

ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO E INCENTIVOS FISCAIS: O PAPEL DAS CLÁUSULAS DE TAX SPARING & MATCHING CREDIT

Luís Eduardo Schoueri

Professor

I – INTRODUÇÃO

Dentre os mecanismos que se colocam à disposição do Estado para a intervenção sobre o Domínio Econômico, não podem ser deixados de lado os de índole tributária. Por meio de normas tributárias indutoras, contribuintes se vêem estimulados ou desencorajados de adotarem certos comportamentos desejados pelos formuladores de políticas econômicas. Tal assertiva, verdadeira na generalidade das economias, assume maior relevância em países cujas economias ainda dependam de impulsos estatais para seu desenvolvimento.

Em situações que envolvam investimentos internacionais, entretanto, os sacrifícios efetuados por países em desenvolvimento, abrindo mão de preciosos recursos tributários, podem não atingir o efeito indutor buscado, tendo em vista sua potencial anulação decorrente de maior tributação no Estado onde reside o investidor.

Com efeito, é imediato que se o Estado em que reside o investidor se dispõe a conceder-lhe um crédito equivalente ao imposto que tenha sido pago no Estado onde foi feito o investimento, o crédito será tanto maior quanto maior for a tributação no último Estado. Se este, por outro lado, decide, como medida de estímulo, reduzir ou anular sua tributação, então do mesmo modo será diminuído ou nulo o crédito no Estado da residência. Noutro giro, pode-se ver que o Estado da residência terá sua arrecadação incrementada quando o Estado onde se fez o investimento abre mão da tributação, já que não haverá qualquer crédito no primeiro Estado.

O efeito desastroso desse fenômeno pode ser evidenciado no exemplo do mercado de capitais, que, especialmente nos países em desenvolvimento, requerem uma atuação positiva do Estado no sentido de seu fomento. É, afinal, da necessidade de os países em desenvolvimento contarem com recursos financeiros para possibilitar seu crescimento, que surge a importância de aprimorem-se mercados financeiros domésticos que, ao mesmo tempo, desencorajam a fuga de capitais para o exterior e permitam que o setor privado reduza sua dependência de empréstimos como principal fonte de financiamento.

Se, por um lado, os países em desenvolvimento têm consciência de que o fator tributário desempenha importante papel no estímulo ou desestímulo dos mercados de capitais, o que os encoraja a reduzir a carga tributária, visando a seu crescimento, por outro lado, as administrações têm o dever de manter seu equilíbrio orçamentário, o que exige ampla ponderação de qualquer renúncia fiscal. O paradoxo torna-se mais notório quando se tem em conta que o equilíbrio fiscal é um dos elementos fundamentais para a estabilidade da economia, base para o florescimento do mercado de capitais¹.

O emprego da legislação tributária com a finalidade de induzir o crescimento dos mercados de capitais deve levar em conta, simultaneamente, a necessidade de reduzir-se a tributação dos ganhos de capitais no mercado acionário (pelo menos inicialmente, até que se forme o próprio mercado) e a comparação entre a carga tributária incidente sobre o financiamento por meio do mercado de capitais, *vis-à-vis* a tributação líquida no caso de um financiamento por meio de empréstimos e aplicações bancárias².

Essa conclusão foi comprovada a partir de estudos, efetuados por SUGARMAN, contemplando os exemplos dos mercados dos Estados Unidos, Malásia e Brasil, constatando, em todos os casos, os efeitos que as normas tributárias tiveram sobre o desenvolvimento do mercado de capitais: em todos os casos, investidores e empresas mostraram forte propensão a modificar seu comportamento em resposta a flutuações de resultados após a tributação³.

¹ Cf. DAVID SUGARMAN. *Financial taxation and equity market development: optimal financial market tax policies for developing countries*. Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting. United Nations. (documento ST/SG/AC.8/2003/L.5). p.6

² Idem, p. 9

³ Idem p. 17. Conquanto se deva reconhecer a importância do fator tributário para o crescimento do mercado de capitais, há que se ressaltar não ser este o único fator, já que, a seu lado, vem a busca, pelos investidores, de segurança e estabilidade. O caso mexicano, com a entrada do país na área de livre comércio da América do Norte (NAFTA), é emblemático. Cf. *Report of Proceedings 16 December 2003 – Addendum*. Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting. United Nations. (documento ST/SG/AC.8/2003/L.11/Add.1).

Pois bem. No caso de relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, deve-se ponderar, como apontado acima, que a eventual medida, por parte de um Estado, para não tributar os ganhos de capitais, como forma de desenvolver seu mercado de capitais, pode ser frustrada, caso o mesmo ganho de capital venha a ser tributado pelo Estado da residência.

Assim, nas relações entre um Estado desenvolvido e outro em desenvolvimento, é fácil constatar que o último fica prejudicado, já que, ao conceder um incentivo fiscal, abre mão de sua receita com o objetivo de atrair investimentos. A decisão decorre da ponderação acima referida entre, de um lado, a fragilização de sua economia por conta da redução da base tributária e, de outro, os investimentos que podem ser atraídos. A atração de investimentos, entretanto, é anulada pela tributação pelo Estado da residência, o qual, em última análise, é o único beneficiado pela renúncia fiscal.

O resultado é imediato: o Estado que concede os incentivos deixa de arrecadar e, com isso, o grau de risco dos investimentos que ali se fazem aumenta, em virtude de potenciais *déficits* orçamentários. Ao mesmo tempo, o sacrifício não tem contrapartida em novos investimentos, já que os investidores não têm qualquer redução em sua carga tributária final.

É o reconhecimento das situações acima apontadas que explica a razão de diversos acordos de bitributação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento conterem normas de *tax sparing* e *matching credit*, no lugar do método tradicional do crédito ou imputação.

II – CLÁUSULAS DE TAX SPARING E MATCHING CREDIT NOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO

As cláusulas de *tax sparing* e de *matching credit* levam em consideração limitações do método da imputação, acima referido. Considera-se que, pelo referido método, um Estado apenas excluirá de sua base de cálculo montantes efetivamente devidos no outro Estado contratante.

Assim, no caso de uma remessa de rendimentos de um Estado (fonte) para o outro (residência), este se compromete a conferir ao contribuinte crédito limitado ao tributo pago no primeiro. Quanto maior o tributo pago na fonte, menor será o saldo pago na residência; reduzindo-se o tributo na fonte, incrementa-se o saldo devido na residência.

Normas que veiculam incentivos fiscais operam, por vezes, no sentido da redução do montante de tributo devido. Espécie do gênero das subvenções, o

Estado afasta sua pretensão tributária como forma de induzir o contribuinte a certo comportamento. Sua eficiência depende, destarte, da inexistência de outra incidência tributária, por parte de outro Estado, que possa desestimular a atitude desejada pelo legislador do primeiro Estado.

Conforme apontado acima, em casos internacionais, nos quais mais de um Estado pretenda fazer incidir seu tributo sobre a mesma circunstância econômica (bitributação), pode a norma tributária indutora ver-se frustrada, se desconsiderada tal perspectiva.

Trata-se da situação em que ambos os Estados, visando a evitar que fluxos internacionais de recursos financeiros sejam onerados pela bitributação, celebram tratados internacionais, prevendo o método da imputação, ou crédito. Conforme já ressaltado, o montante devido no Estado da fonte permitirá uma redução do tributo devido no Estado da residência.

Ora, caso o Estado da fonte, por meio de norma de incentivo fiscal, permita uma redução de sua tributação, a aplicação imediata do método da imputação levará a um incremento na pretensão tributária do Estado de residência.

Conquanto o método continue se prestando a afastar a bitributação, a norma tributária indutora perderá sua função, já que seu efeito indutor desaparecerá pela maior incidência, no Estado da residência. O método do crédito “retira, noutras palavras, do Estado importador de capitais, a possibilidade de exercer sua política econômica por meio da estruturação de seus impostos sobre dividendos, juros e *royalties*”⁴.

Na relação entre os dois Estados contratantes, por outro lado, tem-se efeito ainda mais grave: sendo as normas tributárias indutoras espécie de subvenção, torna-se válida a afirmação de que o Estado da residência acaba se beneficiando de recursos destinados a subvenções pelo Estado da fonte⁵.

Tratando-se de um acordo de bitributação entre dois Estados em igual nível de desenvolvimento, o último efeito costuma ser desprezado, tendo em vista serem os fluxos financeiros bilaterais de montantes equivalentes. Racioci-

⁴ No original: *Die Steuererteilungslösung nimmt, anders ausgedrückt, den Kapitalimportstaaten die Möglichkeit, durch die Gestaltung ihrer Steuern von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren Wirtschaftspolitik zu betreiben* (destaque no original). 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. p. 745.

⁵ *Die Ermässigung kommt nicht dem Steuerpflichtigen, sondern dem Fiskus seines Wohnsitzstaates zugute* (“a redução não beneficia o contribuinte, mas o fisco de seu Estado de residência”). Cf. KLAUS VOGEL, op. cit. (nota 4), p. 1562.

na-se no sentido de que aquilo que um Estado perde, por um lado, compensa-se com seus ganhos em sentido inverso. Noutras palavras, fica assegurado o equilíbrio entre os Estados contratantes.

Celebrando-se um acordo de bitributação entre um Estado mais desenvolvido e outro menos desenvolvido, entretanto, deve-se considerar o sentido unilateral dos investimentos (do Estado mais desenvolvido para o menos desenvolvido) e, em consequência, dos rendimentos (do Estado menos desenvolvido – fonte – para o mais desenvolvido – residência).

Sob tal perspectiva, compreende-se que os Estados menos desenvolvidos não celebram acordos de bitributação para tornar neutra a tributação dos investimentos estrangeiros; ao contrário, abrem eles mão de parte de sua pretensão tributária, visando a produzir o efeito do incentivo àqueles investimentos.

Mediante as normas de *tax sparing* e *matching credit*, o emprego de incentivos fiscais (que se revestem da natureza de normas tributárias indutoras) é garantido ou até mesmo veiculado por meio de acordos de bitributação celebrados entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Justifica MANUEL PIRES o tratamento diferenciado conferido aos países em desenvolvimento, a par da não reciprocidade dos movimentos de capitais e transferências de tecnologia, afirmando que “*o direito internacional não está destinado a passar por cima das realidades sociais, contemplando-as e permitindo aos Estados actuar livremente com o amparo de uma fachada de generalidade e abstracção*”, defendendo, daí, existir um “*direito internacional fiscal do desenvolvimento, integrando as normas fiscais necessárias para a actuação da apropriada solidariedade entre os países desenvolvidos e os países menos desenvolvidos*”⁶.

A cláusula de *tax sparing*, ou crédito fictício, prevê que o Estado da residência se compromete a não reduzir o montante do crédito a ser conferido ao contribuinte, caso este deixe de recolher impostos no Estado da fonte, por conta de incentivo fiscal dado pelo último.

De fato, a técnica do *tax sparing* “consiste na atribuição de um crédito correspondente ao imposto que teria sido pago no país de origem se não fossem as medidas de exoneração com que neste se pretendeu incentivar o investimento exterior”, evitando-se, assim, “que o contribuinte deixe de beneficiar do efeito

⁶ Cf. MANUEL PIRES, *Da Dupla Tributação Jurídica Internacional sobre o Rendimento*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais. s.d, p. 517-518

incitativo concedido no país da fonte, cujo sacrifício financeiro, na ausência do crédito fictício, acabaria por redundar em benefício exclusivo do país da residência”⁷. “O resultado, do ponto de vista do Direito Tributário Internacional, em nada difere de se o Estado da fonte tivesse dado ao contribuinte uma subvenção direta, não se tributando esta no Estado da residência”⁸.

Não se trata, propriamente, de um conceito novo. A gênese do *tax sparing* pode ser buscada no início da década de 1950, quando um comitê real recomendou às autoridades do Reino Unido que adotassem tal cláusula nos acordos de bitributação celebrados por este país. O Parlamento britânico inicialmente rejeitou a recomendação, e apenas em 1961 editou a legislação necessária para permitir que o governo oferecesse a cláusula de *tax sparing* aos países em desenvolvimento na negociação de acordos de bitributação⁹.

Atualmente, a maior parte dos países da OCDE adotam cláusulas de *tax sparing* em diversos acordos de bitributação celebrados com países desenvolvidos, em desenvolvimento ou ambos. O único membro dessa organização que tem consistentemente se recusado a ratificar acordos que incluam tal previsão são os E.U.A., conforme se explicará adiante.

Vários acordos de bitributação assinados pelo Brasil adotam a técnica do crédito fictício¹⁰. A título de exemplo, cita-se o subparágrafo “b”, “ii”, do parágrafo 2 do artigo 22 do acordo de bitributação assinado com o Japão (promulgado pelo Decreto nº 61.899, de 14 de dezembro de 1967), na redação dada pelo Protocolo assinado em 23 de março de 1976 (promulgado pelo Decreto nº 81.194, de 9 de janeiro de 1978), segundo o qual, para fins do crédito a ser

⁷ Cf. ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 5ª. Edição, atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 672.

⁸ No original: *Das Ergebnis ist internationalsteuerrechtlich kein anderes, wie wenn der Quellenstaat dem Steuerpflichtigen eine direkte Subvention gegeben und der Wohnsitzstaat von deren Besteuerung abgesehen hätte*”. Cf. KLAUS VOGEL, op. cit. (nota 4), p. 1564.

⁹ Cf. DEBORAH TOAZE, *Tax Sparing: Good Intentions, Unintended Results* in *Canadian Tax Journal* 4 (2001), p. 885.

¹⁰ “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 concedidos pelo Governo brasileiro fossem anulados pela legislação fiscal do Estado do investidor, com a conseqüente transferência do montante desses incentivos para o Tesouro do país do investidor”. Cf. FRANCISCO OSWALDO NEVES DORNELLES, *Acordos para Eliminar a Dupla Tributação da Renda* in *Revista de Direito Tributário*, ano 2, janeiro/março de 1978, n.º 3, p. 251 a 257 (255) .

conferido pelo Japão, quando da aplicação do método da imputação, “o imposto brasileiro deverá incluir o montante do imposto brasileiro que deveria ter sido pago se não houvesse a isenção ou redução do imposto brasileiro de acordo com as medidas especiais de incentivo visando a promover o desenvolvimento econômico do Brasil, vigentes em 23 de março de 1976, ou que possam ser introduzidas posteriormente na legislação tributária brasileira, modificando ou ampliando as medidas existentes, desde que a extensão do benefício concedido ao contribuinte por tais medidas seja acordado pelos Governos de ambos os Estados Contratantes”.

III – TAX SPARING E O ACORDO COM OS ESTADOS UNIDOS

É comum a surpresa pelo fato de o Brasil não ter, até hoje, um acordo de bitributação com os Estados Unidos. A compreensão do tema do *tax sparing* pode ser útil para que se analise o tema. Com efeito, as longas negociações entre Brasil e E.U.A. para a celebração de um acordo de bitributação foram acompanhadas pela insistência das autoridades brasileiras na inclusão de uma cláusula de *tax sparing*, não aceita, afinal, pelas autoridades americanas. Esta é apontada como uma das razões pelas quais tais negociações permanecem inconclusas¹¹.

A história das negociações entre Brasil e E.U.A. iniciaram-se no final da década de 1940. Em 1967, a primeira versão do acordo, que continha uma cláusula de *tax sparing*, foi finalizada pelos negociadores e submetida aos parlamentos de ambos os países para os respectivos procedimentos de ratificação. Contudo, o senado norte-americano recusou-se a ratificar o acordo, alegando que, em face da situação econômica dos E.U.A., não seria apropriado encorajar investimentos em outros países¹².

A oposição dos E.U.A. à celebração de acordos de bitributação que contenham cláusulas de *tax sparing* surgiu na década de 1960, quando STANLEY S. SURREY, docente da Harvard Law School, foi nomeado secretário-assistente para política tributária do Departamento de Tesouro norte-americano. Em que pese o fato de este mesmo departamento ter sido consistentemente favorável ao *tax sparing* nos anos anteriores, as visões de SURREY, que entendia se-

¹¹ Cf. DEBORAH TOAZE, op. cit. (nota 9), p. 885.

¹² Cf. DEBORAH TOAZE, op. cit. (nota 9), p. 916.

rem as cláusulas desta natureza mecanismos irracionais de concessão de créditos para tributos fantasmas e de distorção da neutralidade na exportação de capitais, acabaram prevalecendo e tornando-se premissas da posição deste país na negociação de acordos de bitributação¹³.

Nos últimos anos, contudo, tem ressurgido nos E.U.A. o debate acerca da adoção de cláusulas de *tax sparing* nos acordos de bitributação celebrados com países em desenvolvimento, provavelmente sob a influência da pressão de grupos empresariais e da própria dificuldade que os norte-americanos encontram para celebrar acordos com tais países¹⁴.

IV – O *MATCHING CREDIT*

Se o *tax sparing* se relaciona a benefícios concedidos unilateralmente, não anulados por um acordo de bitributação, diversos acordos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento vão além, afastando de vez a neutralidade e servindo abertamente de instrumento para o incentivo a investimentos.

Para tanto, tais acordos valem-se, notadamente, da técnica do crédito presumido (*matching credit*), que “consiste na atribuição de um crédito mais elevado do que o que resultaria da aplicação da alíquota convencional ou de direito comum em vigor no país da fonte”¹⁵. “Mediante el *matching credit* el país desarrollado concede un crédito presunto fijo, superior a la alícuota máxima de retención que se pacta”¹⁶.

O Estado da fonte compromete-se a não tributar determinados rendimentos além de um teto e o Estado da residência, ao aplicar o método do crédito, considera pago no Estado da fonte montante superior àquele teto, de modo que se garante efetivo benefício ao investidor¹⁷.

De regra, concede-se ao investidor crédito, em seu país de residência, equivalente ao imposto a que normalmente se sujeitam os investimentos no Esta-

¹³ Cf. DEBORAH TOAZE, op. cit. (nota 9), p. 884.

¹⁴ Cf. DEBORAH TOAZE, op. cit. (nota 9), p. 885.

¹⁵ Cf. ALBERTO XAVIER, op. cit. (nota 7), p. 671.

¹⁶ Cf. ROQUE GARCÍA MULLIN. *Tratados impositivos entre países desarrollados y países en desarrollo* in *Revista de Direito Tributário*, janeiro/junho de 1983, n.º 23/24, p. 26 a 36 (33).

¹⁷ Cf. ROQUE GARCÍA MULLIN. op. cit. (nota 16), p. 26-36

do da fonte, enquanto, simultaneamente, este é reduzido. Assim, o investidor goza de uma redução em seu imposto, no Estado da fonte, provocada pelo acordo de bitributação, mas tal redução é desconsiderada por seu Estado de residência, como se tivesse sido pago imposto sem qualquer redução no primeiro país¹⁸.

Em conseqüência, mantém-se o incentivo financeiro concedido ao investidor. “Este tipo de crédito presumido provoca una verdadera reducción en el costo fiscal total de la inversión, se traduce en un efectivo beneficio del inversionista, y preserva la posibilidad del país fuente de llevar adelante una política de incentivos”¹⁹.

Diversos são os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil que prevêem alguma forma de crédito presumido. A título de exemplo, cita-se o acordo de bitributação com os Países Baixos, promulgado pelo Decreto nº 355, de 1º de dezembro de 1991, cujo artigo 23, depois de assegurar, nos Países Baixos, crédito equivalente ao imposto pago no Brasil, dispõe, em seu parágrafo 4, que “Para os efeitos do que dispõe o parágrafo 3, o imposto pago no Brasil será considerado: (a) relativamente aos dividendos de que trata o parágrafo 2 do Artigo 16, 25% (vinte e cinco por cento) de tais dividendos, se forem pagos a uma sociedade holandesa que detenha no mínimo 10% (dez por cento) do capital votante da sociedade brasileira, e 20% (vinte por cento) nos demais casos; (b) relativamente aos juros de que trata o parágrafo 2 do Artigo 11, 20% (vinte por cento) de tais juros”.

V – TAX SPARING E MATCHING CREDIT: LIMITES

Deve-se ressaltar que a mera adoção de normas de *tax sparing* e de *matching credit* pode não ser suficiente para assegurar o fluxo de capitais objetivado. Resta examinar as legislações internas dos Estados de residência, a fim de certificar-se do benefício.

¹⁸ Embora este seja o caso mais comum nos acordos assinados pelo Brasil, o conceito de *matching credit* é mais amplo e não se limita ao cálculo a partir do montante da renúncia do Estado da fonte. A mesma técnica do *matching credit* pode ser vista do ângulo do Estado da residência, como um reconhecimento, ainda que parcial, do princípio da territorialidade, implicando, assim, uma renúncia parcial, por parte do Estado da residência, ao imposto que lhe seria devido. Cf. KLAUS VOGEL, op. cit. (nota 4), p. 1564-1565.

¹⁹ Cf. ROQUE GARCÍA MULLIN, op. loc. cit. (nota 16).

Por exemplo, pode ocorrer de o Estado de residência, conquanto conceda o crédito prometido, impor limitações globais (*overall limitations*) ou por país (*per country limitation*), reduzindo, assim, a eficácia do crédito²⁰.

Não obstante, a existência de semelhantes mecanismos na grande maioria dos acordos celebrados pelo Brasil tem, nos últimos anos, servido de estímulo a investidores oriundos de países com semelhantes cláusulas.

Não se pode deixar de lado, outrossim, o fato de que alguns países que, no passado, se dispunham a conceder cláusulas de *matching credit*, hoje vêm revendo suas posições. Foi o caso da Alemanha, que recentemente denunciou o acordo celebrado com o Brasil, que já contava quase três décadas. Prevaleceram, naquele caso, argumentos sobre a alegada “renúncia fiscal” alemã, em virtude do crédito presumido, ao lado de outras alegações (não de todo infundadas) acerca de descumprimento do acordo pelas autoridades brasileiras. Sem ingressar no mérito das razões apontadas em virtude de atitudes de nossas autoridades, não se pode deixar de lamentar que o argumento da “renúncia” alemã tenha tido algum peso já que, como visto, os mecanismos apontados são, antes, meio de se assegurar a eficácia de incentivos fiscais dados pelo próprio Estado onde ocorre o investimento.

Cabe, assim, à doutrina, o papel de retomar a discussão acerca do *tax sparing* e do *matching credit*, afastando argumentos que os apontem como meros favores, ressaltando sua importância como instrumentos para o reconhecimento do direito de os países em desenvolvimento se valerem do instrumento tributário para induzir seu crescimento.

²⁰ Cf. DAN THROOP SMITH. *Tax Legislation in Capital-Exporting Countries to Encourage Investment in Less Developed Countries in Developments in Taxation Since World War I*. VIII. Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation. 1966. p. VIII-14-15