assinados pelo Brasil, é interessante citar Dornelles, que afirma:

“Dentro da diretriz fixada pelo Governo brasileiro de que o país desejava utilizar o seu sistema fiscal, principalmente a Lei do imposto de renda, como instrumento de política econômica, e que pretendia recorrer ao capital estrangeiro para complementar o seu processo de desenvolvimento, foram inseridas nos acordos cláusulas que estimulavam o investimento direto e o reinvestimento e que impediam que os benefícios fiscais do Estado do investidor, com a conseqüente transferência do montante desses incentivos para o Tesouro do país do investidor.”²

Em síntese, ao final da década de 60 o Brasil estava sob um regime militar que acreditava que o desenvolvimento econômico poderia ser alcançado através da intervenção estatal. Os incentivos fiscais faziam parte do rol de ferramentas largamente utilizadas a fim de conduzir a economia a esse objetivo. Enquanto as importações eram altamente restritas, o Governo fez todos os esforços para desenvolver a indústria local. O capital estrangeiro recebia, nesse contexto, papel indispensável ao intento governamental.

Não é surpreendente, portanto, que os primeiros acordos tenham surgido exatamente nesse período.

2. Os Primeiros Acordos Brasileiros

O primeiro acordo de bitributação assinado pelo Brasil foi com a Suécia, em 17 de setembro de 1965. Sua negociação fora autorizada pelo presidente em 15 de junho de 1964³.

Considerando-se que o regime militar entrou em vigor em 31 de março de 1964, é forçoso concluir-se que a assinatura de acordos internacionais de bitributação figurava entre os primeiros passos do novo regime. A proximidade entre as datas (menos de três meses da tomada de poder) revela a importância que o Governo Federal de então conferiu a esta área⁴.

O acordo com a Suécia foi concluído poucos meses antes de o Brasil assinar o acordo de bitributação com o Japão, em 24 de janeiro de 1967. Entretanto, o último foi o primeiro aprovado pelo Congresso Nacional, o que faz dele o primeiro acordo de bitributação brasileiro em vigor.

A relação entre acordos de bitributação e nível de investimentos não era relevante apenas pela perspectiva brasileira. Também a Suécia demonstrava grande

¹ Cf. Exposição de Motivos do Projeto de Decreto Legislativo nº 42, de 1967, *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 24/10/1967, pp. 6.868 e ss.

² Cf. Francisco Neves Dornelles, “Acordos para Eliminar a Dupla Tributação da Renda”, *Revista de Direito Tributário*, n. 3, ano 2, São Paulo, RT, 1978, pp. 251-255.

³ Esta data foi mencionada pelo Ministro de Relações Exteriores V. da Cunha na Exposição de Motivos publicada quando o acordo com a Suécia entrou em vigor.

⁴ Deve-se também notar que a tributação da renda é de competência da União.

preocupação, notadamente àquela época, quando São Paulo já detinha a maior concentração de indústrias suecas no exterior⁵.

Em texto publicado em 1968, portanto logo após a assinatura do acordo, um analista sueco ressaltava o interesse de seu Governo. Tal interesse é mais bem revelado pelo fato de aquele país ter efetuado concessões jamais realizadas:

“Na negociação e redação desta convenção algumas cláusulas importantes do acordo tiveram que ser elaboradas tendo em vista a falta de equilíbrio existente nas relações comerciais e econômicas e nas capacidades de investimento das partes contratantes. Isto é predominantemente o caso com as três categorias de rendimentos do capital, *i.e.*, dividendos, juros e *royalties*. A capitulação a este respeito pelos negociadores suecos de controle efetivo sobre a liberdade dada na convenção às autoridades brasileiras para tributar de forma mais abrangente estes tipos de rendimentos no Brasil, no esquema de tributos retidos na fonte, tem sido um compromisso necessário e sacrifício do lado sueco como parte mais interessada em trazer as negociações do acordo a um final bem sucedido, *i.e.* à conclusão de uma convenção contra a dupla tributação, a primeira que o Brasil concordou em assinar e ratificar com algum país. Não há, no entanto, qualquer dúvida de que esta convenção contribui enormemente para se evitar a dupla tributação de renda e capital entre a Suécia e o Brasil e, portanto, estimula o desenvolvimento das relações comerciais, econômicas e culturais entre os dois países.”⁶

A principal dificuldade, na época da assinatura do acordo com a Suécia, foi reconciliar a posição brasileira, amplamente favorável à tributação na fonte, com a tendência entre os países desenvolvidos de tributar no Estado de residência. Neste sentido, reconheceu o Ministro de Assuntos Estrangeiros, na Exposição de Motivos do acordo com a Suécia, que ambos os alinhamentos foram expressos, respectivamente, nas conferências do México (1943) e de Londres (1946).

Ainda segundo a Exposição de Motivos, o método do crédito seria uma solução intermediária que possibilitaria “conciliar duas posições antagônicas, para efeito de tributação internacional única, e atender às imposições fiscais de ambos os países sem lançar sobre o investidor o ônus de uma aplicação conjunta das tributações em causa”⁷.

Para Francisco Dornelles, um dos responsáveis pela negociação de vários acordos de bitributação na década de 70, esses não deveriam ser vistos apenas como instrumentos para incrementar o nível de investimentos estrangeiros; serviriam, antes, para preferencialmente proteger os aqui já existentes. Sob essa perspectiva, diante da necessidade de as companhias brasileiras exportarem para mercados

⁵ Cf. Sten F. W. Bille, “The Tax convention between Sweden and Brazil: A Swedish Commentary”, in Sten F. W. Bille e Gilberto de Ulhôa Canto, *The tax Conventions between Brazil and Sweden with Brazilian and Swedish Commentaries*, Amsterdam, International Bureau of Fiscal Documentation, 1968, pp. 17-20.

⁶ Cf. Sten F. W. Bille, *op. cit.* (nota 5), p. 20 - tradução livre.

⁷ Cf. Exposição de Motivos do Projeto de Decreto Legislativo nº 242, de 1965, *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 23/12/1965, pp. 10.828 ss.

competitivos, o Governo deveria oferecer incentivos fiscais à exportação e os acordos deveriam encontrar meios para assegurar a fruição desses incentivos⁸.

No entanto, a entrada de novo capital estrangeiro era parte dos objetivos principais dos acordos de bitributação, assim como asseverado pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, na Exposição de Motivos do acordo com o Japão:

“4. De acordo com as instruções recebidas, a Delegação brasileira procurou construir em Tóquio um mecanismo capaz de funcionar como um perfeito estimulador do fluxo de novos capitais japoneses em direção ao Brasil.”⁹

À primeira vista, já no acordo com a Suécia, pode-se perceber a influência da Convenção Modelo da OCDE (CM-OCDE) de 1963 sobre os negociadores brasileiros¹⁰. No entanto, uma análise mais detida revela que o primeiro acordo de bitributação brasileiro não seguia a estrutura da CM-OCDE.

Com efeito, tal acordo não apresentava um artigo concernente ao escopo pessoal: o art. I imediatamente dispõe quais tributos estão cobertos (o que corresponde ao art. 2 da CM-OCDE). O art. II trata dos métodos para se evitar a bitributação (similar ao art. 23 da CM-OCDE) e oferece, já neste momento, uma cláusula de “tax sparing”. Em seguida, surge o art. III, que diz respeito aos dividendos (art. 10 da CM-OCDE), enquanto o art. IV cuida dos juros (art. 11 da CM-OCDE); entretanto, em ambos os casos não há qualquer limitação à tributação no Estado da fonte. Por outro lado, o art. VII é muito similar ao art. 7 da CM-OCDE, o que também ocorre com o art. IX, similar ao art. 9 da CM-OCDE.

Esses exemplos servem como evidências de que os negociadores, muito provavelmente, conheciam o modo como os acordos de bitributação eram usualmente celebrados e, mais ainda, que os dispositivos do acordo não destoavam da prática internacional. Todavia, por alguma razão desconhecida, não seguiram a seqüência proposta alguns anos antes pela OCDE.

Substancialmente, o que se extrai da comparação entre o acordo com a Suécia e a CM-OCDE é que, apesar de algumas divergências seqüenciais, as disposições posteriormente deparadas nas convenções brasileiras, mesmo nas mais recentes, já encontravam ali sua gestação. Assim, especialmente, a possibilidade de tributação na fonte no caso da tributação de rendimentos passivos (dividendos, juros e *royalties*) e a cláusula de “tax sparing”. De fato, esta diferença foi mencionada pelo Ministro de Relações Exteriores, em sua Exposição de Motivos, como o principal aspecto do acordo:

“6. Todavia, a parte central do acordo refere-se a juros, ‘royalties’ e dividendos. Estes três itens mereceram o tratamento mais apropriado e, no que respeita aos ‘royalties’, ponto nuclear das discussões, acordou-se em não

⁸ Cf. Francisco Neves Dornelles, *op. cit.* (nota 2), p. 253.

⁹ Cf. Exposição de Motivos (nota 1).

¹⁰ Isto já era reconhecido por Gilberto de Ulhôa Canto em seu comentário ao acordo de bitributação firmado com a Suécia, publicado em 1968: “Os princípios básicos adotados no acordo estão em conformidade com o modelo aprovado pela O.C.D.E. (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Cláusulas especiais foram introduzidas no acordo a fim de se levar em conta peculiaridades do relacionamento econômico e financeiro entre o Brasil e a Suécia.” Cf. Bille e Canto, *op. cit.* (nota 5), p. 9. Ademais, o Ministro de Relações Exteriores, em sua Exposição, menciona a necessidade de reconciliar a legislação brasileira com “os rígidos princípios aprovados pela OCDE”.

aplicar qualquer limitação à taxa cobrada no Brasil, nos três primeiros anos de vigência do acordo, solução que permitiu conciliar a presente legislação brasileira sobre a matéria e os rígidos princípios aprovados pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - O.C.D.E. -, aparentemente irreconciliáveis.”¹¹

Quando se compara o acordo da Suécia com o subsequente, Japão, nota-se que o último já seguia a seqüência e estrutura da CM-OCDE.

A idéia de tributação na fonte para rendimentos passivos estava presente (mas então limitada a 12,5% como regra) e havia cláusulas de “matching credit” e “tax sparing”. O acordo com o Japão, entretanto, não trazia um artigo equivalente ao art. 1 da CM-OCDE.

Por outro lado, no acordo com o Japão encontra-se o que seria considerada a posição brasileira característica aos acordos de bitributação. Neste sentido, tal política vinha explícita na Exposição de Motivos assinada pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores:

“4. (...) A posição brasileira, como não podia deixar de ser, consistiu na defesa dos níveis de tributação vigorantes no Brasil para as rendas de capital geradas em nosso País, enquanto o governo do Japão perfilhou as recomendações do Comitê Fiscal da OCDE quanto à tributação de dividendos, juros e ‘royalties’.

5. Em face de posições tão distanciadas, a Delegação brasileira declarou-se preparada para discutir a redução dos níveis de tributação de dividendos, juros e ‘royalties’, desde que o Japão estivesse em condições de aceitar uma variante de cláusula de ‘matching credit’, formulada com o duplo propósito de dar exclusivamente ao investidor o benefício da redução de imposto e de impedir que a redução de imposto num país promova a transferência de tributo para o Tesouro de outro país. Em síntese, a referida cláusula tem por objetivo impedir que o benefício das reduções e das isenções de imposto concedidas como incentivos ao desenvolvimento econômico pelo Estado onde se encontram as fontes de rendimento seja perdido pelo contribuinte residente em outro Estado que aplique o sistema de imputação (...)

7. Essas reduções, contudo, não afetarão o crédito concedido pelo Japão aos beneficiários dos rendimentos oriundos do Brasil, que será computado como se o imposto brasileiro fosse realmente cobrado à razão de 25%, aceitos, destarte, os dois princípios enunciados no parágrafo 5.”¹²

Com efeito, a inclusão de cláusulas como “tax sparing” e “matching credit” é considerada um bom motivo para os primeiros acordos de bitributação brasileiros apresentarem como parceiros Suécia e Japão, pois ambos já haviam aceitado cláusulas similares em acordos de bitributação anteriores. Deste modo, compartilhavam o entendimento brasileiro de usar acordos de bitributação como incentivos fiscais¹³.

¹¹ Cf. Exposição de Motivos (nota 7).

¹² Cf. Exposição de Motivos (nota 1).

¹³ Cf. Patrick L. Kelley, “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, nº 1, jan., 1971, pp. 159 e

Além das cláusulas acima mencionadas, é interessante notar, também no caso Brasil-Japão, que o Brasil, pela primeira vez, adotou uma definição mais abrangente de estabelecimento permanente, divergente da CM-OCDE, incluindo o depósito entre os casos em que se considera configurada sua existência. Outro aspecto relevante desta definição foi que um canteiro de obras ou construção ou montagem que existisse por mais de seis meses já seria considerado um estabelecimento permanente, em oposição aos doze meses mínimos requeridos pela OCDE.

Estes seis meses iniciais tornaram-se constantes nos acordos brasileiros subsequentes, exceto nos acordos de bitributação brasileiros com a Alemanha, denunciado, e com o Equador, ambos estipulando o mínimo de doze meses. Notável é o caso de Israel, no qual não se encontra nem o prazo de seis (CM-OCDE) nem doze meses: provavelmente revelando a necessidade de conclusão do acordo, adotou-se a posição conciliadora no limiar de nove meses.

3. Períodos/Estágios e Objetivos da Política de Acordos

É difícil definir os estágios da política brasileira de negociação de acordos de bitributação. No entanto, pode-se afirmar que a prática brasileira se focou, a princípio, nos investidores tradicionais no Brasil, e, apenas num segundo momento, em estabelecer acordos com vizinhos e outros países.

Considerando-se que, já de início, os acordos de bitributação foram concebidos pelo Governo Federal para assegurar os incentivos fiscais aos investidores estrangeiros, não é surpreendente que as primeiras negociações buscassem os países desenvolvidos capazes de investir no exterior.

Após os primeiros acordos, firmados com a Suécia e Japão, o Brasil assinou vários outros num curto período: Noruega (20 de outubro de 1967), Portugal (22 de abril de 1971), França (10 de setembro de 1971), Finlândia (16 de fevereiro de 1972), Bélgica (23 de junho de 1972), Dinamarca (27 de agosto de 1974), Espanha (14 de novembro de 1974), Suécia (25 de abril de 1975), Áustria (24 de maio de 1975), Alemanha (27 de junho de 1975), Itália (3 de outubro de 1978), Luxemburgo (8 de novembro de 1978)¹⁴. Deve-se ressaltar que durante a década de 70 o País negociou, sem sucesso, acordos de bitributação com os Estados Unidos, Suíça e Reino Unido.

ss. Da perspectiva do Estado de residência do investidor, o “matching credit” pode ser visto como um (parcial) reconhecimento do princípio da territorialidade (Cf. Klaus Vogel. *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*. 3. Völlig neubearb. Aufl. München, Beck, 1996, pp. 1.564-1.565).

¹⁴ Desde aquela data, o Brasil celebrou acordos com: Argentina (17 de maio de 1980), Noruega (21 de agosto de 1980), Equador (26 de maio de 1983), Filipinas (29 de setembro de 1983), Canadá (4 de julho de 1984), Hungria (20 de julho de 1986), República Tcheca e Eslováquia (26 de agosto de 1986), Índia (26 de abril de 1988), Coreia do Sul (7 de março de 1989), Países Baixos (8 de março de 1990), China (5 de agosto de 1991), Finlândia (2 de abril de 1996), Portugal (16 de maio de 2000), Chile (3 de abril de 2001), Ucrânia (16 de janeiro de 2002), Israel (12 de dezembro de 2002), México (25 de setembro de 2003) e África do Sul (8 de novembro de 2003). Note-se que Noruega (em 1980), Finlândia (em 1996) e Portugal (em 2000) concluíram um segundo acordo com o Brasil.

O caso com os Estados Unidos merece especial atenção, uma vez que o Brasil assinara um acordo em 13 de março de 1967. Contudo, esse foi rejeitado pelo Congresso americano, com a justificativa de que o acordo continha cláusula de “tax sparing” - o que era consistente com a política brasileira de acordos de bitributação. Entretanto, embora o presidente Eisenhower tivesse endossado as cláusulas de “tax sparing” em sua mensagem econômica exterior ao Congresso em 1955, em 1957 esta posição foi contestada por Stanley S. Surrey, diante do Comitê de Relações Exteriores do Senado e, desde então, o Congresso dos EUA tornou-se irreduzível na posição de não aprovar nenhum acordo contendo cláusula de “tax sparing”. A partir daí, os Estados Unidos não mais mudaram sua posição quanto ao “tax sparing”, o que parece ser, até hoje, uma das principais razões para a ausência de acordo entre Brasil e Estados Unidos, não obstante este país seja o principal investidor estrangeiro no Brasil.

Embora não adote seu próprio modelo de negociação, considerando-se os acordos assinados pelo Brasil nesse período, facilmente se compreende um fio condutor em sua política, balizada pela entrada de capital muito maior que a saída (àquele tempo, os economistas brasileiros não imaginariam as empresas brasileiras investindo no exterior). Em virtude do aludido desequilíbrio, os negociadores brasileiros consideravam que o Brasil seria habitualmente o Estado da fonte em seus acordos (diversamente do que ocorre entre dois países desenvolvidos, ambos fonte e residência).

Por outro lado, era nítido ao Brasil que os países desenvolvidos já adotavam medidas unilaterais para evitar a dupla tributação. Neste sentido, se o único propósito de um acordo fosse evitá-la, então nenhum acordo seria realmente necessário.

Ademais - e este argumento ainda hoje pode ser apresentado como a principal causa de resistência a um acordo de bitributação com os Estados Unidos - o método do crédito pelo país de residência denota que, do ponto de vista do investidor, a conclusão de um acordo não implicaria nenhum benefício. De fato, a aceitação pelo Estado da fonte em reduzir sua tributação não implicaria redução da carga tributária imposta ao contribuinte. Em resumo, uma tributação na fonte diminuída representaria nada mais que um menor crédito tributário a ser compensado com o tributo no Estado de residência¹⁵.

Contudo, como o Estado da fonte é, em geral, um país em desenvolvimento - e esta era, claramente, a condição brasileira - não seria, portanto, aceitável que a única consequência de um acordo fosse a redução no nível de tributação no Brasil concomitantemente com o aumento da tributação no Estado de residência (graças aos menores créditos), sem qualquer benefício efetivo ao investidor.

Em conformidade com o entendimento de que acordos de bitributação deveriam ser uma ferramenta para atingir-se o desenvolvimento, as renúncias tributárias aceitas pelo Brasil em seus acordos de bitributação não eram concedidas como

¹⁵ Este argumento é, certamente, nem sempre verdadeiro, principalmente se considerar-se que as alíquotas na fonte podem ser mais altas que no Estado de residência, e, ademais, que o último geralmente tributa numa base líquida, enquanto o Estado da fonte não estabelece nenhuma dedução de despesas.

meio de atribuição da tributação a outros Estados: tais renúncias eram, meramente, visadas como incentivo fiscal ao investidor estrangeiro. Neste sentido, o Brasil não concordaria com uma redução na tributação caso ela não representasse um ganho exclusivo aos investidores, mas pura transferência do poder de tributar ao Estado de residência.

Eis, precisamente, a principal feição da política de negociação brasileira em sua primeira etapa: o Brasil não se dispunha a assinar um acordo de bitributação com um país desenvolvido caso não contemplasse cláusulas de “tax sparing” ou “matching credit”.

Outro aspecto marcante da política tributária brasileira àquele tempo - que se tornou característica também dos acordos brasileiros posteriores - era que, embora o País estivesse disposto a reduzir sua tributação na fonte - numa política de incentivos tributários -, o Brasil jamais reduziria substancialmente sua tributação sobre dividendos, juros e *royalties* aos níveis recomendados pela OCDE. Neste sentido, após aceitar a alíquota geral de 12,5% com o Japão (o que representava metade da usual de 25% à época), o Brasil passou a negociar, geralmente, uma redução limitada a 15% de retenção na tributação desses rendimentos¹⁶.

Os *royalties* constituíram importante foco dos negociadores brasileiros: em vários acordos obteve-se, no Protocolo, a inclusão da assistência técnica e dos serviços técnicos no escopo do art. 12. Tal ocorreu, primeiramente, nos acordos com Dinamarca e Espanha (ambos assinados em 1974). Esta disposição não apareceu nos acordos de bitributação assinados com a Suécia e Áustria (em 1975), porém, daí em diante, foi constante em todos os acordos subsequentes, exceto com a Finlândia, que não contém tais disposições¹⁷. A evidência que o Brasil assim desejava como característica básica de seus acordos é o dispositivo inserido no acordo de bitributação que o Brasil firmou com Israel, que contém algo similar à cláusula da nação mais favorecida. Desta forma, o protocolo estabelece a extensão do art. 12 à assistência técnica, mas declara que se no futuro o Brasil aceitar assinar um acordo de bitributação com um país não latino-americano que não proveja a extensão do art. 12 a serviços técnicos, então o mesmo regime também aplicar-se-á a Israel.

Ademais, como a legislação brasileira estipula um limite percentual para dedução ou pagamentos de *royalties*, fora do padrão “at arm’s length”, desde o acordo assinado com a Finlândia, já em 1972, o Brasil requer, na maioria de seus acordos, que o Protocolo declare que as partes concordam que tal disposição não contraria a não-discriminação.

Da mesma forma relevante são os desvios dos acordos brasileiros quanto à CM-OCDE, no art. 21¹⁸, que aparecem na política tributária brasileira a partir do

¹⁶ Certamente com algumas exceções, tais como juros pagos aos governos estrangeiros ou marcas comerciais.

¹⁷ Esta disposição está presente nos seguintes acordos em vigor: Dinamarca, Espanha, Itália, Luxemburgo, Argentina, Noruega, Equador, Filipinas, Canadá, Hungria, República Checa, Eslováquia, Índia, Coreia do Sul, Países Baixos, China, Portugal, Chile, Ucrânia, Israel e México.

¹⁸ A única exceção dali em diante foi o caso da França, que nem ao menos incluiu o art. 21. Deve-se observar que este foi assinado menos de cinco meses após o acordo com Portugal e, mais provavelmente, o último acordo não tivesse influência na negociação com a França.

acordo com Portugal (1971). Deste modo, o entendimento da OCDE é que “outros rendimentos” devem ser tributados apenas no Estado da residência, enquanto o Brasil reivindica que também o Estado da fonte não deveria ser sujeito à limitação quanto a “outros rendimentos”, visto que eles derivam do Estado da fonte. Portanto, os acordos brasileiros têm diferentes soluções para o art. 7 (tributação exclusiva no Estado de residência, quando não há estabelecimento permanente envolvido) e para o art. 21 (tributação no Estado da fonte para todos os pagamentos vindos daquele Estado).

Esta não é uma questão de menor importância, considerando-se que as autoridades brasileiras adotam um entendimento bastante restrito no que concerne ao alcance do art. 7. Destarte, de modo bastante questionável, as autoridades brasileiras adotam o esdrúxulo entendimento de que rendimentos de serviços não incluídos no art. 12 (no caso dos acordos brasileiros, pouquíssimos serviços não estariam aí incluídos devido à larga interpretação de *royalties* e serviços técnicos) iriam automaticamente cair no art. 21, e não no art. 7¹⁹.

Obviamente, isto é muito criticado pelos parceiros do Brasil e também pela maior parte dos especialistas brasileiros. No entanto, na prática, serviços prestados por não-residentes, conquanto cobertos pela proteção dos acordos de bitributação, estão sujeitos, no mínimo, ao risco de tal tributação. O que torna essa situação dramática é que, normalmente, os Estados onde estão os prestadores de tais serviços dificilmente reconheceriam o direito do Brasil de tributar os serviços prestados por residentes dos primeiros, sem qualquer estabelecimento permanente no Brasil, devido ao art. 7. Conseqüentemente, há um risco de que o tributo pago no Brasil não seja compensado com o tributo devido no Estado de residência do prestador de serviços.

Recentemente, a questão foi bem resolvida entre o Brasil e a Espanha, quando a última reconheceu a ampla interpretação do art. 12. Por outro lado, o Brasil comprometeu-se a não aplicar o art. 21 aos serviços restantes²⁰. Infelizmente, o mesmo entendimento não foi encontrado com a Alemanha, o que parece ter sido um dos motivos pelos quais a Alemanha denunciou seu acordo com o Brasil.

Enquanto no primeiro estágio, durante o final das décadas de 60 e 70, a política brasileira teve foco nos países desenvolvidos, nos anos 80 o Brasil começou a negociar acordos de bitributação com alguns países em desenvolvimento, especialmente na América Latina, sem, contudo, deixar de lado sua negociação com países desenvolvidos.

É conveniente notar nesse período que o Brasil não seguiu a mesma política com ambos os grupos: enquanto os acordos de bitributação com os países desenvolvidos focaram-se, consistentemente, em cláusulas de “tax sparing” e “matching credit”, não se pode afirmar o mesmo no caso de acordos brasileiros com países em desenvolvimento. Em alguns casos, vale notar, foram negociadas cláusulas de “matching credit” recíprocas, por exemplo, nos acordos com a Índia (art. 23 (2)), Filipinas (art. 23 (2)) e Coréia do Sul (art. XXIII (2)).

¹⁹ Cf. Ato Declaratório Normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 01/00.

²⁰ Cf. Ato Declaratório Interpretativo da Secretaria Receita Federal do Brasil nº 27/04.

A maioria dos acordos de bitributação brasileiros foram assinados entre 1967 e 1990. Com efeito, nos anos 90 apenas três acordos foram assinados: com os Países Baixos (1990), com a China (1991) e com a Finlândia (1996). Também um acordo com Portugal foi assinado (2000), mas ele não deve ser considerado novidade, visto que sua assinatura foi fruto de renegociação do acordo anterior, de forma a deixar os investidores da Ilha da Madeira fora do rol de beneficiários.

Nos últimos anos, as mudanças na economia global - e, especialmente, quanto à importância de empresas brasileiras no cenário internacional - é refletida na nova política de negociação do País. De fato, algumas empresas brasileiras são agora *global players* e, embora não seja correto incluir o Brasil entre os exportadores de capital, é notório o aumento substancial no número dessas empresas.

Esta constatação parece repercutir na política brasileira desde 2002, quando uma série de novos acordos de bitributação foi assinada, sempre com países que não são nem investidores tradicionais no Brasil nem têm um relacionamento regional. Neste sentido, desde então o Brasil assinou acordos com a Ucrânia (2002), Israel (2002), México (2003), África do Sul (2003), Rússia (2004), Venezuela (2005) e Peru (2006). Os três últimos ainda não estão em vigor.

É importante realçar que na série de novos acordos posteriores a 2002, não há qualquer cláusula de “tax sparing” ou “matching credit”. Provavelmente, isso se explica pelo fato de que os negociadores não tinham motivos para acreditar que os investimentos dar-se-iam em sentido único, o que se poderia esperar de um acordo entre um país desenvolvido e outro em desenvolvimento. Contudo, também pode ser um sinal interessante pela perspectiva de novos acordos brasileiros, pois as empresas brasileiras aumentaram suas participações na economia mundial.

Outra questão que começa a surgir nos acordos brasileiros é a limitação de benefícios (LOB: “Limitation of Benefits”). Muito embora seja uma cláusula tradicionalmente requerida pelos Estados Unidos de seus parceiros, vem sendo largamente adotada no cenário internacional - sem, contudo, previsão na CM-OCDE. Nota-se tal disposição nos acordos de bitributação que o Brasil firmou com África do Sul, Israel, México, Venezuela, Rússia e Peru.

4. Background: Implicações Econômicas

Os acordos de bitributação brasileiros cobrem apenas o Imposto de Renda cobrado pela União. É natural que assim seja, já que o País não impõe a tributação da renda nas esferas estadual e municipal²¹. Embora previsto na Constituição um tributo federal sobre grandes fortunas, este nunca foi introduzido. Portanto, em princípio, pode-se afirmar que os acordos brasileiros cobrem suficientemente toda a tributação dos rendimentos.

Todavia, uma peculiaridade do sistema tributário brasileiro trouxe certa incerteza quanto à extensão dos acordos de bitributação. Ocorre que a Constituição de 1988 estabeleceu a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas. Na prática, é notória sua semelhança com o Imposto de Renda das Pessoas

²¹ Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988 previu um tributo estadual sobre a renda. Esta tributação, no entanto, nunca foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal e tal disposição foi revogada.

Jurídicas. Contudo, enquanto Imposto de Renda, conquanto de competência da União, tem 47 % de suas receitas transferidas para estados e municípios, a Contribuição Social é mantida nas mãos da própria União.

Surge daí a controvérsia quanto à abrangência ou não da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido nos acordos de bitributação brasileiros. Para aqueles assinados antes de 1988, pode-se, com acerto, sustentar que ela estaria coberta, visto que o art. 2 geralmente estende as garantias dos acordos de bitributação aos novos impostos substancialmente similares (“substantially similar”), o que seria, a toda vista, o caso²². Entretanto, as autoridades fiscais não parecem concordar com este argumento. De fato, as autoridades federais manifestaram-se, no acordo com a Dinamarca, que ele não cobriria a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, uma vez que não fora assinado antes da Constituição de 1988²³.

Posteriormente a 1988, parece indubitável que a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido apenas estará coberta pelos dispositivos do acordo de bitributação caso esteja expressamente prevista no acordo. Embora no acordo recente com Portugal, assim como na emenda ao acordo assinado com a Bélgica, esteja prevista a extensão àquela Contribuição, os acordos de bitributação brasileiros com Chile, Finlândia e China, firmados, grife-se, após 1988 (e mesmo depois de alguns acordos terem disposto sobre a Contribuição), não trazem a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Sob uma perspectiva constitucional, a assinatura dos acordos de bitributação brasileiros é competência do Presidente da República (art. 84, VIII, da CF). Por delegação de poder, são geralmente negociados pelo Ministro da Fazenda, aparentemente a partir de iniciativa da Comissão de Estudos Tributários Internacionais e, subsequentemente, pela Receita Federal do Brasil. Em síntese, é o Ministro da Fazenda o responsável pelas negociações internacionais concernentes a assuntos tributários.

Também é ele que decidirá todas as questões referentes aos acordos de bitributação, embora, provavelmente, ouça o Ministro de Relações Exteriores e o Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio antes de iniciar uma nova negociação de um acordo de bitributação. Deve-se notar que a Receita Federal do Brasil não negociará o tratado, mas ela será futuramente responsável pela sua administração, incluindo procedimentos de mútuo acordo.

Uma vez concluído e assinado, não se deve considerá-lo ainda em vigor, pois a Constituição brasileira preceitua claramente que é o Congresso o responsável por manifestar-se definitivamente sobre acordos que possam implicar conseqüências financeiras ao País (art. 49, I, da CF). Desta forma, o Brasil apenas comprometer-se-á caso o texto seja aprovado pelo Congresso, o que é feito por meio de um Decreto Legislativo. A partir daí, o Presidente informará ao outro Estado que o acordo de bitributação está ratificado. Após a ratificação, o Presidente promulgará um Decreto, que, ao dar publicidade, finalmente conferirá vigência ao acordo.

²² Cf. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 171.

²³ Cf. Solução de Consulta nº 23, de 14 de janeiro de 2008.

5. Medidas Unilaterais para evitar a Bitributação

Ao examinar-se a importância dos acordos de bitributação, deve-se levar em conta quais são as medidas unilaterais para evitar a bitributação.

Assim, a vigência, até 1995, do princípio da territorialidade para as pessoas jurídicas, parece explicar por que as poucas empresas brasileiras investidoras no exterior não haviam pressionado o Brasil a concluir acordos com os países visados: a territorialidade funciona, para todos os efeitos, do mesmo modo que o método da isenção, sem reserva de progressividade: as empresas residentes foram simplesmente isentas da tributação brasileira para rendimentos derivados de investimentos estrangeiros.

Não é surpreendente, portanto, que naquela época quase todos os bancos brasileiros tivessem uma filial ou subsidiária num paraíso fiscal, para onde suas transações mais lucrativas eram transferidas, representando, desta forma, nenhuma tributação na fonte ou no Brasil.

Em 1995, o cenário havia mudado. A Lei nº 9.249/95 representou a ruptura com o princípio da territorialidade - seguindo, portanto, a tendência internacional - e introduziu a tributação com bases universais para as pessoas jurídicas brasileiras. A mesma Lei estabeleceu um crédito para o tributo pago no exterior. Esta disposição ainda está em vigor e, segundo ela, o Brasil admite também o crédito indireto, isto é, não apenas o imposto sobre dividendos, mas também o tributo pago sobre lucros pode ser compensado aqui. Portanto, as medidas unilaterais brasileiras não apenas evitam a dupla tributação jurídica, mas até mesmo a dupla tributação econômica.

Por algum tempo, houve uma limitação temporal para a aplicação das medidas unilaterais acima mencionadas: os tributos no exterior seriam apenas compensados se a tributação brasileira ocorresse dentro do período de dois anos após o pagamento do tributo. Esta foi uma maneira encontrada de se evitar o diferimento, que apenas ocorreria se as empresas estrangeiras não distribuíssem dividendos.

Na prática, isso não deveria ser considerado relevante desde 2002, quando a Lei brasileira (Medida Provisória nº 2.158-35/01) adotou o princípio da transparência total, obstaculizando, a partir de então, qualquer diferimento: os lucros das filiais, controladas e coligadas no exterior são imediatamente imputados às empresas brasileiras (e, portanto, sujeitos à tributação no Brasil).

A transparência total está atualmente em discussão nas Cortes brasileiras. É importante advertir que a transparência é aplicável não somente aos rendimentos passivos ou investimentos em paraísos fiscais, mas para todos os investimentos no exterior. Neste cenário, pode-se compreender a importância dos acordos de bitributação para os investidores brasileiros, pois é possível alegar-se que o art. 7 não permite ao Brasil tributar lucros de subsidiárias das empresas brasileiras, ao passo que o art. 10 não permite a tributação dos dividendos enquanto não forem pagos.

Embora o argumento pudesse ser contestado no caso de CFC (um acordo de bitributação não deveria proteger a evasão fiscal), a legislação brasileira não é tipicamente uma regra de CFC, considerando que mesmo o rendimento ativo é sujeito à transparência.

Cabe ressaltar que a opção brasileira por adotar uma tributação universal, embora coerente com a prática internacional e em acordo com interesse do Tesou-

ro ao desenvolvimento das multinacionais brasileiras, não se encontra necessariamente no melhor interesse da economia brasileira, sobretudo quando se considera que a transparência completa dificilmente é adotada no cenário internacional.

Isto significa que a política brasileira de neutralidade de exportação de capitais não é da mesma maneira assumida pelas economias tradicionais, que - embora também tributem a renda em bases mundiais - adotam uma espécie de diferimento do tributo como mecanismo de não tributar os lucros ativos provenientes dos investimentos não distribuídos.

Na verdade, a territorialidade e também a neutralidade de importação de capitais poderiam ser uma melhor saída para o desenvolvimento da economia mundial²⁴. No entanto, no regime da legislação atual, os investidores brasileiros desejam, provavelmente, ter a proteção dos acordos de bitributação como certeza de que não haverá tributação aqui antes que os dividendos sejam pagos.

Além do mais, os acordos de bitributação são (na maior parte das vezes) uma proteção para os investidores no país da fonte. Visto que as empresas brasileiras estão investindo no exterior, é natural que haja uma maior exigência para o Brasil assinar um acordo de bitributação com os países onde elas atuam.

As pessoas físicas, por outro lado, sempre foram tributadas em bases universais (contudo, até o momento, sem nenhuma regra de transparência). O Brasil, tradicionalmente, concede um crédito ao tributo cobrado no exterior, caso haja um acordo de bitributação com o outro país, ou se tal país concede tratamento recíproco à tributação de seus residentes sobre rendimentos originados no Brasil. As autoridades brasileiras já reconheceram, expressamente, o tratamento recíproco no caso de vários países sem acordo de bitributação, como Estados Unidos, Reino Unido²⁵ e Alemanha.

II. Influência entre os Países

O Brasil pode ser considerado um País que foi bem sucedido na defesa de sua política de acordos de bitributação. Considerando-se que a maioria foi assinada nas décadas de 60 e 70, nota-se que os seguintes princípios, formadores do que bem se poderia denominar a política brasileira de assinatura de acordos de bitributação, foram reiteradamente afirmados:

Tributação na fonte, em um nível razoável, para dividendos, juros e *royalties*;

Conceito ampliado de *royalties*;

Possibilidade de restrição à dedutibilidade no pagamento de *royalties*;

Cláusulas de “tax sparing” e “matching credit”;

Conceito ampliado de estabelecimento permanente;

²⁴ Cf. Klaus Vogel, “World-Wide vs. Source Taxation of Income - a Review and Reevaluation of Arguments”, in McLure, Sinn, Musgrave et al., *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness*, Kluwer, pp. 117-66. Cf. também, Heiko Meyer, *Die Vermeidung Internationaler Doppel- und Minderbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, Göttingen, 1970; Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?* Köln, 1967. Maiores referências aos autores norte-americanos que sustentam o princípio da fonte em Klaus Vogel, “Neuere Befürworter des Quellenprinzips (Territorialprinzips), in den Vereinigten Staaten”, *Unternehmenspolitik und Internationale Besteuerung*, Festschrift für Lutz Fischer, Hans-Jochen Kleineidam (org.), Berlin Erich Schmidt, 1999, pp. 1.007-1.019.

²⁵ Atos Declaratórios da Secretaria da Receita Federal nºs 28/00 e 48/00.

Método do crédito (com algumas exceções);

Tributação de “outros rendimentos” na fonte sem limitação.

O poder de barganha brasileiro pode bem ser comprovado quando se apreciam os acordos com Países Baixos e Canadá, ambos assinados vários anos após os primeiros (Suécia e Japão), mas ainda contendo os princípios básicos acima referidos.

Paradigmático é também o caso dos Estados Unidos. Apesar da pressão natural que se pode imaginar provir da comunidade empresarial de ambos os países em vista de um acordo de bitributação - dos Estados Unidos ainda deriva a maior quantia de investimentos diretos no Brasil - tal acordo jamais foi concluído. Com efeito, o Brasil não estaria disposto, em princípio, a alterar sua posição inicial.

Tudo que os países conseguiram, até agora, foi o Acordo de Intercâmbio de Informações Tributárias (TIEA: “Tax Information Exchange Agreement”)²⁶, assinado em 20 de março de 2007.

Poder-se-ia pensar que esta posição intransigente vem sendo suavizada pelo lado brasileiro. No entanto, a observação dos acordos mais de perto indica que o Brasil apenas aceitou não introduzir algumas de suas cláusulas nos casos em que os negociadores encontrassem motivos suficientes para supor que não haveria uma quantia maior de entrada de investimentos no Brasil, se comparado à saída.

Por outro lado, enquanto o Brasil adotava uma tributação territorial - pedra angular para não aceitar a exigência do Estado de residência tributar seus próprios residentes em rendimentos derivados do primeiro país - a aderência à tributação global serve como bom argumento aos parceiros brasileiros para o Brasil não impor o “matching credit” ou o “tax sparing”.

Além do mais, quando o Brasil negociou seus acordos, a alíquota média para a tributação na fonte de juros, dividendos e *royalties* era de 25%. Portanto, se os acordos previam uma limitação de 15%, esta podia ser considerada uma renúncia brasileira (ou incentivo fiscal) em favor do investidor.

É imprescindível ressaltar que o Brasil, atualmente, não tributa os dividendos. Portanto, poder-se-ia alegar que não há motivo para o “matching credit”, em virtude de o acordo não implicar qualquer renúncia de tributos por parte do Brasil. Contudo, os negociadores deste país podem sustentar que a isenção brasileira não terá efeito caso o Estado de residência tribute tal rendimento.

Para juros e *royalties*, argumentos análogos podem ser apresentados pelos parceiros do Brasil, pois ambas as categorias de rendimentos são atualmente tributadas à alíquota de 15% no Brasil. Como os acordos de bitributação já estabelecem, neste quesito, a tributação na fonte a tal alíquota, pode-se sustentar que eles não conferem incentivos aos contribuintes e, portanto, que o “matching credit” não deve ser alimentado.

²⁶ “Tanto o Departamento do Tesouro quanto a Secretaria da Receita Federal estão comprometidos na continuação deste diálogo informal com a esperança que um denominador comum possa eventualmente ser encontrado para reconciliar as diferenças na política tributária que têm impedido a conclusão de um acordo tributário bilateral no passado.” (Declaração Conjunta do Governo dos Estados Unidos da América e o Governo da República Federal do Brasil e na ocasião da assinatura em 20 de março de 2007 e acordo para a troca de informação relativo aos tributos entre ambos os Governos)

O presente dilema é saber como o Brasil negociará suas futuras convenções com países desenvolvidos. De fato, onde se nota um equilíbrio entre entrada e saída de investimentos, o Brasil não tem forçado o “tax sparing” ou “matching credit”. Por outro lado, a posição brasileira tem, consistentemente, exigido esse tratamento quando se pode esperar maior entrada de investimentos. No caso com a Espanha, é interessante observar que ela concedeu o “matching credit”, porém em bases recíprocas (isto é, os investidores brasileiros conseguiram “matching credit” quando investirem na Espanha).

O argumento apresentado parece suficiente para reforçar a pressão para o Brasil não demandar mais o “matching credit”. Pode-se mesmo sustentar que não faz sentido conceder incentivos fiscais para investimentos à economia brasileira, pois o Brasil, atualmente, está longe do estágio que ocupava na década de 70. Como exemplo, tem-se a decisão da Alemanha de denunciar seu acordo com o Brasil - embora esta não fosse a única questão relevante àquele tempo.

Por outro lado, a economia brasileira não é homogênea: enquanto o sul (e, principalmente, São Paulo) pode ser identificado como em certo estado avançado, há uma grande região ao norte onde os incentivos fiscais parecem ainda uma ferramenta interessante para encorajar investimentos (e empregos). Caso os incentivos fiscais à região não forem respeitados por seus parceiros, ao aplicar-se o método do crédito, então todo o estímulo concedido aqui não seria efetivamente apropriado pelo investidor, mas sim pelo Estado de residência.

Este argumento tradicional em favor do “tax sparing” parece ainda ser aplicável. Ademais, é improvável que o Brasil esteja preparado para mudar sua política de negociação. Pelo contrário, o relativo sucesso que o País tem obtido em sua rede de acordos de bitributação mostra que não parece haver uma boa razão para não requerer a inclusão de cláusula de “tax sparing”²⁷.

Quanto ao “matching credit”, o assunto é ainda mais complicado no momento. Com efeito, quando o Brasil concluiu seus acordos na década de 70, a alíquota geralmente aplicável sobre os rendimentos de não-residentes era de 25%. Portanto, a limitação a 15% representava, efetivamente, uma redução nas receitas do Governo. Isto foi entendido, no Brasil, como incentivo, que seria conferido ao investidor, e não ao Estado de residência. No entanto, visto que os juros e *royalties* são atualmente tributados no Brasil à alíquota de 15%²⁸ e os dividendos são isentos, o rótulo de “incentivo fiscal” não é mais adequado. Pelo contrário, o Estado da residência poderia, legitimamente, argumentar que não há sentido em conceder 20% ou 25% de “matching credit”, se os dividendos são isentos no Brasil, ou se os juros e *royalties* são tributados à alíquota de 15%.

Todavia, se o Brasil concordar em não aplicar o “matching credit”, então se pode facilmente imaginar que os outros países desenvolvidos, que aceitaram o “matching credit” no passado, exigiriam o mesmo tratamento. Cedo ou tarde, portanto, toda a rede de acordos brasileiros teria que ser revista.

²⁷ Não obstante a posição assumida pela OCDE em *Tax Sparing: a Reconsideration*, 1998.

²⁸ Exceto para paraísos fiscais.

Parece ser este o motivo central para o Brasil não aceitar negociar um acordo de bitributação em que as principais posições brasileiras (mencionadas acima) não estejam incluídas.

O caso com a Alemanha é emblemático: antes de denunciar o acordo com o Brasil, as autoridades alemãs exigiram rediscutir o acordo de bitributação, visando a reduzir a tributação na fonte aos níveis da OCDE, bem como revogar o “matching credit”. Entretanto, o Brasil não se dispôs a aceitar novos termos. A denúncia é um bom sinal de que as autoridades brasileiras ainda consideravam esses aspectos relevantes.

Em resumo, embora o Brasil oficialmente não tenha seu próprio modelo de acordo de bitributação, as cláusulas referidas são parte do histórico brasileiro. É pouco provável, portanto, que o Brasil aceitasse negociá-los de maneira diversa, pois isso poderia implicar a revisão de todos os acordos atualmente em vigor.

Como possível solução ao problema, é relevante considerar a aplicação do método da isenção. Tradicionalmente, o Brasil adota o método do crédito, porém, em alguns casos, concordou em isentar seus residentes. Foi o que ocorreu com Espanha e Áustria.

Neste sentido, se ambos os países aceitassem aplicar o método da isenção, então toda a questão referente ao “matching credit” e “tax sparing” logo desapareceria. Especialmente para os dividendos, este não seria um grande entrave, ao menos quanto aos países europeus, que geralmente os isentam em caso de participação societária relevante, de modo unilateral. Já no caso dos Estados Unidos, esta não é uma tradição.

No entanto, da perspectiva de competição internacional, pode-se razoavelmente imaginar que a abordagem territorial européia pode trazer alguns motivos para aquele país ser mais flexível neste quesito. Claro que isto dependeria também da mudança na política interna dos Estados Unidos²⁹, devido à tradição de “savings clause”, pela qual os acordos de bitributação não podem mudar a tributação de um contribuinte americano³⁰.

III. Impactos nas e das Instituições e Organizações Internacionais

Embora não seja membro da OCDE, a influência da CM-OCDE sobre os acordos de bitributação brasileiros é visível, e foi reconhecida pelos negociadores já nos primeiros acordos. Ultimamente, esta influência vestiu contornos formais, pois o Brasil foi convidado a tomar parte nas discussões da Convenção Modelo. A posição brasileira está incluída entre as Posições dos Países não-Membros (“Positions of Non-Member Countries”). Isso não afasta o mérito de o Brasil não necessariamente seguir a CM-OCDE: pelo contrário, o Brasil deixa claro onde não estará de acordo com o Modelo e seus Comentários.

²⁹ Cf. J. Clifton Fleming e Robert J. Peroni, “Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption (Territorial Tax System)”, *Tax Notes International*, 2006, pp. 217 e ss., para uma análise de algumas propostas para tal mudança que já foram realizadas nos Estados Unidos.

³⁰ Cf. Reuven Avi-Yonah, “International Tax as International Law”, *Public Law Research Paper* nº 41, U. Michigan Law, 2007, p. 171.

A análise dos posicionamentos brasileiros revela, em boa parte, a influência da CM-OCDE e seus Comentários, bem como as divergências assumidas pela política brasileira. É o que se passa a examinar.

O comentário ao art. 5 (3) indica que o Brasil reserva-se no direito de seguir o limiar de seis meses³¹, assim como declara não concordar com a posição da OCDE no que diz respeito ao comércio eletrônico³².

Devido à sua posição quanto à preferência do Estado da fonte, e em acordo com a aproximação territorial, o Brasil declara, a seguir, no art. 7, que as despesas incorridas fora de seu território não seriam necessariamente consideradas aceitas com dedução de lucros de estabelecimentos permanentes³³.

Embora, atualmente, não tribute os dividendos, o Brasil reservou seu direito de sujeitá-los à tributação na fonte a alíquotas que não reflitam necessariamente a sugestão da OCDE³⁴.

O art. 11 é outro bom exemplo da posição brasileira refletida nos comentários: não apenas o Brasil rejeitou os limites para a tributação na fonte sugerido pela OCDE³⁵, como também se comprometeu a oferecer um tratamento especial aos empréstimos governamentais³⁶ e uma mais ampla definição de juros³⁷. Além do mais, o Brasil não aceita aplicar a limitação da tributação de juros, quando pagos a filiais não situadas no outro Estado contratante³⁸.

Claramente contra a posição da OCDE, mas em acordo com a tradição brasileira nos seus acordos de bitributação, o Brasil rejeitou o direito exclusivo de o Es-

³¹ Comentário a CM-OCDE, Art 5: “8. *Brasil, Tailândia e Vietnã* reservam suas posições ao parágrafo 3 por considerarem que qualquer canteiro de obras ou construção ou montagem que exista há mais de seis meses deveria ser considerado como um estabelecimento permanente.”

³² Comentário a CM-OCDE, Art 5: “23. *Brasil* não concorda com a interpretação dada nos parágrafos 42.1 ao 42.10 sobre comércio eletrônico, especialmente devido ao princípio de tributação na fonte dos pagamentos em sua legislação.”

³³ Comentário a CM-OCDE, Art. 7, parágrafo 3: “6. *Brasil* reserva sua posição às palavras ‘se o Estado no qual o estabelecimento permanente está situado ou em outro lugar’.”

³⁴ Comentário da OCDE ao artigo 10, parágrafo 2, nota “n”: “2005 exclusão de (1997): *Brasil* reserva o direito de tributar todos dividendos referidos no parágrafo 2 em uma alíquota uniforme a ser negociada”.

³⁵ Comentário a CM-OCDE, Art. 11, parágrafo 2: “2. *Argentina, Brasil, Costa do Marfim, Filipinas, Romênia, Tailândia e Ucrânia* reservam suas posições às alíquotas determinadas no parágrafo 2.”

³⁶ Comentário a CM-OCDE, Art. 11, parágrafo 2: 3. “*Brasil* reserva o direito de adicionar às suas convenções um parágrafo tratando de juros pagos a um governo de um Estado Contratante ou uma de suas subdivisões políticas ou autoridade local ou qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) completamente pertencente a esse governo e estabelece que tal juro é tributável apenas no Estado de residência do credor. No entanto, se juros forem pagos por um governo de um Estado Contratante ou uma das subdivisões políticas ou uma autoridade local ou qualquer agência (inclusive uma instituição financeira) completamente pertencente a esse governo, tal juro deverá ser tributável apenas naquele Estado Contratante (i.e., no Estado da fonte).”

³⁷ Comentário a CM-OCDE, Art. 11, parágrafo 3: “5. *Brasil, Tailândia e Ucrânia* reservam o direito de considerar penalidades relativas a pagamentos atrasados como juros para os propósitos deste Artigo, em acordo com suas leis domésticas.” e “7. *Brasil* reserva o direito de considerar como juro qualquer outro rendimento assimilado ao rendimento de dinheiro emprestado pela legislação tributária do Estado Contratante em que o rendimento se origina.”

³⁸ Comentário a CM-OCDE, Art. 11, parágrafo 4: “8. *Brasil* reserva o direito de determinar que onde o juro é pago ao estabelecimento permanente de um residente do outro Estado Contratante situado em um Terceiro Estado, o limite da alíquota de tributação de juro no parágrafo 2 não deverá ser aplicada.”

tado de residência tributar *royalties*³⁹, assim como decidiu manter a definição tradicional de *royalties* (que incluem *inter alia* o *leasing*)⁴⁰ e definir sua fonte⁴¹.

Como anteriormente mencionado, o Brasil registrou seu entendimento quanto à inclusão de assistência técnica no conceito de *royalties*⁴². Enfim, para a compreensão da posição brasileira quanto às suas restrições à dedutibilidade de *royalties*, deve-se mencionar a disposição do Brasil ao art. 24 (não-discriminação)⁴³.

O Brasil, inclusive, reafirmou sua posição quanto à possibilidade de tributar “outros rendimentos” na fonte, sem limitação⁴⁴.

A questão quanto às cláusulas de “matching credit” e “tax sparing” também é manifesta na posição do Brasil ante a OCDE⁴⁵.

Igualmente, em outras questões o Brasil estabeleceu posição divergente aos Comentários. Por exemplo, logo no art. 1, o Brasil declara que serão aplicáveis os acordos de bitributação às *partnerships*⁴⁶; no art. 2, pretende aplicar sua própria definição aos tributos cobertos⁴⁷. O art. 8 também mereceu reserva por parte do

³⁹ Comentário a CM-OCDE, Art. 12: “3. *Albânia, Argentina, Bielorrússia, Brasil, Bulgária, China, Croácia, Estônia, Gabão, Israel, Costa do Marfim, Letônia, Lituânia, Malásia, Marrocos, Filipinas, Romênia, Rússia, Sérvia e Montenegro, Eslovênia, África do Sul, Tailândia, Tunísia, Ucrânia e Vietnã* reservam o direito de tributar *royalties* na fonte.”

⁴⁰ Comentário a CM-OCDE, Art. 12, parágrafo 2: “5. *Argentina, Brasil, Gabão, Costa do Marfim, Marrocos, Rússia, Tailândia e Tunísia* reservam o direito de continuar a incluir na definição de *royalties* rendimentos derivados de *leasing* industrial, comercial ou equipamento científico e de containeres, como determinado no parágrafo 2 do Art. 12 da Convenção Modelo de 1977.” e, ademais: “10. *Brasil, Bulgária, Estônia, Letônia, Lituânia, Marrocos e Romênia* reservam o direito de incluir na definição de pagamentos de *royalties* a transmissões via satélite, cabo, fibra ótica ou tecnologia similar.”

⁴¹ Comentário a CM-OCDE, Art. 12, parágrafo 5: “12. *Albânia, Argentina, Bielorrússia, Brasil, Bulgária, China, Croácia, Estônia, Gabão, Costa do Marfim, Letônia, Lituânia, Malásia, Marrocos, Filipinas, Romênia, Sérvia e Montenegro, Eslovênia, África do Sul, Tailândia, Tunísia, Ucrânia e Vietnã* reservam o direito de preencher o que eles consideram como uma lacuna no Artigo, adicionar uma cláusula definindo a fonte de *royalties* por analogia com as cláusulas do parágrafo 5 do Artigo 11, que trata da mesma questão no caso de (...)”

⁴² Comentário a CM-OCDE, Art. 12, parágrafo 2: “7. *Brasil, Gabão, Costa do Marfim e Tunísia* reservam o direito de incluir remunerações para a assistência técnica e serviços técnicos na definição de ‘royalties’.”

⁴³ Comentário a CM-OCDE, Art. 24, parágrafo 3: “6. *Brasil* reserva sua posição ao parágrafo 3 visto que *royalties* pagos por um estabelecimento permanente situado no *Brasil* a sua sede de direção no exterior não são dedutíveis em sua própria legislação.”

⁴⁴ Comentário a CM-OCDE, Art. 21: “1. *Albânia, Argentina, Bielorrússia, Brasil, Bulgária, Gabão, Costa do Marfim, Letônia, Lituânia, Malásia, Marrocos, Rússia, Sérvia e Montenegro, Eslovênia, África do Sul, Tailândia e Vietnã* reservam suas posições a este Artigo por desejarem manter o direito de tributar rendimentos originados de fontes em seus próprios países.”

⁴⁵ Comentário a CM-OCDE, Art. 23: “1. *Albânia, Argentina, Brasil, China, Costa do Marfim, Malásia, Marrocos, Sérvia e Montenegro, Tailândia, Tunísia e Vietnã* reservam o direito de acrescentarem cláusulas *tax sparing* em relação aos incentivos fiscais que são estabelecidos em suas respectivas legislações nacionais”; “3. *Brasil* reserva o direito de adicionar *matching credit* a alguns ou todos os rendimentos coberto nos Artigos 11 e 12 com o resultado que o tributo deve ser considerado como sido pago, para os propósitos do Artigo de eliminação da dupla tributação, em certa alíquota, a ser negociada, de rendimento bruto.” E “4. *Brasil e Tunísia* reservam o direito de estabelecer que rendimentos cobertos pelo Artigo 10 devem ser isentos ou sujeitos a *matching credit* no outro Estado Contratante.”

⁴⁶ Comentário a CM-OCDE, Art. 1: “*Brasil* reserva o direito de estender a cobertura da Convenção a *partnerships* desde que as *partnerships* sejam consideradas como pessoas jurídicas em sua legislação.”

⁴⁷ Comentário a CM-OCDE, Art. 2: “2. *Brasil* reserva sua posição à parte do parágrafo 1 que estabelece que a Convenção deveria aplicar-se a tributos de subdivisões políticas ou autoridades locais, bem

Brasil, visando a excluir as navegações internas ao território⁴⁸. As disposições quanto a ganho de capital também foram ressalvadas pelo Brasil, a fim de tributar na fonte o ganho de capital de qualquer propriedade, portanto não limitado à sugestão da OCDE⁴⁹.

O artigo sobre rendimentos de estudantes (art. 20) também foi adaptado de acordo com a prática brasileira⁵⁰. Além do mais, visto que o Brasil nunca aceitou o ajuste correlato automático no caso de preços de transferência, manifestou sua posição de não incluir o parágrafo 2 no art. 9.

Para conferir-se a influência brasileira nas convenções modelo internacionais, merece relevo a Convenção Modelo da ONU. Neste sentido, já em 1967 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas adotou sua resolução 1.273 (XLIII), que pediu ao Secretário Geral

“para criar um grupo de trabalho *ad hoc* composto de especialistas e administradores tributários nomeados pelos governos, mas atuando nas suas capacidades pessoais, ambos de países desenvolvidos e em desenvolvimento e adequadamente representando diferentes regiões e sistemas tributários, com a tarefa de explorar, em conformidade com as agências internacionais interessadas, caminhos e meios de facilitar a conclusão de acordos de bitributação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, incluindo a formulação, se apropriado, de possíveis diretrizes e técnicas para o uso em tais acordos aceitáveis por ambos os grupos de países e que salvaguardassem amplamente os respectivos interesses fazendários”.

De acordo com essa resolução, o Secretário Geral criou, em 1968, o Grupo *ad Hoc* de Especialistas em Acordos de Bitributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento. Este grupo reuniu-se diversas vezes entre 1969 e 1977, e em 1980 lançou a chamada Convenção Modelo da ONU (CM-ONU).

Um representante brasileiro foi convidado a ser membro do Grupo e algumas das posições adotadas pelo Brasil foram refletidas na referida convenção. É certo que não se pode dizer que a CM-ONU foi determinada exclusivamente pela presença brasileira no Grupo. No entanto, ao se apreciar os aspectos básicos da política de negociação brasileira, nota-se que o art. 5 da CM-ONU determina um período mínimo de seis meses para um depósito, estabelecido nos acordos brasileiros.

como na parte final do parágrafo onde se lê “independentemente da maneira pela qual eles são cobrados” e ao seu parágrafo 2: “6. *Brasil* deseja utilizar, em suas Convenções, uma definição de rendimento tributário que esteja de acordo com sua legislação constitucional. Neste sentido, ele reserva o direito de não incluir o parágrafo 2 em suas convenções.”

⁴⁸ Comentário a CM-OCDE, Art. 8, parágrafo 2: “7. *Albânia, Argentina, Brasil, China, Estônia, Gabão, Malásia, Eslovênia, África do Sul, Marrocos e Vietnã* reservam o direito de não estender o escopo do Artigo a transportes internos ao território em convenções bilaterais.”

⁴⁹ Comentário a CM-OCDE, Art. 13: “1. *Argentina e Brasil* reservam o direito de tributar na fonte ganhos da alienação de propriedade situada num Estado Contratante diferente da propriedade mencionada nos parágrafos 1, 2 e 3.”

⁵⁰ Comentário a CM-OCDE, Art. 20: “1. *Albânia, Brasil e Sérvia e Montenegro* reservam o direito de adicionarem um segundo parágrafo estabelecendo a concessão a estudantes visitantes das mesmas isenções fiscais, alívios ou reduções concedidas aos residentes em respeito a qualquer subsídio, concessões e pagamentos a serviços pessoais dependentes.” e “6. *Brasil, Bulgária, China, Costa do Marfim, Marrocos, Filipinas, Romênia, Servia e Montenegro, Eslovênia, Tailândia, Tunísia e Vietnã* reservam o direito de adicionar um artigo que *addresses* a situação a professores, professores universitários e pesquisadores, sujeitos a várias condições.”

Quanto à tributação dos dividendos, juros e *royalties* na fonte, a CM-ONU não restringe seus níveis, optando por sugerir que a porcentagem seja estabelecida através de negociações bilaterais (que podem explicar a posição brasileira para alíquotas muito maiores do que as que estariam normalmente nos padrões da OCDE).

Embora o “matching credit” e o “tax sparing” não tivessem previstos na CM-ONU, este assunto fora claramente considerado pelo Grupo de Especialistas, que decidiu, no Comentário ao art. 23-B⁵¹, reproduzir o que já teria sido previsto no Comentário da OCDE⁵²:

Também a definição mais ampla do Brasil quanto aos *royalties* parece ter sido refletida no Comentário ao art. 12 da CM-ONU⁵³.

No entanto, apesar da importância da CM-ONU, houve algumas vozes contrárias às suas soluções. É relevante mencionar, neste tópico, a opinião de Francisco Dornelles, pois participou ativamente de várias reuniões com o Grupo de Especialistas.

De acordo com ele, a CM-ONU, não obstante algumas concessões ao Estado da fonte, ainda não estaria de acordo com os interesses dos países da fonte, pois a CM-ONU, basicamente, respeita a idéia de priorizar a tributação de rendimentos de capital do Estado da residência⁵⁴.

Considerando-se a posição destacada do hoje Senador Dornelles na negociação dos primeiros acordos brasileiros de bitributação e sua influência sobre seus sucessores, encontra-se aí um bom motivo para o Brasil não seguir o Modelo ONU, mas sim possuir suas próprias condições de negociação.

Neste mesmo sentido, é lícito asseverar que a posição brasileira influenciou a CM-ONU (devido *inter alia* à forte presença do Sr. Dornelles em algumas reuniões do Grupo de Especialistas), contudo, sem o Brasil adotar sistematicamente tal modelo como base para suas negociações, preferindo manter a CM-OCDE com adaptações, como padrão para sua política de negociação.

⁵¹ Cf. Convenção Modelo da ONU sobre Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e Países em Desenvolvimento (2001): “Concordando os dois Estados que o benefício de concessões aos contribuintes no Estado da fonte não devem ser anulados, uma derrogação do parágrafo 2 do Artigo 23-A, ou do Artigo 23-B será necessária (...) Várias fórmulas podem ser utilizadas para este efeito como, por exemplo: (a) o Estado de residência permitirá como dedução a quantia de tributo que o Estado da fonte poderia ter imposto de acordo com sua legislação geral ou tal quantia como limitada pela Convenção (e.g., limitação de alíquotas para dividendos e juros nos artigos 10 e 11) mesmo que o Estado da fonte, como país em desenvolvimento, tenha dispensado todo ou parte daquele tributo sob cláusulas especiais para a promoção de seu desenvolvimento econômico; (b) como contraparte para o sacrifício que o países em desenvolvimento pratica ao reduzir de modo geral seus tributos na fonte, o Estado de residência concorda em permitir uma dedução contra seu próprio tributo em uma quantia (em parte fictícia) fixada em uma alíquota mais alta; (c) o Estado de residência isenta o rendimento que tiver sido beneficiado por incentivos fiscais nos países em desenvolvimento.”

⁵² Note que, em 1998, a OCDE assumiu uma posição mais cética em relação ao “tax sparing”, como se pode observar em *Tax Sparing: a Reconsideration* (1998).

⁵³ “17. Alguns membros dos países em desenvolvimento interpretaram a frase ‘informação quanto a experiência industrial, comercial ou científica’ como significando conhecimento especializado, tendo valor intrínseco de propriedade relativo a processos industriais, comerciais, ou gerenciais, conduzidos na forma de instruções, ferramentas, ensinamentos ou fórmulas, planos ou modelos, permitindo o uso ou aplicação de experiência adquirida em um assunto particular (...).”

⁵⁴ Cf. Francisco Dornelles, “O Modelo da ONU para eliminar a Dupla Tributação da Renda, e os Países em Desenvolvimento”, in Tavolaro *et al.* (coord.), *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado. Estudos em Homenagem a Gilberto de Ullhôa Canto*, p. 195.