

# Um Regime para a Tributação Internacional: Perspectivas para o Brasil

Ricardo Marozzi Gregorio

*Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Mestre em Administração Pública pela FGV/RJ. Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil.*

As opiniões contidas nesta publicação são reflexões acadêmicas do próprio autor e não necessariamente expressam as posições defendidas por qualquer organização a qual esteja vinculado.

## *Resumo*

A ideia de um regime para a tributação internacional consiste na percepção de que algumas regras nucleares do Direito Tributário internacional chegaram a um nível de estabilização suficiente para serem consideradas integrantes do Direito internacional. Contudo, a maioria dos defensores desta ideia propõe a consolidação de regras que foram estabelecidas em consonância com o princípio da universalidade da tributação. Partindo de uma perspectiva inspirada no pensamento de Klaus Vogel, segundo o qual a tributação das situações internacionais seria perfeitamente justificada tanto do ponto de vista da eficiência econômica quanto da justiça tributária pelo princípio da territorialidade, o artigo apresenta as regras que deveriam ser defendidas por países em desenvolvimento, como o Brasil, na eventualidade de futuras discussões com vistas à construção do regime.

## *Abstract*

The notion of an international tax regime consists in accepting that there are some core rules in the international tax law which achieved a level of stability able to include them as part of the international law. Nevertheless, supporters of this notion normally consider core rules those which were built under the universality principle paradigm. This article has a different perspective, inspired in Klaus Vogel's ideas, which argue that the taxation of cross-border situations could be better justified under the territoriality principle, both by an economic efficiency and a justice point of view. Therefore, it presents the rules that should be supported by developing countries, like Brazil, in eventual future discussions to construct the regime.

## **1 - A Evolução Histórica do Direito Tributário Internacional**

O Direito Tributário internacional tem sua evolução histórica fortemente relacionada com o surgimento dos tratados internacionais celebrados entre os países para evitar a dupla tributação jurídica sobre a renda das transações internacionais. Tal fenômeno ocorre quando uma mesma pessoa vê-se diante da pretensão tributária concorrente de dois países sobre uma mesma renda por ela auferida. Doutrinariamente intitulado como bitributação jurídica, o fenômeno popularizou

a denominação daqueles tratados, que, de forma disseminada, passaram a ser a reconhecidos como acordos de bitributação.

A questão da bitributação começou a ser vista como problema a partir da virada do século XIX para o século XX. Conforme relato de Luís Eduardo Schoueri<sup>1</sup>, depois de iniciativas pioneiras para afastar o problema através da celebração de tratados bilaterais entre alguns países da Europa central, em 1921, a Sociedade das Nações confiou a um grupo de quatro especialistas em finanças públicas - Bruins (Holanda), Einaudi (Itália), Seligman (EUA) e Stamp (Reino Unido) - a tarefa de elaborar uma solução para o problema da bitributação. A partir das conclusões destes especialistas e de outras recomendações adicionadas por altos funcionários de algumas das principais administrações fiscais europeias, em 1928, a Sociedade das Nações divulgou um modelo de acordo de bitributação e instituiu um Comitê Permanente para Assuntos Fiscais. Ressalte-se que o modelo foi aprovado por representantes de 28 países e reunia fundamentalmente os interesses dos países desenvolvidos, que prestigiavam a tributação segundo o critério da residência.

Em 1940, o Comitê instituído, depois de reunir-se por diversas vezes, sugeriu uma revisão no modelo anterior. Entretanto, a revisão só foi concluída em 1943, em reunião realizada na cidade do México, que, devido ao conflito mundial, contou com maioria de representantes de países latino-americanos. Tal fato possibilitou uma mudança no modelo aprovado para prestigiar, desta vez, a tributação pelo critério da fonte<sup>2</sup>. Contudo, esta orientação durou pouco porque logo após o conflito nova reunião foi realizada em Londres e já se mudou novamente o modelo para prestigiar a tributação pela residência. É interessante notar esta repentina reviravolta porque bem ilustra o confronto que já se travava entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento sobre o direito de alocação da tributação em face dos rendimentos auferidos nas operações internacionais<sup>3</sup>.

A Organização das Nações Unidas - ONU, criada em substituição à Sociedade das Nações, curiosamente não deu mais atenção ao problema da bitributação porque o considerou já resolvido pelo modelo então existente. Com isso, em 1956, a Organização Europeia de Cooperação Econômica assumiu para si os trabalhos sobre a bitributação e instituiu para isto um Comitê Fiscal. Este foi mantido na estrutura de sua sucessora, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. Finalmente, em 1963, o Comitê Fiscal apresentou um novo modelo para os acordos de bitributação. Em 1971, este comitê mudou sua denominação para Comitê de Assuntos Fiscais, mas até hoje permanece desenvolvendo e revisando seus trabalhos na elaboração dos modelos de acordo de bitributação. Novo modelo foi divulgado em 1977 e, a partir de 1992, foi adotado um modelo em fo-

<sup>1</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação". In: Antonio C. R. do Amaral (org.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Aduaneiras, 2005, pp. 201 a 205.

<sup>2</sup> Em relação ao critério da residência, o critério da fonte refletiria o alargamento da noção de estabelecimento permanente, a aceitação mais ampla do princípio da força atrativa, a maior flexibilização quanto às alíquotas aplicáveis ao Estado da fonte e o alargamento dos poderes tributários deste último em matéria de lucros de empresas de navegação, de serviços independentes e de ganhos de capital (cf. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 99).

<sup>3</sup> Este assunto será desenvolvido no item subsequente.

lhas soltas, considerando revisões periódicas mais constantes. Muito importante para o Direito Tributário internacional são também os comentários publicados pelo Comitê de Assuntos Fiscais acerca da sua interpretação sobre as provisões previstas nos modelos. Esta interpretação deve ser observada pelos países que celebram acordos conforme os modelos OCDE e tem forte apelo interpretativo mesmo em relação aos acordos não celebrados conforme aqueles modelos. Cumpre observar que, seguindo a tradição herdada, os modelos OCDE sempre privilegiaram a tributação pelo critério da residência.

Contudo, os trabalhos da ONU, depois da mencionada interrupção, voltaram a ser produzidos com o intuito de equilibrar os interesses nas relações entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Em 1980, depois de várias reuniões, um grupo de peritos destes dois grupos de países apresentou um modelo de acordo de bitributação que passou a ser preferencialmente adotado na celebração dos acordos que envolviam países em desenvolvimento. Nada obstante, prevalece a opinião de que o modelo ONU apenas mitiga os efeitos da tributação segundo o princípio da residência, mas não o recusa<sup>4</sup>. Em 2001, o modelo foi revisado sem alterações substanciais.

Mais preocupado com a tributação pelo princípio da fonte, portanto com maior enfoque no interesse dos países em desenvolvimento, foi o modelo criado pelo grupo de países andinos (Bolívia, Chile, Equador, Colômbia, Peru e Venezuela) em 1971<sup>5</sup>. Há ainda um modelo criado especialmente para o âmbito de alguns países africanos e outro modelo criado para alguns países asiáticos<sup>6</sup>.

Os Estados Unidos e a Holanda têm seu próprio modelo<sup>7</sup>. No caso dos Estados Unidos, o mais recente modelo foi apresentado em 2006. As maiores diferenças em relação ao modelo OCDE, principalmente a cláusula sobre limitação de benefícios, devem ser entendidas a partir das particularidades internas e da força de negociação daquele país<sup>8</sup>.

A principal característica dos modelos é a similaridade de suas estruturas. Talvez, pela dificuldade que representaria a negociação com base em um modelo totalmente divergente do padrão já estabelecido em mais de um século de história, as novas iniciativas procuraram se fixar na alteração de seus pontos de interesse nos modelos preexistentes. A estrutura principal permaneceu a mesma. Os modelos começam com a definição de alguns conceitos fundamentais, como o de residência e o de estabelecimento permanente, passam pela classificação dos elementos de renda com a consequente atribuição de prerrogativas de tributação em cada caso, estipulam os métodos para eliminação da bitributação e terminam com cláusulas especiais sobre não discriminação, procedimentos amigáveis e trocas de informação.

<sup>4</sup> Cf. Francisco O. Neves Dornelles, "O Modelo da ONU para eliminar a Dupla Tributação da Renda, e os Países em Desenvolvimento". In: Agostinho Toffoli Tavoraro, Brandão Machado, e Ives Gandra Martins (coords.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado: Estudo em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 201.

<sup>5</sup> Cf. Alberto Xavier, *op. cit.*, pp. 99 e 100.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>8</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International Tax as International Law: an Analysis of the International Tax Regime*. New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 169 a 181.

Este caráter permitiu o desenvolvimento de um bem definido campo de estudo para o Direito Tributário internacional. Com efeito, como ensina Alberto Xavier, o Direito Tributário internacional tem por objeto situações internacionais (*cross-border situations*)<sup>9</sup> e como fonte de primordial relevo as convenções internacionais contra a dupla-tributação<sup>10</sup>. Todavia, existem mais de duas mil destas convenções na atualidade<sup>11</sup>. Deveras complexo seria o trabalho do estudioso da matéria se a cada situação internacional tivesse que se debruçar sobre um acordo estruturado de maneira totalmente original. Provavelmente, as dessemelhanças seriam tais que sequer se poderia falar em um ramo específico do Direito Tributário. Felizmente, não é isso que ocorre. O estudo dos modelos de acordo é suficiente para que se conheça a matéria com a riqueza necessária para enfrentar as situações concretas que envolvem um determinado acordo entre dois países. Particularmente, o modelo OCDE tem melhor se prestado a este objetivo, seja pela riqueza dos comentários sobre os dispositivos do modelo e dos inúmeros trabalhos sobre ele publicados, seja pela relevância dos países-membros daquela organização internacional. Neste contexto, é comum o estudo da matéria através da discussão de casos que simulam as situações internacionais entre dois ou mais países sem que se faça referência específica a qualquer país ou acordo. Na maioria das vezes, basta a noção de que uns países são reconhecidos como localização das fontes dos rendimentos produzidos e os outros sejam reconhecidos como localização da residência dos beneficiários destes rendimentos.

## 2 - A Legitimidade da Tributação das Situações Internacionais

O contexto evolutivo do Direito Tributário internacional revela uma questão central envolvida com a sua formulação. Trata-se de verificar a existência de legitimação para a tributação das situações internacionais pelos Estados nacionais e, se houver legitimação, investigar os limites dessa tributação. Em outras palavras, cumpre ao estudo do Direito Tributário internacional definir as bases para o exercício da jurisdição tributária a partir da qual os Estados definem seu regime interno de tributação da renda.

Neste sentido, exige-se uma conexão entre a situação internacional e o Estado tributante. Tal conexão pode se dar por critérios pessoais ou materiais. Os critérios pessoais mais conhecidos na prática internacional são a nacionalidade e a residência do beneficiário dos rendimentos, enquanto que o critério material é a fonte dos rendimentos produzidos ou pagos. Por isso, Schoueri manifesta a possibilidade de um sistema alcançar (i) os residentes (ou nacionais), por sua renda no território (somatória dos critérios de conexão pessoal e material); (ii) os residentes (ou nacionais), por sua renda universal (conexão apenas pessoal, denotativa do conhecido princípio da universalidade); ou (iii) os não residentes, por sua renda no território (conexão material)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cf. Alberto Xavier, *op. cit.*, p. 3.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>11</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, *op. cit.*, p. 205.

<sup>12</sup> Seria possível também cogitar o alcance dos não residentes, por sua renda universal. Entretanto, esta hipótese contrariaria o princípio da territorialidade pela impossibilidade de um Estado tributar situações sem qualquer conexão com o território (cf. Luís Eduardo Schoueri, "Princípios no

Então, haverá legitimação se houver conexão. É o que ocorre quando a conexão for pessoal, com a tributação universal da renda dos indivíduos e empresas. No caso dos indivíduos, o Estado tributante exerce jurisdição tributária sobre aqueles que detêm sua cidadania (critério da nacionalidade, adotado principalmente nos Estados Unidos) ou que residem em seu território (critério da residência, adotado na maioria dos países). No caso das empresas, o Estado tributante exerce jurisdição tributária sobre aquelas incorporadas de acordo com suas leis internas (*incorporation system*, critério da nacionalidade aplicado às empresas) ou sobre aquelas cuja efetiva direção está localizada em seu território (*place of effective management system*, critério da residência aplicado às empresas)<sup>13</sup>.

Haverá legitimação também quando a conexão for material. O Estado tributante exerce jurisdição sobre a renda produzida ou paga por uma fonte localizada em seu território. Neste caso, a tributação pode ocorrer na forma ordinária (sobre a renda líquida, com alíquotas ordinárias) ou na forma de retenção (sobre a renda bruta, com alíquotas menores). A tributação da renda de uma empresa não residente na forma fonte-ordinária normalmente ocorre quando ela exerce atividades no país da fonte capazes de qualificá-la como possuidora de um estabelecimento permanente neste país. Já a tributação da renda de indivíduos na forma fonte-ordinária é mais difícil porque normalmente o critério<sup>14</sup> que qualifica o indivíduo com o *status* de permanência no país transmuta sua condição para residente no país, o que resulta na tributação universal de sua renda. A tributação da renda na forma fonte-retenção é comum, tanto para indivíduos como empresas, quando auferem rendimentos provenientes de trabalho empregatício ou de dividendos, juros, *royalties* e ganhos de capital<sup>15</sup>. Estes últimos são conhecidos como rendimentos passivos, em oposição aos rendimentos ativos, auferidos pelos indivíduos e empresas em decorrência de suas atividades negociais.

Já que a legitimação para a tributação das situações internacionais é conferida pela presença da conexão, resta investigar os limites dessa tributação para saber até onde os Estados nacionais podem exercer sua jurisdição tributária. Para esta investigação é importante antever a discussão sob dois diferentes pontos de vista: o da eficiência econômica e o da justiça.

O ponto de vista da eficiência econômica é tratado na disciplina das finanças públicas a partir da neutralidade, que, por sua vez, divide-se em neutralidade de exportação e neutralidade de importação<sup>16</sup>. A neutralidade de exportação de capitais é uma faceta da neutralidade que pretende fundamentar a tributação equân-

Direito Tributário Internacional: Territorialidade, Fonte e Universalidade". In: Roberto C. B. Ferraz (org.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 338.

<sup>13</sup> Doravante, a menos que ressaltado, abandonar-se-á a distinção entre os critérios pessoais da residência e da nacionalidade, dando-se preferência ao raciocínio com o primeiro, já que o último é menos utilizado internacionalmente.

<sup>14</sup> A maioria dos países considera a permanência no território por mais de 183 dias num período de 12 meses suficiente para caracterizar a condição de residente.

<sup>15</sup> A tributação da renda de indivíduos e empresas não residentes na forma fonte-retenção é também comum em diversas outras situações que não são capazes de qualificá-los como residentes ou possuidoras de um estabelecimento permanente no país da fonte.

<sup>16</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Princípios...", p. 361.

me no país da residência do investidor. Por essa visão, os investidores operando no exterior devem sofrer o mesmo nível de tributação que os investidores operando internamente. Com isso, garantir-se-ia a plena neutralidade do fator tributação na decisão do investidor acerca da localização de seus investimentos.

Numa situação internacional tratada por este enfoque, o país da fonte dos rendimentos poderia exercer normalmente sua jurisdição tributária com base na conexão material, tudo em conformidade com a legitimidade conferida pelo Direito Tributário internacional. Entretanto, a mesma legitimidade teria o país da residência para agregar tais rendimentos na tributação universal de seu residente segundo a conexão pessoal. Com essa acumulação de pretensões, deveria ocorrer a bitributação, já que a mesma pessoa estaria sendo tributada, em relação aos mesmos rendimentos, por diferentes entidades tributantes. A solução adotada pelos defensores da neutralidade de exportação de capitais reside na concessão de um crédito pelo país da residência no exato valor do tributo pago ao país da fonte. É o conhecido método da imputação ou método do crédito de imposto (*tax credit*)<sup>17</sup>.

Por sua vez, a neutralidade de importação de capitais é a outra faceta da neutralidade que pretende fundamentar a tributação equânime no país da fonte dos rendimentos investidos. Nesta visão, os investidores operando no país da fonte devem sofrer o mesmo nível de tributação que outros investidores operando neste mesmo país. Com isso, garantir-se-ia a plena neutralidade do fator tributação independentemente da localização da residência do investidor.

Numa situação internacional tratada por este enfoque, novamente o país da fonte dos rendimentos exerceria normalmente sua jurisdição tributária com base na conexão material. Contudo, apesar de sua legitimidade, o país da residência abster-se-ia de exercer sua jurisdição tributária universal segundo o critério da conexão pessoal. Não haveria cumulação de pretensões e, conseqüentemente, bitributação. A própria abstenção exercida pelo país da residência já configuraria a solução para evitar a bitributação, o que a doutrina tratou de denominar método da isenção<sup>18</sup>.

As soluções para a bitributação através dos métodos da imputação e da isenção podem ser adotadas pelos países tanto de forma unilateral quanto mediante a celebração de acordos. Na verdade, há variantes em ambos os métodos que permitem tanto a exclusão da bitributação de forma integral quanto de forma parcial. Os modelos de acordo da OCDE e da ONU preveem a possibilidade de se excluir a bitributação através de quaisquer dos métodos<sup>19</sup>. As variantes decorrem dos processos de negociação dos acordos.

Não há como se conciliar as duas facetas da neutralidade. Ou um país concebe seu regime interno de tributação das situações internacionais em conformidade com a neutralidade de exportação ou o faz em conformidade com a neutralidade de importação. Diante deste dilema, Schoueri revela que a doutrina das finanças públicas classicamente veio defendendo que a eficiência econômica seria mais bem

<sup>17</sup> Cf. Alberto Xavier, *op. cit.*, p. 819.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 810.

<sup>19</sup> Como os Estados Unidos adotam internamente o método da imputação, seu modelo de acordo só prevê esta solução para a exclusão da bitributação.

manifestada a partir da visão da neutralidade de exportação<sup>20</sup>. Não obstante esta preferência dos financistas, a realidade é que há bastante disparidade de escolhas. Heleno Tôres relata que mesmo entre os países da União Europeia, onde se deveria esperar maior harmonização, os sistemas tributários dos Estados-membros ainda não possuem uma disciplina sequer aproximada<sup>21</sup>.

É da autoridade de Klaus Vogel que sobrevém a mais importante crítica à preferência pela neutralidade de exportação<sup>22</sup>. Trata-se da constatação de que os diferentes países não detêm o mesmo nível de serviços públicos para oferecer aos investidores. Fatores como segurança, estabilidade econômica, infraestrutura, subsídios diretos, saúde pública e educação, por exemplo, costumam ser muito menos qualificados em países menos desenvolvidos. E é normalmente por isso que tais países exigem menor nível de tributação. Ora, se não há nenhuma vantagem comparativa para o investidor, ele só irá aventurar-se nestes países caso estes propiciem uma taxa de retorno aos seus investimentos muito mais atrativa do que as praticadas nos países em que toda aquela gama de serviços públicos está mais bem estruturada. Neste contexto, os investidores seriam desencorajados a investir justamente nos países que mais necessitam de investimentos.

O outro ponto de vista que deve se antevisto na investigação das limitações que se impõem à tributação das situações internacionais é o da justiça. A doutrina ensina que, em termos tributários, quando se fala em justiça, deve-se socorrer ao princípio da igualdade e ao seu critério de *discrímen*: a capacidade contributiva. E este critério, que é também um princípio, deve ser coerentemente obedecido em todo o sistema tributário<sup>23</sup>.

Novamente, Klaus Vogel foi quem trouxe rica contribuição para a discussão quando questionou a fundamentação de decisão da Corte Fiscal Federal da Alemanha que concluía que a incidência de imposto sobre a renda universal corresponderia ao princípio da capacidade contributiva<sup>24</sup>. Contra esse entendimento, Vogel argumentou que a capacidade contributiva, por si mesma, não leva à determinação de uma única base de cálculo passível de subsunção jurídica. Ao contrário, por ser um princípio, a capacidade contributiva exige, através do legislador, a concretização. E isso pode resultar em concretizações diversas. É o que pode ocorrer quanto à decisão de se incluir ou não os fatos geradores ocorridos no exterior. Por este motivo, há vários países que não tributam os rendimentos que seus residentes produzem no exterior. Mesmo assim, não se pode falar que nestes países a renda não é tributada segundo o princípio da capacidade contributiva.

<sup>20</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Princípios...", pp. 361 e 362.

<sup>21</sup> Cf. Heleno Taveira Tôres, *Pluritributação Internacional sobre as Rendidas das Empresas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT 2001, pp. 483 e 484.

<sup>22</sup> Cf. Klaus Vogel, "World-wide vs. Source Taxation of Income - a Review and Reevaluation of Arguments". In: *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness*. Amsterdam: Kluwer, 1989, pp. 117 a 166, *apud* Luís Eduardo Schoueri, "Princípios..." (nota 79) p. 363.

<sup>23</sup> Cf. Klaus Tipke, "Princípio da Igualdade e Idéia de Sistema no Direito Tributário". Trad. Brandão Machado. In: Brandão Machado (coord.). *Direito Tributário: Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 515 a 527.

<sup>24</sup> Cf. Klaus Vogel, "Tributação da Renda Mundial". Trad. Luís Eduardo Schoueri. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 7. São Paulo: RT, 1994, pp. 136 e 137.

Pode-se agregar à argumentação de Vogel a ideia de que o legislador pode estar motivado pela fomentação de outros interesses igualmente constitucionais para resolver excluir a totalidade ou parte dos rendimentos produzidos no exterior da base de cálculo tributável a ser imposta ao seu residente. Trata-se sempre de uma questão de sopesamento a ser efetuado pelo legislador e que poderá até ser questionado nos tribunais, mas nunca *prima facie* julgado atentatório ao princípio da capacidade contributiva. Por exemplo, o legislador poderia estar motivado pelas ideias do próprio Vogel<sup>25</sup> e ponderar que as condições de concorrência em países estrangeiros são tais que a não tributação adicional no país de residência fomentaria a expansão internacional de suas empresas.

Prosegue ainda Vogel na sua contra-argumentação quando analisa outra conclusão adicionada pela corte alemã ao fundamento da decisão que afirmava que o imposto de renda dos residentes se justificava pelo fato de eles viverem no País, enquanto que o dos não residentes se justificava em virtude de sua renda ser oriunda de fontes locais<sup>26</sup>. Em objeção a isto, o saudoso tributarista alemão faz uso de um silogismo cujo resultado demonstra o absurdo da conclusão perpetrada pelo tribunal. Se for verdade que os não residentes devem ter sua renda tributada por ser oriunda de fontes locais, então, os residentes, porque também auferem renda nesta condição, devem ter esta parcela da renda tributada por esta justificativa. Consequentemente, os residentes deveriam sofrer a tributação de um “segundo imposto de renda”, justificado pela utilização de fontes internas, em paralelo com o imposto de renda justificado pelo fato de eles viverem no país. Tal raciocínio enfraquece a ideia de que a justificativa para a tributação dos residentes seria diferente da justificativa para a tributação dos não residentes. Por isso, sustenta Vogel, a tributação teria uma só justificativa, o fato de os contribuintes, tanto residentes quanto não residentes, usufruírem as prestações oferecidas pelo Estado.

Em suma, a medida da tributação é a capacidade contributiva. Entretanto, deve resultar de sopesamento a decisão legislativa de um país que inclua ou não na base tributável do imposto sobre a renda os rendimentos auferidos no exterior por seus residentes. Não ofende ao princípio da igualdade, e consequentemente à justiça, a escolha ponderada que resolva afastar a tributação universal dos residentes. A tributação assim escolhida, tanto quanto a alternativa oponente, seria justificada pelo simples fato de os contribuintes, residentes ou não residentes, usufruírem as prestações oferecidas pelo Estado tributante.

Para encerrar sua argumentação focada no ideal de justiça, Vogel traz também à baila a noção de justiça interestatal<sup>27</sup>. Haverá ofensa a este plano da justiça sempre que o contribuinte for obrigado a trazer parte dos recursos produzidos no país da fonte para fazer frente à diferença na pretensão provocada pela tributação universal no país da residência. Afinal, é o país da fonte que colabora primordialmente, senão totalmente, para a obtenção da renda. Schoueri reforça este argumento quando lembra que o país da residência já se beneficia da tributação do consumo do

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 138 e 139.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 143.



contribuinte residente e não seria justo que ele também ficasse com o acréscimo proporcionado pela tributação universal da renda<sup>28</sup>.

As reflexões de Vogel, tanto no ponto de vista da eficiência quanto no ponto de vista da justiça, permitiriam defender a limitação da tributação dos rendimentos das situações internacionais apenas segundo a conexão da fonte. Com isso, a tributação universal segundo a conexão da residência seria afastada. Todavia, a realidade é que a grande maioria dos países segue privilegiando a universalidade da tributação dos residentes. Esta realidade, inclusive, vem revertendo uma tendência histórica dos países em desenvolvimento, principalmente os latino-americanos, pela defesa da tributação das situações internacionais segundo a exclusiva conexão pela fonte.

### 3 - A Consolidação de um Regime para a Tributação Internacional

A ideia de um regime para a tributação internacional há algum tempo vem sendo defendida na seara do Direito Tributário internacional<sup>29</sup>. Tal ideia consiste na percepção de que algumas regras nucleares do Direito Tributário internacional chegaram a um nível de estabilização suficiente para serem consideradas integrantes do Direito internacional. Enquanto regras presentes apenas na rede de tratados internacionais e nas legislações domésticas elas não seriam aptas a vincular todos os países, mas apenas os diretamente alcançados nas situações concretas. Entretanto, na medida em que se integram ao Direito internacional, adquirem aquela capacidade.

A implicação prática da consolidação do regime será o fato de que os países não estarão livres para adotar as regras de Direito Tributário internacional que quiserem. Ao contrário, deverão se guiar pelas regras do regime, alterando suas regulamentações internas na mesma medida das mudanças nele verificadas<sup>30</sup>. Portanto, apesar de possível, a adoção unilateral de regras divergentes não ocorrerá sem que algum constrangimento seja causado tanto interna quanto externamente.

O conceito de regimes internacionais pode ser definido como conjuntos, implícitos ou explícitos, de princípios e regras convergentes em uma determinada área das relações internacionais. Os regimes internacionais podem aumentar a previsibilidade dos comportamentos e aumentar a disponibilidade da informação. São estruturados internacionalmente para gerenciar os conflitos e a interdependência entre os países. Neste sentido, um regime para a tributação internacional estaria estruturado para gerenciar os conflitos e a interdependência entre os Estados e as empresas multinacionais em face da tributação transnacional destes conglomerados<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Princípios...", p. 365.

<sup>29</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *op. cit.*, e Yariv Brauner, "An International Tax Regime in Crystallization - Realities, Experiences, and Opportunities", *Public Law and Legal Theory Working Paper* nº 43. NYU School of Law - Working Draft, 2002, disponível em *ssrn.com*, acesso em 29/09/2010.

<sup>30</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *op. cit.*, p. 1.

<sup>31</sup> Cf. Lorraine Eden & Robert T. Kudrle, "Tax Havens: Renegade in the International Tax Regime?" *Law & Policy* vol. 27, nº 1. Baldy Center for Law and Social Policy and Blackwell Publishing Ltd., 2005, p. 100, disponível em *www.voxprof.com*, acesso em 29/09/2010.

Numa visão mais proativa, Yariv Brauner sugere a inclusão das regras nucleares do regime, tais como consensualmente reconhecidas no cenário contemporâneo, num tratado multilateral. Este tratado seria conduzido sob a liderança da OCDE, mas sem restrição de participação exclusiva dos seus membros. A OCDE seria o fórum mais apropriado para a discussão do tema em virtude da grande experiência e conhecimentos acumulados no desenvolvimento da coordenação e cooperação tributária internacional. Brauner destaca ainda alguns elementos-chaves para o sucesso de tal empreitada: (a) a participação significativa de países representantes das maiores forças econômicas e comerciais do mundo; (b) a fixação de um conjunto de regras que não apenas serão incluídas no tratado, mas também serão aplicadas em relações comerciais com países não participantes do tratado; (c) a elaboração de um sistema flexível de interpretação, similar ao concebido pela OCDE nos comentários de seu modelo de acordos de bitributação, que vincularia os participantes; e (d) a criação de um sistema de solução de conflitos funcional e de fácil acesso, que seria aberto a todos os residentes dos países participantes do tratado<sup>32</sup>.

Avi-Yonah também não afasta a necessidade da solução multilateral, tendo inclusive já pronunciado argumentação no sentido de que “em um mundo onde o capital pode se deslocar livremente através das fronteiras nacionais e as multinacionais são livres para escolher entre vários locais para investir, a capacidade de qualquer país (ou quaisquer dois países em cooperação) para tributar ou, de outra forma, regular esse capital, fica severamente limitada”, afirmado ainda que “quaisquer dessas tentativas unilaterais serão minadas por outros países e provavelmente nem cheguem a ser postas em prática, em nome da preservação da competitividade internacional” e concluído que “uma solução multilateral, portanto, se torna essencial”<sup>33</sup>.

Entretanto, este autor vem se notabilizando pela defesa de que um regime para a tributação internacional já existe e que estaria embutido em regras recorrentes nos mais de dois mil acordos de bitributação celebrados pelo mundo, bem como no Direito interno dos países quando preveem o tratamento tributário das situações internacionais. A percepção de que estas regras já fazem parte do Direito internacional passaria pelo reconhecimento de que atingiram o *status* de costume internacional. Seriam, portanto, fonte de Direito internacional. Para ilustrar tal pensamento, Avi-Yonah propõe uma questão intrigante: qual grau de liberdade teria um *expert* em tributação convidado a projetar as regras de Direito Tributário internacional num país em desenvolvimento, se este quisesse adotar o imposto de renda pela primeira vez e ainda assim manter a atratividade para os investimentos estrangeiros? Sua resposta é que a maioria dos países está severamente constrangida a adotar as regras já prevalecentes no Direito Tributário internacional. Mesmo que um país decidisse caminhar num sentido contrário, depois de algum tem-

<sup>32</sup> Cf. Yariv Brauner, *op. cit.*, pp. 4 e 5.

<sup>33</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, “Globalização e Concorrência Fiscal: Implicações nos Países em Desenvolvimento”. Trad. Celso Cláudio de Hildebrand e Grisi Filho & Rodrigo Maitto da Silveira. *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 6. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 204.

po, o processo integrativo em curso no mundo o forçaria a mudar suas regras para torná-las de acordo com o regime internacional<sup>34</sup>.

Avi-Yonah justifica sua conclusão evidenciando recentes posturas adotadas por alguns países. Assim, para se habilitar a ingressar na OCDE, o México teve que abandonar sua longa tradição de aplicar fórmulas em matéria de preços de transferência para adotar regras que seguem os métodos previstos nas diretrizes daquela organização. Do mesmo modo, pressionada pela OCDE, a Coreia do Sul teve que mudar sua ampla interpretação sobre o que constitui um estabelecimento permanente. A Bolívia teve que desistir de sua tentativa de tributar as empresas sobre seus fluxos de caixa porque o imposto pago conforme esta tributação foi considerado não passível de crédito nos Estados Unidos. E, mesmo os Estados Unidos não estariam imunes a esse tipo de pressão, já que, comparada às pretensões iniciais do projeto de reformulação da matéria dos preços de transferência iniciada em 1993, a regulamentação que se seguiu ficou muito mais aproximada dos padrões aceitos pela OCDE<sup>35</sup>.

Claudio Sacchetto concorda com os que acham que a ideia de um sistema fiscal mundial, por ora, é ilusão ou utopia, mas entende que já é possível pensar, com certo grau de realismo, que se esteja próximo a um estágio de evolução que supere a complexidade do atual sistema baseado em tratados bilaterais, possibilitando-se a adoção de soluções padrões fundadas em soluções e princípios universalmente aceitos<sup>36</sup>.

Independente da formatação que se queira dar ao regime, seja como algo já presente no Direito internacional e, portanto, capaz de vincular os países, seja como algo que necessita ainda ser incluído num tratado multilateral, importa reconhecer quais seriam as regras incluídas no Direito costumeiro ou que, pelo menos, já estariam aptas a fazer parte do consenso que as incluiria num tratado multilateral. Neste sentido, de uma forma bastante resumida, registrar-se-á aqui o conjunto das regras nucleares sugeridas pelos principais defensores do regime.

A primeira refere-se à impossibilidade de que um país tribute os rendimentos de não residentes se não houver conexão para isso. Ou seja, rendimentos auferidos no exterior por não residentes de um determinado país, não podem, por este, ser tributados. Apesar de parecer bastante intuitiva, a questão não é tão tranquila se se partir do pressuposto que o Direito internacional não proíbe de uma maneira geral que um Estado estenda sua jurisdição a pessoas, fatos ou atos fora do território<sup>37</sup>. Avi-Yonah ilustra a existência desta regra ao mencionar o fato de que os Estados Unidos, quando implantaram normas para impedir o diferimento da tributação das *controlled foreign corporations* - CFC, o fizeram criando um artifício para

<sup>34</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, pp. 3 a 5.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>36</sup> Cf. Cláudio Sacchetto, "Direito Internacional Tributário". Trad. Flávio Rubinstein. *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 5. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 150.

<sup>37</sup> Neste sentido, Schoueri relata o Caso Lotus no qual a Corte Permanente de Justiça Internacional fixou o princípio segundo o qual a liberdade de os Estados aplicarem seus direitos internos em seus territórios sobre fatos ocorridos no exterior somente se limita por acordos internacionais ou por princípios de direito geralmente reconhecidos pelas nações civilizadas (cf. Luís Eduardo Schoueri, "Princípios...", p. 329).

considerar uma presunção de dividendo distribuído. Tal recurso se fez necessário porque aquele país sentia-se vinculado ao costume internacional que o impediria de tributar diretamente os rendimentos obtidos no exterior por empresas sediadas no exterior, apesar de controladas por pessoas residentes<sup>38</sup>.

Além desta primeira regra, Avi-Yonah propõe a existência de outra regra presente no regime que seria suficientemente forte para vincular a jurisdição tributária dos países com a conexão da residência. Trata-se da tributação universal da renda dos residentes, tanto de indivíduos quanto de empresas. Filiando-se apenas à conexão pessoal segundo a residência, o autor entende que os Estados Unidos deveriam rever sua tradicional tributação segundo o critério da nacionalidade. Para ele, tal prática não se coaduna com o que se verifica no regime internacional<sup>39</sup>.

Da tributação universal dos residentes surgem duas outras sub-regras: a tributação dos rendimentos passivos das CFC e a adoção de uma solução para a bitributação. A primeira, já se disse, é criada para impedir que ocorra o diferimento da tributação dos rendimentos passivos do residente quando este retarda a distribuição dos dividendos de empresas controladas no exterior. Normalmente, a tributação das CFC exige também a localização da sede da empresa controlada em país de baixa tributação<sup>40</sup>. Esta exigência combina com sugestão publicada em estudo da OCDE que teve por objetivo propor medidas para combater as distorções geradas pela concorrência fiscal danosa praticada pelos países com tributação favorecida e que geram distorções nas decisões de investimento e de financiamento dos agentes econômicos<sup>41</sup>. Por isso, argumenta-se que tais países, os paraísos fiscais, têm sido renegados no regime da tributação internacional<sup>42</sup>. A segunda sub-regra pode ser decorrência de uma medida unilateral ou de um acordo de bitributação. De fato, tem sido cada vez mais comum os países concederem unilateralmente a isenção da renda auferida no exterior ou o crédito do imposto efetivamente pago no exterior. No mesmo sentido, os modelos de acordos de bitributação preveem os dois métodos para a solução da bitributação. O reconhecimento de que ambos os métodos contam com fortes defensores na prática internacional justifica a manutenção da oportunidade de escolha entre eles como regra essencial do regime<sup>43</sup>.

Outra regra de fundamental importância para o regime é a que identifica a medida em que os países podem tributar os rendimentos produzidos ou pagos por fontes situadas em seus territórios. Para isto, é essencial que se perceba harmonizada a caracterização do conceito de renda e de suas espécies. Brauner, que propugna pela necessidade de se reconhecer isto de forma multilateral, nota que esta caracterização é mais uma das regras nucleares do regime<sup>44</sup>. Apesar do confronto histórico envolvendo a tributação cedular contra a tributação global, é bastante razoável se concluir que a maioria dos sistemas da atualidade impõe a tributação sobre quase toda a renda, isto é, próximo do que se convencionou chamar de tri-

<sup>38</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, p. 28.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 22 a 28.

<sup>40</sup> Cf. João Francisco Bianco, *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 39.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>42</sup> Cf. Lorraine Eden & Robert T. Kudrle, *op. cit.*, p. 124.

<sup>43</sup> Cf. Yariv Brauner, *op. cit.*, p. 39.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 11 a 15 e 21 a 23.

butação global. Mas, mesmo assim, estes sistemas mantêm aspectos cedulares, principalmente para diferenciar a tributação em função das diferentes espécies de renda. O problema é que a tributação global das empresas exige também a harmonização dos sistemas contábeis de apuração do lucro. Tendo em vista as sérias divergências que envolvem estes sistemas, é provável que esta harmonização só possa ser incluída em agendas mais futuras sobre a maturação do regime<sup>45</sup>. Por outro lado, a tipologia universal da renda já adquiriu bastante uniformização, inclusive por conta da atuação reguladora da OCDE, com a utilização difundida de categorias de rendimentos classificados em função da origem, tais como, provenientes da propriedade imobiliária, do lucro das empresas, de dividendos, de juros, de *royalties*, de ganhos de capital etc. Entretanto, o autor defende que a harmonização dos contornos destes conceitos só poderá ser substancialmente levada a efeito por meio de um corpo centralizado de interpretação<sup>46</sup>.

A tributação pelo país da fonte, com efeito, tem seu tratamento individualizado no regime em função da categoria do rendimento. Como já foi dito, a tributação na fonte na forma ordinária, ou seja, mediante a aplicação de alíquotas ordinárias sobre o rendimento líquido, depende da existência de um estabelecimento permanente no país da fonte e é aplicada normalmente aos rendimentos provenientes dos lucros das empresas. Neste contexto, por um lado, ressalta-se a importância da homogeneização do conceito de estabelecimento permanente, penosamente trabalhada pela OCDE, que pôde propiciar sua aceitação e aplicação quase que mundialmente reconhecida<sup>47</sup>. Por outro lado, é usual que a alocação das despesas entre o país de residência e os dos diferentes estabelecimentos permanentes possa contar com regras bastante flexíveis na maioria dos países (com exceção para o caso dos *royalties*)<sup>48</sup>. Por sua vez, a tributação na fonte na forma retenção, ou seja, mediante a aplicação de alíquotas menores sobre o rendimento bruto, é a forma geralmente aplicada nas demais categorias de renda auferidas nas situações internacionais.

A discussão sobre as alíquotas aplicáveis aos rendimentos nas duas formas de tributação, pelo país da residência ou pelo país da fonte, passa pelo reconhecimento de que esta matéria é essencialmente política<sup>49</sup>. Há uma forte relação com a soberania do país e com a percepção dos contribuintes quanto ao tamanho de suas participações no financiamento do Estado e quanto às considerações de equidade interna (comparação entre os contribuintes residentes) e externa (comparação entre os contribuintes residentes e não residentes). Mesmo assim, em termos de rendimentos passivos, há uma tendência de que as alíquotas da tributação na fonte sobre o rendimento bruto se tornem cada vez mais reduzidas em virtude da elevada volatilidade observada nos mercados de investimentos. Apesar do caráter muitas vezes especulativo, os países, de forma geral, contam com tais recursos nos programas de refinanciamento de suas dívidas. Até a maior economia do mundo, os Es-

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>48</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, p. 63.

<sup>49</sup> Cf. Yariv Brauner, *op. cit.*, p. 28.

tados Unidos, necessita destes investimentos. Para atraí-los, aquele país promove uma variada combinação de regras, tratados e isenções que acabaram por reduzir sua alíquota nominal, a qual tributa na fonte os rendimentos passivos, de 30% para efetivos 12,5%<sup>50</sup>.

Na visão de Avi-Yonah, os preços de transferência estão no coração do regime para a tributação internacional porque este regime é baseado na distinção entre residentes e não residentes e a manipulação dos preços de transferência é maneira mais fácil de evitar a tributação segundo a conexão pela residência<sup>51</sup>. Nesta matéria, o regime apresenta o padrão *arm's length* já bastante difundido e aceito internacionalmente. Tal consenso é, inclusive, um forte ponto de apoio na defesa da consolidação do regime<sup>52</sup>. A confirmação explícita de sua adoção, através da divulgação dos métodos aptos a garantir a sua consecução nas diretrizes publicadas pela OCDE em 1995, contudo, não afastaram algumas vozes que propugnam pelo seu abandono<sup>53</sup>. Mesmo assim, essa oposição não impede que se reconheça o *arm's length* como regra nuclear do regime<sup>54</sup>.

Por fim, cumpre revelar a estrutura do regime, tal como sugerida por Avi-Yonah, seu mais notável defensor<sup>55</sup>. Este autor percebe a existência de dois princípios no regime: o princípio a tributação única (*single tax principle*) e o princípio dos benefícios (*benefits principle*). O princípio da tributação única pretende definir uma só base para a tributação das situações internacionais, isto é, toda a renda decorrente das *cross-border transactions* deve ser tributada uma única vez, nem mais nem menos. Portanto, este princípio incorpora não só o tradicional objetivo de se evitar a bitributação. Ele vai além, pois pretende também evitar a chamada dupla não tributação. Quanto ao princípio dos benefícios, o que se busca é uma divisão da base tributável. Neste sentido, este segundo princípio declara que o país da fonte tem o direito primário de tributar os rendimentos ativos, enquanto que o país da residência tem o direito primário de tributar os rendimentos passivos. Para garantir o alcance do primeiro princípio, no caso do país que detém o direito primário não exercitá-lo, o princípio do benefício impõe o exercício do direito residual ao país da residência, no caso dos rendimentos ativos, e ao país da fonte, no caso dos rendimentos passivos. Com isso, sustenta o autor, a alíquota prevalecente na tributação seria geralmente a que vigora no país da fonte, em relação aos rendimentos ativos, e a que vigora no país da residência, em relação aos rendimentos passivos.

Apesar de bastante discutíveis, Avi-Yonah perfaz uma bem convincente justificativa destes princípios<sup>56</sup>. Cabe destacar, pela força da persuasão, a que parte do argumento de que os rendimentos passivos são principalmente auferidos por indivíduos enquanto que os rendimentos ativos, por empresas. O princípio dos be-

<sup>50</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, p. 16.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>52</sup> Cf. Yariv Brauner, *op. cit.*, p. 19.

<sup>53</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, "The Rise and Fall of Arm's Length: a Study in the Evolution of U.S. International Taxation". *The John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series* nº 73, 2007. Disponível em [law.bepress.com](http://law.bepress.com), acesso em 29/09/2010.

<sup>54</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, pp. 6 e 7.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 8 a 13.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 11.

nefícios, ao prever a tributação dos rendimentos passivos pelo país da residência, seria assim legítimo porque os indivíduos: têm sua residência facilmente fixada; geralmente fazem parte de uma só sociedade, o que permite que objetivos distributivos presentes na tributação progressiva dos indivíduos sejam mais bem justificados; e conferem, através da representação, o poder de tributar nos países democráticos. Por outro lado, o mesmo princípio também estaria legitimado, ao prever a tributação dos rendimentos ativos pelo país da fonte, porque as empresas multinacionais: podem mais facilmente manipular o critério da residência; não podem ser identificadas com uma só sociedade, o que justificaria a ausência de objetivos distributivos na tributação proporcional das empresas; e podem exercer significativa influência política nos países em que atuam e, assim sendo, a preocupação de se tributar estrangeiros, sem aptidão para o voto, torna-se menos aplicável.

De outro lado, a melhor justificativa para o princípio da tributação única parece sobressair quando Avi-Yonah a elabora na forma de resposta<sup>57</sup> às críticas<sup>58</sup> formuladas ao regime, e a este princípio em particular, por outro eminente tributarista norte-americano, David Rosenbloom. Nesta contestação, Avi-Yonah sustenta que o princípio da tributação única tem sido o objetivo de uma verdadeira política de tributação internacional empreendida pelos países desenvolvidos com a participação ativa da OCDE. Com este propósito, o autor discorre sobre recentes iniciativas que visaram à redução da competição tributária internacional que se verifica na busca por investimentos tanto passivos quanto ativos. Com efeito, o resultado desta competição resulta na invariável ocorrência de dupla não tributação, o que é francamente contrário ao propugnado pelo princípio. Outrossim, acrescenta Avi-Yonah que uma série de ações vêm sendo promovidas para reduzir as oportunidades do planejamento tributário internacional que igualmente convertem-se em dupla não tributação. O que é importante nestas iniciativas não é o resultado em si alcançado pelas medidas adotadas, mas sim o fato de que há, pelo menos nos países desenvolvidos, uma percepção generalizada de que o princípio da tributação única deve guiar a tributação das situações internacionais e, como tal, fazer parte do regime.

#### **4 - Os Regimes Interno e Convencional Brasileiros para a Tributação Internacional**

É reconhecida a preocupação generalizada dos países em desenvolvimento com a criação de medidas que visem à atração de investimentos internacionais. Neste sentido, a infraestrutura, em seus diversos aspectos, segue sendo um importante diferencial nas decisões de investimento produtivo<sup>59</sup>. Contudo, com a enorme mobilidade adquirida pelo capital, em função das mudanças tecnológicas da globalização, a disputa destes países acentuou a importância do fator tributação nas decisões sobre alocação dos investimentos internacionais. É o fenômeno da concor-

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 182 a 187.

<sup>58</sup> Cf. David H. Rosenbloom, *Cross-Border Arbitrage: the Good, the Bad and the Ugly*. Taxes (forthcoming), 2006, *apud Ibidem*, (nota 3) p. 182.

<sup>59</sup> Cf. Michael Rodi, "Concorrência Tributária Internacional por Investimentos". Trad. Victor Borges Polizelli. *Revista Direito Tributário Atual* nº 21. São Paulo: Dialética/IBDT, 2007, pp. 126 a 138.

rência fiscal no plano da competição por investimentos ativos entre os países em desenvolvimento.

No âmbito dos investimentos passivos, o fenômeno é ainda mais avassalador. Os próprios países desenvolvidos vêm reduzindo a tributação na fonte sobre os rendimentos decorrentes destes investimentos porque, além da possível fuga dos investimentos atraídos para os países em desenvolvimento, aqueles países, com exigências orçamentárias já bastante infladas, receiam ver suas bases tributárias reduzidas. Por conseguinte, é possível obter renda de investimentos passivos livres de tributação no país da fonte em qualquer das principais economias do mundo. Por outro lado, a tributação pelo país da residência dos beneficiários destes rendimentos é também bastante dificultada pela existência dos chamados paraísos fiscais. Os países em geral não conseguem informações sobre a existência de rendimentos obtidos nestas localidades. O resultado é que grande parte da renda obtida através dos investimentos passivos no mundo atual fica livre da tributação, seja no país da fonte, seja no país da residência, sejam estes países desenvolvidos, sejam eles em desenvolvimento<sup>60</sup>.

Neste contexto, a política brasileira no campo da tributação internacional em alguns pontos destoa da prática observada na generalidade dos países e em outros vem sofrendo algumas mudanças para tentar aproximá-las. Para enriquecer a análise das perspectivas do País em face do regime de tributação internacional que se desenha, registrar-se-á doravante algumas das regras previstas no regime interno brasileiro de tributação das situações internacionais.

A tributação dos rendimentos obtidos pelas pessoas físicas residentes decorrentes de situações internacionais já há algum tempo rege-se pelo princípio da universalidade<sup>61</sup>. Entretanto, a mesma tributação sobre os rendimentos das pessoas jurídicas residentes só ganhou a conotação da universalidade com a edição da Lei nº 9.249/95. Segundo Alberto Xavier, nesta matéria, houve uma inovação radical e o rompimento com a antiga tradição de se tributar as empresas brasileiras pelo princípio da territorialidade<sup>62</sup>. Além disso, depois de um ensaio mal sucedido<sup>63</sup>, o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 implantou o regime da transparência fiscal internacional no Direito Tributário brasileiro<sup>64</sup>. Independente da constitucionalidade da iniciativa, que vem sendo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>65</sup>, e das críticas doutrinárias<sup>66</sup>, o fato é que o País já caminha no mesmo sentido da tendência mundial de impedir o diferimento da tributação dos rendimentos das CFC de empresas residentes, ainda que o faça de forma amplificada ao incluir nesta iniciativa também os rendimentos ativos.

<sup>60</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, "Globalização...", p. 187.

<sup>61</sup> A tributação das pessoas físicas regeu-se pelo princípio da territorialidade até 1939 (cf. Alberto Xavier, *op. cit.*, p. 427).

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 436.

<sup>63</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior". In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário* vol. 7. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 303 a 305.

<sup>64</sup> Cf. João Francisco Bianco, *op. cit.*, pp. 53 a 69.

<sup>65</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588.

<sup>66</sup> Cf. João Francisco Bianco, *op. cit.*, pp. 69 a 90.



Quanto à solução para a bitributação das situações internacionais, na ausência de acordo, o Brasil utiliza o método da imputação (*tax credit*). Neste sentido, o artigo 5º da Lei nº 4.862/65 prevê a dedução do imposto pago no exterior pelas pessoas físicas residentes, desde que haja no respectivo país reciprocidade de tratamento em relação aos rendimentos produzidos no Brasil. Por sua vez, o artigo 26 da Lei nº 9.249/95 e o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/01 concedem uma ampla possibilidade de utilização do crédito no caso das pessoas jurídicas, permitindo: (i) a dedução não só do imposto retido na fonte pelo país de origem dos rendimentos, na forma direta ou na forma de dividendos, e que se refere ao contribuinte residente (imputação direta), mas também do imposto incidente sobre a sociedade distribuidora na parte em que este incide sobre os lucros de que esses dividendos proveem (imputação indireta), e (ii) a dedução do imposto retido na fonte não compensado em virtude de a beneficiária (filial, sucursal, controlada ou coligada) do respectivo rendimento ser domiciliada em país com tributação favorável<sup>67</sup>.

Em relação aos rendimentos auferidos por não residentes no Brasil, tal como a prática internacional, há duas modalidades de tributação: na forma fonte-ordinária e na forma fonte-retenção. A primeira ocorre quando o residente no exterior exerce em território brasileiro uma atividade, através de uma organização de pessoas e de bens, capaz de qualificá-lo na situação de estar “realizando negócios” no Brasil<sup>68</sup>. Neste caso, dá-se a chamada “equiparação à pessoa jurídica contribuinte brasileira” de uma filial estrangeira que funcione no Brasil ou de um comitente residente no exterior que pratique atividades comerciais no Brasil através de mandatários ou representantes. Entretanto, esta equiparação ocorre em hipóteses menos amplas que as previstas para a caracterização do conceito de estabelecimento permanente consagrado no Direito Tributário internacional. Com efeito, haverá circunstâncias, tais como a exploração de minas, pedreiras, canteiros de obras e construção, em que o funcionamento, apesar de suficiente para configurar o estabelecimento permanente, não permitirá a equiparação à pessoa jurídica brasileira, tendo como consequência a impossibilidade da tributação na forma fonte-ordinária<sup>69</sup>. Há também uma tributação na forma fonte-ordinária no caso de rendimentos auferidos em operações efetuadas nos mercados de renda variável.

A tributação na forma fonte-retenção é considerada o regime geral da tributação segundo a conexão pela fonte no Brasil<sup>70</sup>. As espécies de rendimentos abrangidas pelo regime geral e tratadas de forma individualizada na legislação interna incluem os ganhos de capital, dividendos, juros, juros sobre o capital próprio, serviços em geral, serviços técnicos, de assistência técnica e administrativa, *royalties*, rendimentos oriundos de aplicações de renda fixa, de fundos de renda fixa e de renda variável, de clubes de investimentos, entre outros. Como já acentuado, a marca distintiva da tributação na forma fonte-retenção é que ela se aplica sobre o rendimento bruto. Todavia, há exceções estipuladas pela própria legislação<sup>71</sup>. A

<sup>67</sup> Cf. Alberto Xavier, *op. cit.*, pp. 495 a 498.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 628.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 635.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 501.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 520.

alíquota genérica é de 15%, mas pode ser agravada até 25%<sup>72</sup> ou reduzida até 0%<sup>73</sup>. Há também diversas situações em que a lei concede isenção<sup>74</sup>.

Outra regulamentação prevista no regime interno brasileiro para tributação das situações internacionais que é digna de nota é a que trata da disciplina dos preços de transferência. Sua introdução no ordenamento pátrio deu-se com a edição da Lei nº 9.430/96. Apesar de não ter sido expressamente positivado, a adoção do padrão *arm's length* nesta matéria é amplamente reconhecida. Este entendimento decorre principalmente da percepção de que o legislador brasileiro utilizou métodos com base nos métodos tradicionais divulgados pela OCDE para a determinação daquele padrão. As particularidades dos métodos nacionais, mesmo que em muitos casos os afastem do objetivo *arm's length*, não são suficientes para rejeitar a aceitação do padrão no País, sobretudo porque este decorre do mandamento constitucional da igualdade na tributação<sup>75</sup>.

No que diz respeito ao regime convencional brasileiro para a tributação das situações internacionais, há atualmente 28 acordos de bitributação celebrados pelo Brasil em vigor. É importante ressaltar o significativo esforço empregado para a consecução destes tratados. Com efeito, tais empreendimentos sempre foram vistos como importantes instrumentos para atrair investimentos estrangeiros e alavancar o crescimento do País. Além disso, ainda na década de 1970, Francisco Dornelles já anunciava a necessidade de garantir que a celebração de acordos de bitributação entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento tivesse também por escopo o incentivo ao reinvestimento nestes últimos. Tal objetivo seria atingido com a concessão de isenção fiscal pelo país em desenvolvimento associada com a cláusula *tax sparing* no acordo de bitributação<sup>76</sup>.

De fato, as cláusulas de crédito de imposto fictício (*tax sparing*) e de imposto presumido (*matching credit*), permitem que os benefícios fiscais concedidos pelos países fontes dos rendimentos não sejam absorvidos pelos países de residência dos investidores estrangeiros. Pelo mecanismo do *tax sparing*, o país da residência concede um crédito fictício equivalente ao imposto que deveria ser pago caso inexistissem os benefícios praticados pelo país da fonte. Já o mecanismo do *matching credit* consiste em o país da residência conceder um crédito presumido segundo uma alíquota superior (negociada no acordo) à praticada no país da fonte, que normalmente já é muito baixa.

A persistência do Brasil na inclusão destas cláusulas em seus acordos com os países desenvolvidos foi relativamente bem sucedida por certo tempo. Entretanto, encontrou dificuldades na negociação de um acordo com os Estados Unidos. Avi-Yonah relata que este país é decididamente contrário à inclusão destes tipos de cláusulas em seus acordos. E seria por isso que os Estados Unidos só pos-

<sup>72</sup> Isso também excepciona a outra marca distintiva da tributação na forma fonte-retenção segundo a qual ela utiliza alíquotas inferiores às ordinárias.

<sup>73</sup> Cf. Alberto Xavier, *op. cit.*, pp. 525 a 528.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 528 e 529.

<sup>75</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, *Preços de Transferência no Direito Brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2006.

<sup>76</sup> Cf. Francisco O. Neves Dornelles, "Acordos para eliminar a Dupla Tributação da Renda". *Revista de Direito Tributário* nº 3. São Paulo: RT, 1978, p. 251.

suem acordos de bitributação com dois países da América Latina, o México e a Venezuela<sup>77</sup>. Esta posição obviamente conta também com a simpatia desse autor porque a cláusula *tax sparing* (como também ocorreria com a *matching credit*) vai de encontro ao princípio da tributação única que, segundo ele, governa o regime da tributação internacional. Sustenta o autor que os países em desenvolvimento devem fazer acordos com os Estados Unidos, mesmo sem a inclusão daquela cláusula, porque eles aumentariam a certeza dos investidores americanos nas regras de tributação daqueles países<sup>78</sup>. Talvez também por isso, é sempre presente a expectativa de que o Brasil possa reiniciar as negociações de um acordo de bitributação com os Estados Unidos. Contudo, notícias recentes neste sentido foram suficientes para despertar o alerta de Francisco Dornelles, segundo o qual o acordo com aquele país só se justifica se ele concordar em inserir alguma cláusula de crédito fictício ou presumido. Isto porque um acordo firmado sem esta condição poderia despertar o interesse na revogação dos acordos existentes pelos países que concordaram em incluí-la e anular todo o trabalho desenvolvido ao longo de mais de 25 anos<sup>79</sup>.

Outra questão acerca dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil é a denúncia, ocorrida em 7 de abril de 2005, do tratado que havia sido celebrado com a Alemanha em 1975. Internamente especula-se que as razões para tal ineditismo teriam sido a interpretação das autoridades brasileiras acerca do enquadramento de algumas espécies de serviços prestados (rendas não expressamente mencionadas, ao invés de serviços técnicos), a não observação do padrão *arm's length* na adoção de métodos com margens de lucro pré-fixadas e a não inclusão dos novos impostos incidentes sobre a importação (PIS, Cofins e ISS) no escopo do tratado. Entretanto, Wolfgang Oepen revela que podem ter existido razões que consideraram não mais oportunas as concessões à tributação pelo Estado da fonte negociadas na ocasião da celebração do tratado<sup>80</sup>. Apesar disso, o autor se mostra confiante na possibilidade da negociação de um novo acordo, mas prevê que a Alemanha não mais concordará com as benesses concedidas no tratado denunciado<sup>81</sup>.

## 5 - Perspectivas para o Brasil

Para começar esta análise é importante resgatar o relato anterior do pensamento de Vogel. Para ele, a tributação dos rendimentos das situações internacionais apenas pela conexão da fonte estaria perfeitamente justificada tanto do ponto de vista da eficiência econômica quanto da justiça tributária. Por outro lado, é absolutamente improvável alguém defender a situação inversa, ou seja, a tributação dos rendimentos das situações internacionais apenas pela conexão da residência. Isto porque, como bem adverte Avi-Yonah<sup>82</sup>, o país da fonte tem a chance de

<sup>77</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, "Globalização...", p. 196.

<sup>78</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, pp. 170 e 171.

<sup>79</sup> Cf. Francisco O. Neves Dornelles, "Acordo Fiscal Brasil-EUA". *Tendências e Debates. Folha de São Paulo*, 28/10/2007, p. A3.

<sup>80</sup> Wolfgang Oepen, "A Alemanha denuncia seu Tratado de Dupla Tributação com o Brasil - Razões e Consequências da Denúncia do Tratado sob um Ponto de Vista Alemão". Trad. Helena de Rezende Grabenweger. Rev. Clóvis Panzarini Filho. *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 213 a 217.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 224 e 226.

<sup>82</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, p. 12.

promover o *first bite at the apple*. É, por óbvio, impossível esperar que os países renunciem a esta tentação. Então, a discussão em busca de uma alocação ideal para um possível regime internacional deve ficar restrita entre a tributação das situações internacionais exclusivamente pelos países fontes ou com alguma participação dos países da residência.

Já se disse que os países desenvolvidos encontram na ciência das finanças públicas suas mais fortes explicações para a defesa da neutralidade de exportação de capitais como motivo principal para a utilização da conexão pelo critério da residência. Todavia, um olhar pragmático revela que, de forma generalizada, uma vez adotado este critério, não se concretizam em sua plenitude todas as providências que seriam necessárias para a consecução da neutralidade de exportação. Com efeito, os países que adotam o critério da residência normalmente não concordam em conceder créditos acima do que se pagaria internamente se não fossem auferidos rendimentos no exterior. Para ilustrar o raciocínio, compare-se um residente que só auferir renda internamente (por exemplo, \$ 200) com um residente que auferir renda tanto interna quanto externamente (por exemplo, \$ 100 no país da residência e \$ 100 no país da fonte). Suponha-se uma alíquota interna menor que a externa (por exemplo, 40% no país da residência e 50% no país da fonte). Então, é possível calcular, na primeira situação, um tributo devido no país da residência de \$ 80, enquanto que, na segunda situação, ter-se-ia um tributo devido de \$ 40 e um crédito máximo de \$ 40 no país da residência para ser compensado com um tributo pago de \$ 50 no país da fonte. Ora, fica evidente que não há neutralidade de exportação na hipótese destes exemplos porque embora o investidor aufera a mesma renda nas duas situações ele será obrigado a pagar mais imposto se escolher investir no exterior (\$ 80 na primeira situação, contra \$ 90 na segunda). Mesmo que se possibilite a transferência da compensação para períodos de apuração posteriores, nada garante que a situação se reverta, sendo até bastante provável que os excessos se acumulem indefinidamente.

Apesar disso, é forçoso reconhecer que a crítica pragmática também se estende à neutralidade de importação, que costuma estar associada à tributação pelo critério da fonte. Neste caso, o que se verifica é que a maioria dos países que adota este critério não tributa segundo a mesma regra as rendas de fontes internas auferidas por residentes e por não residentes. É fácil, por exemplo, perceber que se as alíquotas forem diferentes estará prejudicado o objetivo da neutralidade de importação porque o investidor não residente não estará em igual condição de competitividade quando comparado com o investidor residente.

Portanto, do ponto de vista pragmático não se pode prestigiar qualquer justificação baseada na ideia de neutralidade. Com isso, impõe-se reconhecer melhor razão às conclusões de Vogel. E é com este pressuposto, ou seja, de que a tributação das situações internacionais segundo a conexão pela fonte reúne ainda fortes argumentos para ser estimulada, que se pretende contemplar a consolidação de um regime para a tributação internacional.

Preliminarmente, é preciso ter em mente que quando se fala em tributação pelo país da fonte existe uma discussão bastante acirrada a respeito do critério de identificação desta fonte. Neste sentido, Alberto Xavier ensina que é possível evidenciar a fonte de produção e a fonte de pagamento. O primeiro conceito exige

um nexa causal entre a renda e o fato que a determina e o segundo está ligado à origem dos recursos que representam renda para o beneficiário<sup>83</sup>. Portanto, a fonte de rendimentos, conforme a aceção que se empregue, poderá estar situada em locais diferentes, não necessariamente no mesmo país. A cumulação de pretensões em função da utilização de conceitos diferentes numa situação internacional poderá até mesmo resultar em bitributação econômica. Entretanto, Agostinho Tavoraro entende que, face à globalização, descabe ater o princípio da fonte ao critério de fonte de produção, de criação ou utilização do bem ou direito. O único elemento objetivo que persiste identificável é o pagamento das obrigações assumidas nas situações internacionais<sup>84</sup>. Talvez, esta fosse realmente uma boa argumentação a ser levada para a arquitetura do regime internacional.

Claudio Sacchetto ensina que o ponto de partida para o exame das fontes de direito internacional é o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça que reconhece que são fontes do Direito internacional os tratados internacionais, os costumes internacionais, os princípios gerais reconhecidos pelas nações civilizadas e as sentenças e pareceres da doutrina mais autorizada pertencente aos vários Estados<sup>85</sup>. Apesar de os costumes terem sido superados pela positividade sistemática efetuada pelos tratados como fonte preponderante do Direito internacional<sup>86</sup>, não se pode esperar que eles tenham sido excluídos desta condição.

Sendo assim, parece legítima a ideia de que os costumes do Direito Tributário internacional possam ser caracterizados como parte de um regime para a tributação internacional. Schoueri, entretanto, entende que, em matéria tributária, poucos são os costumes que se podem apontar já reconhecidos e inseridos na ordem internacional<sup>87</sup>. Da mesma forma, também não se reconhece a existência de princípios de Direito internacional capazes de vedar a bitributação<sup>88</sup>. Em se concordando com tais assertivas, é mais sensato para um defensor da prevalência da conexão pela fonte conciliar a ideia do regime internacional com as regras nucleares em que se reconheça presente o atributo do costume e que, ao mesmo tempo, reforcem a conexão pela fonte ou que sejam neutras quanto ao critério de conexão. Por outro lado, nesta perspectiva, as regras sem o atributo do costume ou que reforcem a conexão pela residência devem ser afastadas do regime, mas poderiam ser reconstruídas com uma nova formatação para uma eventual discussão multilateral.

Com este panorama, é possível afirmar que as regras que tratam da impossibilidade de que um país tribute os rendimentos de não residentes sem conexão, da harmonização do conceito de renda e suas espécies e da utilização do padrão *arm's length* na disciplina dos preços de transferência podem ser reconhecidas no regime internacional porque são neutras quanto ao critério de conexão e parecem consolidadas como costume no Direito Tributário internacional.

<sup>83</sup> Cf. Alberto Xavier, *op. cit.*, p. 304.

<sup>84</sup> Cf. Agostinho Toffoli Tavoraro, "Fonte e Domicílio: Nova Configuração no Direito Tributário Internacional". In: Gilberto de Castro Moreira Júnior, e Marcelo Magalhães Peixoto (coords.). *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: MP, 2006, p. 49.

<sup>85</sup> Cf. Cláudio Sacchetto, *op. cit.*, p. 138.

<sup>86</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Notas...", p. 189.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 193.

Tanto a regra que trata da tributação na fonte na forma ordinária quanto suas sub-regras, quais sejam, a homogeneização do conceito de estabelecimento permanente e a flexibilidade da alocação de despesas nestes estabelecimentos, bem como a regra que trata da tributação na forma fonte-retenção, também podem ser reconhecidas no regime internacional porque reforçam o critério da conexão pela fonte e estão razoavelmente caracterizadas como costume no cenário internacional.

A regra que trata da tributação universal da renda dos residentes, contudo, deve ser afastada porque propugna pela conexão segundo o critério da residência. Outrossim, a mesma conclusão se extrai para sua sub-regra que exige a adoção de uma solução para a bitributação. Como já foi dito, essa exigência não conta com o reconhecimento de ser um costume internacional e, ainda por cima, parte do pressuposto já rejeitado de que o país de residência tributa seus residentes conforme a universalidade. Por sua vez, a sub-regra que trata da tributação dos rendimentos passivos das CFC pode ser admitida como técnica antielisiva<sup>89</sup> para impedir que ocorra o diferimento da tributação dos rendimentos passivos do residente quando estes retardam a distribuição dos dividendos de empresas controladas situadas em paraísos fiscais. Esta admissão ao regime pode ser justificada como uma exceção à própria regra que impossibilita que um país tribute os rendimentos de não residentes sem conexão já que tal exceção vem também se constituindo numa nova regra do regime<sup>90</sup>.

Por seu turno, pode-se reconhecer o fato de que a escolha das alíquotas aplicáveis aos rendimentos na tributação pela fonte é matéria essencialmente política e, por conseguinte, seria uma regra nuclear do regime. Não obstante, a liberdade de escolha por cada país já é uma característica da jurisdição. Portanto, não faz muito sentido a inclusão de uma regra como essa num regime que tem como pressuposto a vinculação dos países com seus mandamentos. Contudo, a tendência de queda das alíquotas dos rendimentos passivos parece refletir mais do que uma opção exercida pela maioria dos países. Ela não opera apenas nos países fontes, mas, como já ressaltado, vem atingindo também as alíquotas dos países de residência. Em face da percepção de que os países estão vinculados por esta tendência, é possível defender a existência do costume internacional. E, como a tendência não ofende a tributação segundo o critério da fonte, há justificativa para reconhecê-la como mais uma regra nuclear do regime.

Com a mesma perspectiva, é também possível avaliar a pertinência dos dois princípios sugeridos por Avi-Yonah, quais sejam, os princípios da tributação única (*single tax principle*) e dos benefícios (*benefits principle*). O princípio da tributação única pode realmente, como alega o autor, ter sido o objetivo de uma verdadeira política de tributação internacional empreendida pelos países desenvolvidos com a participação ativa da OCDE. Entretanto, para caracterizá-lo como costume internacional seria necessário que este objetivo também fosse perseguido pelos países em desenvolvimento. Não parece ser isto o que se observa na prática destes países. Portanto, a menos que se pretenda que o regime vincule apenas os países de-

<sup>89</sup> Cf. João Francisco Bianco, *op. cit.*, p. 136.

<sup>90</sup> Cf. Reuven S. Avi-Yonah, *International...*, p. 24.

envolvidos, o princípio deve ser rejeitado. Quanto ao princípio dos benefícios, ele não deve ser de todo descartado. Afinal, o direito de tributar os rendimentos ativos ser exercido pelo país da fonte não parece ofender o critério da conexão pela fonte. O que não pode ser reconhecido é o exercício do direito residual pelo país da residência porque, aí sim, ocorreria a ofensa ao critério da fonte. O problema maior estaria na caracterização desta parcela do princípio como costume internacional. Com efeito, é muito comum o exercício do direito residual pelo país da residência. Em face dessa pertinência parcial, seria possível uma reconstrução do princípio para uma eventual discussão multilateral. Neste sentido, uma negociação possível seria a abstenção generalizada do exercício do direito residual de tributação dos rendimentos ativos pelos países de residência. Em troca, no caso dos rendimentos passivos, abrir-se-ia uma exceção à conexão pela residência com a abstenção dos países fontes ao exercício do direito residual.

É com posições como estas que se propõe a inserção do Brasil nas futuras discussões multilaterais acerca do reconhecimento ou construção das bases do regime. Com certeza há ainda muitas discordâncias sobre as feições do regime. Entretanto, é fato de que já há alguns movimentos dos países desenvolvidos nesta direção. No âmbito da União Europeia já se reconhece que para superar as dificuldades da integração comunitária são necessárias regras comuns de Direito Tributário internacional entre os países-membros e em suas relações com terceiros países<sup>91</sup>. Propugna-se, inclusive, pela criação de um modelo próprio de acordos de bitributação a ser utilizado na celebração de acordos com os terceiros países<sup>92</sup>. Neste cenário, há boas oportunidades de que a conexão segundo o critério da fonte prevaleça porque o método da imputação (*tax credit*) e a neutralidade de exportação parecem ofender as liberdades fundamentais do mercado interno<sup>93</sup>. Além disso, o Congresso da *International Fiscal Association* - IFA, realizado em 2005 na cidade de Buenos Aires, foi enfático em prestigiar o critério da fonte<sup>94</sup>.

Com esta perspectiva, é essencial que o Brasil alinhe seu regime interno de tributação das situações internacionais com as regras propugnadas para o regime internacional. Neste sentido, impõe-se a revisão da tributação regida pelo princípio da universalidade. Entretanto, nada impede que se mantenha, ou melhor, se aperfeiçoe a tributação dos rendimentos das CFC para que sejam aplicadas em consonância com a regulamentação internacional. Com relação à tributação do rendimento de não residentes na forma fonte-ordinária, é preciso aproximar o conceito de “equiparação à pessoa jurídica contribuinte brasileira” do que se pratica internacionalmente com base no conceito de estabelecimento permanente. As alíquotas da tributação dos rendimentos de não residentes na forma fonte-retenção devem ser reduzidas para sintonizar o país com o cenário da concorrência fiscal internacional e com vistas a sua total eliminação num eventual acordo multilateral que atribua o exercício da tributação destes rendimentos exclusivamente aos paí-

<sup>91</sup> Cf. Pasquale Pistone, “Towards European International Tax Law”. *EC Tax Review* 1, 2005, p. 9.

<sup>92</sup> *Idem*.

<sup>93</sup> Cf. Ben J. M. Terra, e Peter J. Wattel, *European Tax Law*. 4ª ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, pp. 258 a 260.

<sup>94</sup> Cf. Agostinho Toffoli Tavoraro, *op. cit.*, p. 47.

ses de residência. Por fim, deve o País melhor harmonizar seus métodos de apuração dos preços parâmetros de transferência ao internacionalmente reconhecido padrão *arm's length*<sup>95</sup>.

É importante reconhecer a influência que a existência dos acordos de bitributação exerce na decisão dos investidores internacionais em dirigir seus recursos para o País. Deve-se reconhecer que a celebração destes acordos não representa no contexto atual uma mera opção dos países, mas uma verdadeira necessidade para sua inserção no cenário internacional<sup>96</sup>. Nem se postula aqui o abandono da política brasileira de negociação de acordos de bitributação. Todavia, cumpre evidenciar que, num cenário ideal, onde as propostas para o regime internacional aqui relacionadas fossem integralmente implementadas, não haveria mais necessidade destes acordos porque a divisão da alocação da tributação entre países de residência e países fontes já estaria resolvida e não ocorreria mais a bitributação. Não obstante, é claro que o cenário é apenas um ideal a ser perseguido e talvez nunca aconteça. Por isso, é bom que o Brasil mantenha-se empenhado na celebração de mais tratados. Mas, que também cuide melhor da aplicação dos tratados já celebrados para que não ocorram novas denúncias como as perpetradas pela Alemanha.

Diante dos novos desafios da tributação internacional, como o comércio eletrônico e as práticas de *telemarketing*, por exemplo, a comunidade internacional tem ficado perplexa com as novas predisposições para a tributação. Enquanto os países da América Latina trocam sua luta histórica em defesa da tributação territorial das empresas residentes pela tributação universal, os Estados Unidos começam a perceber que esta forma de tributação não é mais satisfatória porque algumas de suas empresas migram para os paraísos fiscais e preferem montar estabelecimentos permanentes ou subsidiárias nos países em desenvolvimento da Ásia, como a Índia, por exemplo, a qual incentiva a produção de *software* e *telemarketing* em seu território. Estes novos desafios indicam o esgotamento do modelo do Direito Tributário internacional construído ao longo de todo o século passado. Quanto ao Brasil, há que se aproveitar esta janela de oportunidades para participar ativamente no desenho do novo modelo que se configurará.

<sup>95</sup> Cf. Ricardo Marozzi Gregorio, *Arm's Length e Praticabilidade nos Preços de Transferência*. São Paulo: Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2010.

<sup>96</sup> Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Notas...", p. 190.