

O CONTROLE DAS PRÁTICAS DE ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL*

THE CONTROL OF PRACTICES OF CROSS BORDER TAX ARBITRAGE

**Antônio de Moura
Borges
Luciana Gualda e Oliveira**

RESUMO

O presente estudo versa sobre uma das formas de planejamento tributário conhecida como arbitragem tributária internacional (cross-border tax arbitrage), mostrando medidas que podem ser adotadas pelos Estados de forma a coibir esse comportamento indesejável por parte dos contribuintes, que podem levar à concorrência fiscal prejudicial. O combate a essa prática possibilita o equilíbrio das receitas estatais de forma que não afetem, sobremaneira, a economia dos Estados envolvidos, e não produzam o efeito perverso de sobretaxação de contribuintes nacionais que não detêm a possibilidade de estruturarem planejamentos tributários. A abordagem implica em verificar as medidas existentes, unilaterais, bilaterais ou multilaterais referenciadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE são eficazes no combate a arbitragem, ressaltando a importância da cooperação internacional, consubstanciada na proposta de Thuronyi e dos esforços do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC.

PALAVRAS-CHAVES: PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL. MEDIDAS UNILATERAIS, BILATERAIS E PLURILATERAIS.

ABSTRACT

This study deals with one form of tax planning known as cross-border tax arbitrage, showing possible measures that can be adopted by States in order to curb this undesirable behavior by taxpayers, which leads to harmful tax competition. Combating this practice allows the balance of state revenues so that they do not affect greatly the economy of the states involved, and do not have the perverse effect of surtaxing national taxpayers that do not have the possibility of structuring tax plans. The approach involves checking the existing measures, unilateral, bilateral or multilateral referenced by the Organization for Economic Cooperation and Development - OECD as if they are effective against cross border tax arbitrage, highlighting the importance of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

international cooperation embodied in the Thuronyi's proposal and the efforts of the Joint International Tax Shelter Information Center - JITSC.

KEYWORDS: TAX PLANNING. CROSS-BORDER TAX ARBITRAGE. UNILATERAL, BILATERAL AND MULTILATERAL ACTIONS.

Introdução

A *cross-border tax arbitrage*, que Borges traduz como arbitragem tributária internacional¹⁶⁷, consiste em prática de planejamento tributário na qual o contribuinte estrutura suas operações de forma a evitar ou minimizar o ônus tributário aproveitando-se das diferenças existentes nas legislações tributárias de dois ou mais países. Essa escolha por uma ou outra legislação pode ser percebida quando os sistemas tributários afastam-se do princípio da neutralidade fiscal, segundo o qual a tributação não deve provocar distorções nos preços e nas decisões dos contribuintes.

Esse movimento centrífugo à neutralidade pode ser compreendido sob três prismas. O primeiro sendo consequência das decisões dos contribuintes, baseadas na liberdade de escolha que têm entre a adoção de uma ou outra legislação visando menor ônus tributário. Outra possibilidade é a utilização institucional de mecanismos que geram distorções, como é o caso dos países com tributação favorecida, os regimes preferenciais e os paraísos fiscais. Nesse contexto, o mecanismo de planejamento tributário, longe de ser coibido, será esperado. Verifica-se, ainda, uma terceira vertente possibilitando a *cross border tax arbitrage*, que ainda que seja institucional, não é empregada intencionalmente pelos países, sendo que as distorções são, via de regra, causadas pela tradição jurídica dos países, ou ainda pela ausência de estudo do direito comparado, a fim de se evitar que o mesmo instituto jurídico seja utilizado de formas diferenciadas pelos países, gerando distorções involuntárias nos sistemas tributários.

Notadamente, é importante a delimitação ou abrangência das operações que são compreendidas como *cross border tax arbitrage* daquelas que são denominadas como *tax shelters* (ou abrigos fiscais). Embora ambas possibilitem a elisão fiscal, os abrigos fiscais são sistemas intencionalmente montados, ou seja, a diferença que apresentam nas

¹⁶⁷ O termo Arbitragem Tributária Internacional foi traduzido da expressão *cross-border tax arbitrage*, por Antônio de Moura Borges, no artigo “Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional”. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 6/7 – Editora Fortium – Brasília: 2004/2005.

legislações, comparada à de outros Estados, são produzidas pelo próprio país, com o intuito de promoverem a atração de capital. De outro lado, a diferença existente nas legislações e conceitos de direito entre países de tributação normal podem concorrer para a prática da *cross border tax arbitrage*.

No mesmo sentido, segue entendimento de Boyle:

Diferentemente do anterior, a arbitragem tributária internacional pode ocorrer mesmo quando dois países operam sistemas rigorosos e abrangentes de tributação. São as diferenças ou inconsistências entre os dois sistemas que dão margem à arbitragem, independentemente de qualquer compreensão mais tradicional da concorrência entre os regimes tributários fortes e fracos, ou estritos e permissivos.¹⁶⁸

Dessa forma, delimita-se a arbitragem tributária internacional aos países com tributação normal, sendo certo que as operações realizadas com paraísos fiscais já são amplamente discutidas e medidas vêm sendo tomadas pelos países para minimizar os efeitos que esses sistemas preferenciais produzem no cenário internacional.

1 O quadro conceitual da arbitragem tributária internacional

O interesse em solucionar o problema da dupla ou pluritributação internacional da renda é mais antigo do que o da arbitragem tributária internacional. Ring¹⁶⁹ explica o porquê desse interesse, apontando que os tratados sobre tributos dirigem-se explicitamente à eliminação da dupla tributação da renda, e a maioria dos beneficiários destes tratados têm a legislação doméstica projetada, a fim de reduzir ou eliminar a dupla tributação. Além disso, aponta que o interesse é mútuo em resolver o problema da dupla tributação da renda, caso contrário, perdem os contribuintes que são duplamente onerados e os Estados, cujos investimentos tendem a migrar para outros Estados gerando um fluxo de capitais, revertendo em sérias implicações de ordem econômica. Portanto, o interesse maior pela mitigação da dupla tributação da renda por parte dos

¹⁶⁸ Conforme BOYLE “Unlike the former, international tax arbitrage can occur even where two countries operate rigorous and comprehensive systems of taxation. It is the differences or inconsistencies between the two systems that give scope for arbitrage, independent of any more traditional understanding of competition between strong and weak, or strict and permissive, tax regimes.” Tradução livre. BOYLE. Mark. **Cross-Border Tax Arbitrage—Policy Choices and Political Motivations**. <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2007/boyle.pdf>, Acesso em 01 de setembro de 2009, p. 528.

¹⁶⁹ RING, Diane M. **One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage**. Boston College Law School, Boston: 2002.

Estados é óbvia, e conta com a pressão exercida pelos contribuintes que realizam as operações em âmbito internacional.

A arbitragem tributária internacional, a seu turno, preocupa os Estados pela possibilidade do fenômeno inverso à dupla tributação renda, ou seja, a não-tributação da renda em nenhum dos Estados presentes na operação do contribuinte. Vê-se que, de um lado, existe o interesse dos Estados em que ocorra a tributação, porém inexistente a mesma condição por parte do contribuinte.

A dupla tributação e a não-tributação, conforme Ring¹⁷⁰, distorcem os princípios da eficiência e da equidade em matéria tributária, porém, de formas distintas. Enquanto a dupla tributação da renda afeta o comércio internacional, a não-tributação da renda gera graves distorções no mercado internacional, levando à concorrência fiscal prejudicial.

Cabe ressaltar que, apesar da dificuldade dos países em coibir a prática da arbitragem tributária internacional, tal conduta gera a concorrência fiscal desleal entre os sistemas tributários, afetando a persecução da justiça fiscal. Contudo, convém ressaltar que apenas o conflito de normas tributárias, ante o caso concreto, entre dois ou mais países, não é suficiente para caracterizar a arbitragem tributária internacional, pois o mesmo conflito pode levar a duas situações antagônicas extremadas:

a) dupla tributação, que pode ser resolvida por meio de tratados internacionais entre esses Estados ou;

b) não-tributação pelos Estados, cuja forma de resolução é objeto do presente artigo.

De fato, essas situações acima expostas são as situações extremas, sendo claro que existem situações em que haverá a redução da carga tributária conseguida por meio da arbitragem tributária internacional e não a eliminação total desta. Mas, de uma ou de outra forma, torna-se nociva aos Estados, que deixam de tributar parte das rendas, gerando distorções nos seus sistemas tributários.

A razão pela qual existem diferenças entre as legislações tributárias dos Estados parece ser de fácil compreensão, variando de país para país, de acordo com a orientação política adotada por estes, ainda que a maior parte dos Estados se orientem pautados por princípios e objetivos semelhantes.

¹⁷⁰ Cf. RING, Diane M. op. cit., p 1-66.

É interessante a observação de Leblang¹⁷¹ no sentido de que os próprios países, como por exemplo os Estados Unidos, a fim de evitarem a dupla tributação dos investimentos internacionais, criam regras tributárias e tecem rede de acordos internacionais, contando que os investidores internos serão tributados. Ocorre que nem sempre isso é observado, pois, por meio de planejamentos tributários, utilizam-se da arbitragem tributária internacional, aproveitando das diferenças existentes entre as legislações de dois ou mais países e acabam reduzindo ou eliminando o ônus tributário.

Kane¹⁷² traz perspectiva inovadora sobre a arbitragem tributária internacional analisando-a sob outro prisma. O referido autor aduz que o discurso sobre a arbitragem tributária internacional considera que esta oferece ao contribuinte a oportunidade de não ser tributado. De fato, Kane¹⁷³ mostra que essa é apenas umas das vertentes à análise tendo como sujeito o contribuinte.

Porém, vai mais adiante, no sentido de enfatizar que a arbitragem tributária internacional interessa aos governos, porque, por meio dessas transações, interesses nacionais são “permitidos” sem a transparência perante os demais Estados e, portanto, dificilmente sujeitas a retaliações.

Não obstante o entendimento de Kane de que a arbitragem tributária internacional interessa aos governos, na realidade representa perda de receitas aos cofres públicos, afetando a neutralidade dos sistemas tributários, afastando-se da justiça social.

O conhecimento de duas modalidades clássicas da arbitragem tributária internacional proporciona melhor compreensão do instituto, possibilitando que os países encontrem mecanismos de combate à elisão tributária decorrente dessas práticas.

2 Modalidades clássicas de arbitragem tributária internacional

Seguem exemplos das modalidades mais comuns de arbitragem tributária internacional, quais sejam: arrendamento mercantil internacional (*double-dip leasing*), e empresas com dupla residência (*dual resident companies*), sem, contudo, esgotar o

¹⁷¹ LEBLANG, Stuart E. **International Double nontaxation**. Tax Notes International Magazine. July 20, 1998.

¹⁷² KANE, Mitchell A. **Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage**. Emory University School of Law University of Virginia Faculty Workshop, 2004.

¹⁷³ Idem, p. 11.

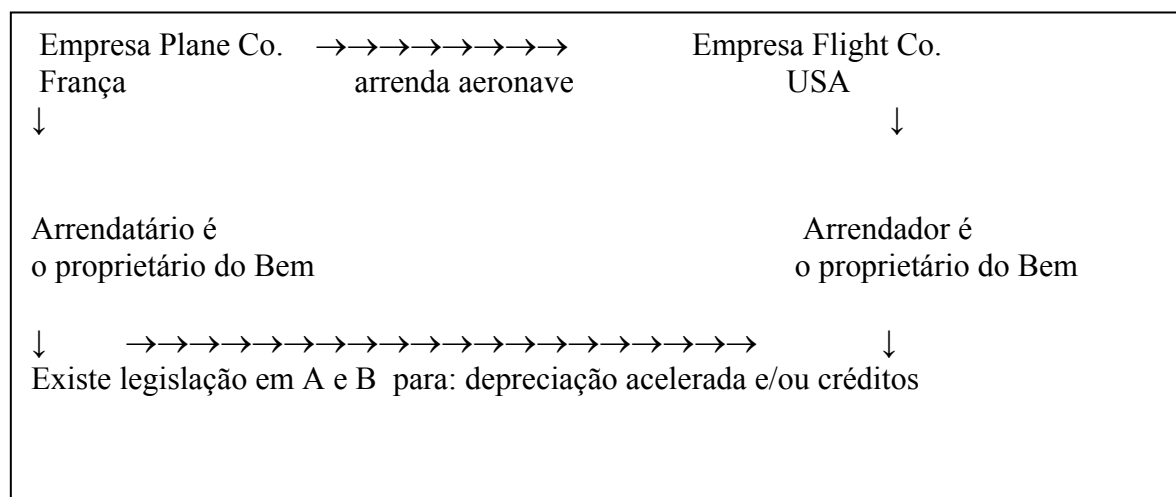
estudo das modalidades, haja vista a diversidade da produção legislativa entre os países e a conseqüente heterogeneidade das normas e conceitos utilizados em Direito.

2.1 Arrendamento mercantil internacional

Ring¹⁷⁴ explica que o *double dip leasing* ocorre quando, diante de um contrato de arrendamento mercantil internacional, duas jurisdições distintas especificam de forma diferente quem é considerado proprietário do bem arrendado. Por exemplo, em um determinado Estado, entende-se que o arrendatário é o proprietário do bem, enquanto no outro Estado a propriedade pertence ao arrendador. Dessa forma, dependendo da legislação interna de cada um desses Estados, ambos, o arrendador e o arrendatário, poderão ter direito a deduções pela depreciação acelerada do bem arrendado, além de outros benefícios que podem ser concedidos, como créditos pelo investimento.

O que irá determinar ou não a ocorrência da arbitragem tributária internacional, nesse caso, será a possibilidade de haver, nesses dois Estados, legislação que permita a dedução ou creditamento em relação àquele que é tido como proprietário do bem.

Segue quadro esquemático:



¹⁷⁴ Cf. RING, Diane M. op. cit., p. 1-66.

Figura 1 - quadro esquemático

Vê-se que, no exemplo utilizado no esquema, ambos os Estados permitem deduções em relação à depreciação acelerada do bem e também a créditos, logo os contribuintes serão beneficiados com a depreciação acelerada do bem, em que será deduzido o montante do imposto de renda devido, bem como de créditos relativos ao investimento, que também reduzirá o montante do imposto de renda a ser pago.

Caso a transação ocorresse no mesmo Estado, somente seria permitida a dedução da depreciação acelerada ao proprietário, enquanto o arrendatário teria direito a deduções das parcelas pagas anualmente pelo bem, sendo que essas deduções são sempre menores do que as deduções decorrentes da depreciação acelerada. Também, o crédito de imposto somente seria concedido ao considerado proprietário do bem, geralmente ao arrendador e não ao arrendatário.

2.2 Empresas com dupla residência

O fenômeno da *dual resident companies* ocorre quando uma empresa é considerada residente em mais de um Estado, sendo membro de um grupo empresarial. Assim, pela fixação do critério de residência em um dado Estado, será considerada residente, pois este país segue como critério de fixação da residência o do local de incorporação da empresa, enquanto que em outro Estado o critério baseia-se no se controle efetivo, logo, observa-se que poderá ser residente em ambos os Estados.

Essa empresa considerada residente em ambos os Estados deverá apresentar perdas substanciais, que serão utilizadas pelas demais empresas do grupo, de forma a reduzir ou eliminar o montante do imposto de Renda devido por estas.

De forma a exemplificar a prática, tem-se o seguinte exemplo hipotético:

A fim de que uma empresa do Reino Unido adquira uma empresa americana ela deve, primeiramente, criar uma subsidiária com dupla residência (EUA e Reino Unido) nos EUA que financie a aquisição da empresa alvo nos EUA. De tal forma que o débito dessa subsidiária gerado pela aquisição da empresa nos EUA deve produzir, por sua vez, grandes deduções.

Como tanto os EUA quanto o Reino Unido têm normas que permitem a consolidação ou o agrupamento de impostos e perdas com as empresas filiais residentes

nestes Estados, o gasto na aquisição por parte da subsidiária poderá ser usado para compensar os impostos, tanto da filial dos Estados Unidos como da operação da filial do Reino Unido.

O resultado é converter uma simples despesa em uma dupla dedução (*double-dip*). Para elucidar, segue esquema simplificado:

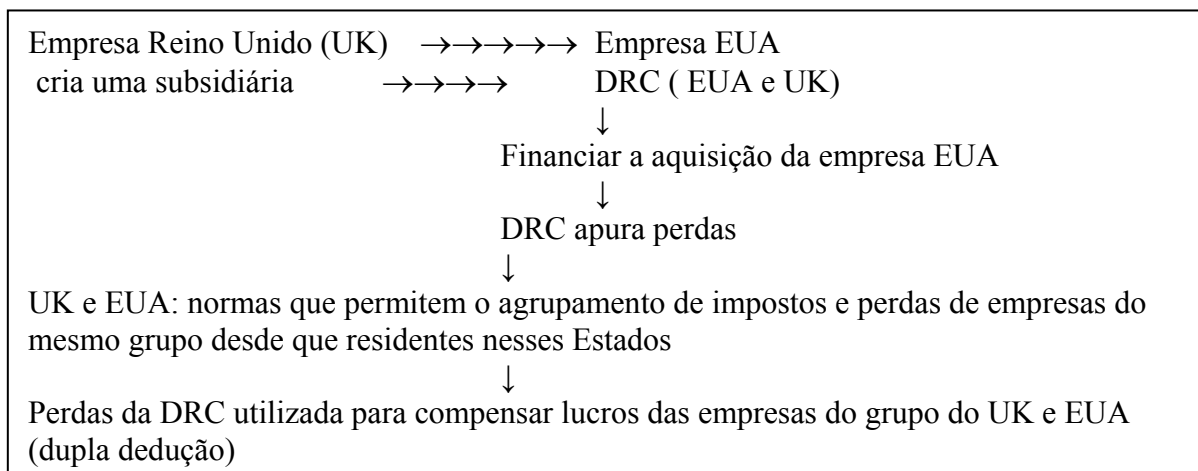


Figura 2 – Exemplo de uso de empresas com dupla residência.

Embora os exemplos citados representem operações clássicas de arbitragem tributária internacional, nem sempre é fácil verificar se a estrutura arquitetada pelo contribuinte configura tal instituto, mesmo porque, a *cross border tax arbitrage* pode ser apenas parte de um esquema de montagem em que se verificam outras espécies de planejamento tributário, como o *treaty shopping*, manipulação dos preços de transferência, entre outros. Esse é o primeiro problema a ser enfrentado pelas administrações tributárias, ou seja, diante de vários negócios ou atos jurídicos utilizados pelo contribuinte, verificar quais são os mecanismos que devem ser afastados.

Ring¹⁷⁵ entende que, antes de definir critérios para eliminar a arbitragem tributária internacional, é essencial verificar se a operação afronta a equidade e a eficiência econômica global e nacional, e ainda verificar o interesse político e o impacto causado em relação à perda de receitas pelos Estados.

A maior parte das discussões sobre a política tributária internacional em relação às operações considera que é desejável considerar a eficiência global, a qual é mensurada considerando a neutralidade do tributo, sendo certo que este não será neutro quando modificar os modos de consumo, de investimento e de produção, definindo,

¹⁷⁵ Cf. RING, Diane M. op. cit., p. 59.

assim, o comportamento dos agentes. Dessa forma, os sistemas tributários, ao se afastarem da neutralidade, provocam distorções na economia financeira interna e global, podendo levar à concorrência fiscal prejudicial.

Nesse sentido, Ring e Boyle apontam dois caminhos de como as normas tributárias afetam comportamento do contribuinte e distorcem a economia financeira global. A primeira é favorecendo investimentos tanto internamente como no exterior, violando a neutralidade das exportações (CEN); a outra forma é favorecendo investidores internos em uma área específica, afetando a competitividade do negócio, violando a neutralidade da importação (CIN). O presente trabalho não tem como escopo analisar o CIN (*Capital Import Neutrality*) ou o CEN (*Capital Export Neutrality*), importando apenas a compreensão de que tratam de técnicas utilizadas para mensurar a eficiência econômica das operações internacionais.¹⁷⁶

Outros fatores também irão afetar a eficiência e a equidade, como as políticas adotadas pelos Estados em relação à concessão de benefícios fiscais e em relação às despesas públicas.

Com relação aos benefícios fiscais concedidos, nota-se que a ausência de transparência das legislações ou a complexidade destas revela a política fiscal adotada pelo país, que não necessariamente resulta em renúncia de receitas, uma vez que a desoneração da tributação incidente sobre determinados grupos acaba sendo compensada pela imposição tributária incidente sobre os demais grupos.

A possibilidade de transparência da legislação tributária no que concerne aos benefícios fiscais concedidos, indubitavelmente, acarretaria em questionamentos quanto aos benefícios se restringirem a apenas parcela dos contribuintes, demonstrando, claramente, o interesse do Estado em privilegiar uns em detrimento de grande parte dos contribuintes.

Em relação aos efeitos sobre a receita, sabe-se que um dos propósitos do sistemas tributários é o de gerar recursos com a finalidade de suportar os gastos dos Estados. Considerando que os mecanismos de arbitragem tributária internacional impactam na receita, isso tende a gerar dois efeitos: cortes nos gastos governamentais e deslocamento de ônus tributário para produzir uma receita suplementar.

Porém, cortes nos gastos governamentais nem sempre são possíveis, em decorrência dos serviços essenciais que devem ser prestados. De outro lado, verifica-se

¹⁷⁶ Cf. RING, Diane M., op. cit., p. 59. E ainda, no mesmo sentido aponta BOYLE. Mark. op. cit., p. 530.

que a habilidade de um seleto grupo de contribuintes de reduzirem seus tributos não é estendida a todos os contribuintes, sendo certo que haverá imputação de ônus tributário maior sobre os contribuintes não-globalizados, ou seja, aqueles que não possuem estruturas e possibilidades de realizar planejamentos tributários. Agindo nesse sentido, verifica-se clara afronta aos princípios da equidade, da isonomia, da capacidade contributiva, da solidariedade.

O que deve ser observado é que o favorecimento de alguns contribuintes atinge o fluxo de capitais, afetando a economia global. Obviamente, não há que se afastar todo e qualquer favorecimento para investimento, mesmo porque os benefícios fiscais são formas legais de inserção internacional. Contudo, essas vantagens fiscais levam a distorções para as economias dos Estados envolvidos.

Dessa forma, faz-se necessário restringir as operações de arbitragem tributária internacional que gerem grandes distorções, afetando os princípios da equidade e da eficiência. O que confirma a tendência atual da administração tributária dos Estados, qual seja, a de mitigar as operações internacionais com a finalidade apenas de obter vantagens tributárias.¹⁷⁷

Essas distorções levam à concorrência desleal entre os sistemas tributários, afetando o equilíbrio desses sistemas, que, por sua vez afastam-se dos princípios que devem norteá-los a fim de que atentem para os princípios basilares que os norteiam, como os da capacidade contributiva, isonomia, solidariedade.

Dessa forma, à medida em que os sistemas tributários se afastam da justiça fiscal, produzem distorções nos sistemas econômicos, ao permitirem que os contribuintes, por meio de planejamentos tributários, escolham em que país ira operar seu negócio, de forma a reduzir ou eliminar o encargo fiscal.

Assim, a possibilidade do nomadismo fiscal, indubitavelmente, traz conseqüências danosas aos países, afetando a concorrência entre estes na seara internacional. Com vistas a minimizar o problema da concorrência fiscal desleal, organismos internacionais, a exemplo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da União Européia e esforços do *Joint*

¹⁷⁷ Conforme TORRES: As vantagens verificadas não são tão-somente de cunho tributário, mas podem obter vantagens também em países com regime penal favorecido, onde não se encontram tipificadas condutas de evasão, crimes do colarinho branco, lavagem de dinheiro, etc. Outros benefícios podem ser encontrados em países que adotam o sigilo bancário. TORRÊS, Heleno. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

International Tax Shelter Information Centre – JITSC, buscam, além de medidas internas a cada país, maior coordenação internacional entre os Estados, como forma de combate a planejamento tributários abusivos.

3 Mecanismos de solução da concorrência desleal entre sistemas tributários e sua aplicabilidade no combate à arbitragem tributária internacional

O uso da *cross border tax arbitrage* gera distorções nos sistemas tributários, sendo que uma das conseqüências que podem advir desse comportamento do contribuinte é a concorrência internacional desleal ou prejudicial entre os países. Assim, de forma a combater a concorrência desleal, tanto a União Européia quanto a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) têm envidado esforços, dirigindo recomendações que devem ser observadas pelos Estados-membros e que, via de regra, têm sido observadas pelos demais países, ainda que não-membros.

3.1 As Recomendações da OCDE

Conforme ressaltado, tem sentido notável a ação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, cujas Recomendações dispostas no Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais apresentam sugestões aos países-membros à adoção de medidas visando, especificamente, combater práticas que fomentem a concorrência fiscal prejudicial. Essas medidas são acatadas, também, por países não-membros.

Nesse sentido, os países-membros da OCDE, preocupados em restringir a competição perniciosa por meio de regimes tributários favorecidos, apontou, na Recomendação do Conselho da OCDE de 21 de setembro de 1987, três importantes medidas a serem tomadas.

A primeira seria a recomendação para que os Estados, por meio de medidas unilaterais, reforçassem sua legislação a fim de coibirem as práticas perniciosas, bem como implementassem métodos que lhes permitissem detectar e reprimir as condutas elisivas. A segunda recomendação (medidas bilaterais) seria a de que os países promovam entre si maior cooperação por meio do intercâmbio de informações, e ainda pela inserção de cláusulas específicas trazidas no bojo de acordos internacionais firmados para evitar a dupla tributação. Por último, recomenda que os países

confrontem seus métodos e práticas para inibir as práticas não desejáveis por parte dos contribuintes.

Mais de dez anos após as referidas Recomendações, a OCDE divulgou, em 28 de abril de 1998, o Relatório do Comitê de Assuntos Fiscais, reconhecendo que existiam diferenças legítimas entre os ordenamentos jurídicos, e que essas diferenças não representam a causa da competição fiscal prejudicial, sendo tal competição consequência da complexidade da economia atual.

Esse Relatório deixa claro que existe limitação internacional à mitigação dos favorecimentos tributários, em face da liberdade de cada Estado de gerir seus sistemas tributários (soberania), apontando, ainda, que os benefícios devem ser conferidos dentro de limites considerados toleráveis e que não devem ser utilizados de forma a atrair investimentos. Contudo, apresenta critérios a serem aplicados a fim de verificar se um determinado Estado enquadra-se dentro de um regime tributário aceitável ou não. Dessa forma, conforme Tôres¹⁷⁸:

a) ausência de uma efetiva troca de informações[...]; absoluta ausência de transparência; ausência de disposições internas que exijam uma demonstração de efetividade das operações e dos beneficiários.

[...]

não possuem um regime sobre preços de transferência; mantêm isenções para rendimentos de fonte estrangeira; negociam a alíquota ou a determinação da base de cálculo dos impostos (rulings); mantêm regimes severos de segredo bancário; permitem acesso a um elevado número de acordos internacionais; divulgam regimes fiscais como método para reduzir a carga tributária; permitem regimes de operações ou acordos com fim puramente fiscal e contêm determinação artificial da base de cálculo.

Uma vez identificados os Estados com tributação favorecida, mister se faz combatê-los, aplicando medidas defensivas, utilizando-se de medidas unilaterais e bilaterais.

Ainda, no mesmo documento, Recomendações importantes se seguiram a fim de munir os países de medidas a serem tomadas contra as operações dos contribuintes que ensejem a concorrência desleal. Essas Recomendações são similares às emanadas do primeiro relatório de 1987, porém mais completas, conforme Heleno Tôres¹⁷⁹:

¹⁷⁸ Cf. TORRES, Heleno T. op. cit., p.151.

¹⁷⁹ Cf. TORRES, Heleno T. op. cit., p. 152.

I. Recomendações concernentes às legislações e práticas internas, destinadas a ampliar a transparência do sistema e a eficácia das medidas fiscais já existentes, dirigidas a restringir o uso das chamadas “CFC”, de fundos de investimento estrangeiro, dos benefícios de filiação, dos preços de transferência e de rulings, além de medidas que envolvam a necessidade de intensificação das trocas de informações e mútuas assistências, como acesso inclusive aos dados bancários, para efeitos fiscais, como parte da luta coordenada dos países-membro contra a evasão e fraude fiscais.

II. Recomendações quanto às convenções internacionais, voltadas para incluir disposições que visem a afastar a concessão de benefícios para situações ou sujeitos envolvidos com qualquer forma de prática fiscal internacional, limitando as vantagens do acordo aos beneficiários efetivos (beneficial owners) e coibindo o uso indevido das convenções (treaty shopping, rule shopping); remover todas as dúvidas sobre compatibilidade de aplicação de normas antielusivas internas e regras de convenção internacional. Ainda neste ponto, recomenda a denúncia dos tratados internacionais com tributação favorecida (tax havens). E, o que nos salta aos olhos, recomenda regimes coordenados de lançamento tributários, inspeções conjuntas, sobre os rendimentos decorrentes de benefícios oriundos de regimes fiscais prejudiciais, bem como examina a possibilidade de assistência aos atos de arrecadação de créditos tributários.

III. Recomendações para intensificar a cooperação internacional, se possível por meio de convenções multilaterais que envolvam o maior número possível de países, como forma de combater a concorrência fiscal prejudicial.

Dessa forma, as Recomendações da OCDE aos países-membros propõem medidas conjuntas, unilaterais, bilaterais, e também, multilaterais, ao combate às operações dos contribuintes que gerem concorrência fiscal prejudicial.

Entende-se por medida unilateral, conforme o próprio nome indica, a inserção de normas internas com a finalidade de coibir as práticas utilizadas pelo contribuinte. Ressalte-se a existência de dois tipos as medidas unilaterais, utilizadas pelos países, com vistas a inibir os atos elisivos: as normas específicas e as normas gerais. É de se observar, que uma não exclui a outra, sendo certo que, em alguns países, observa-se a coexistência de ambas.

A seu turno, as medidas bilaterais são aquelas realizadas entre dois Estados com a finalidade de reduzir a elisão fiscal decorrente das operações realizadas. Com efeito, verifica-se uma série de tratados firmados entre os países cuja finalidade é evitar a dupla tributação da renda nas operações existentes entre estes. Tais acordos internacionais são firmados, geralmente, conforme o Modelo da OCDE, que vem sendo adotado pelos seus Estados-membros e também por não membros.

Os Estados contratantes devem, no acordo internacional, estabelecer cláusulas específicas com a finalidade de evitar a elisão fiscal. A aplicação dessas cláusulas deve resultar na observância do que foi contratado, evitando que os Estados recorram aos princípios gerais do Direito Internacional, bem como às normas de direito interno.

Em relação aos dispositivos de contenção da elisão fiscal, a OCDE publicou, em 1987, as seguintes medidas que deveriam constar das cláusulas dos tratados firmados entre Estados: consideração da qualidade dos sócios, exclusão de benefícios, mínimo de tributação, canalização de recursos, cláusula de salvaguarda e troca de informações.

Ainda, como mecanismo de combate à concorrência fiscal prejudicial, verificam-se as medidas plurilaterais, sendo adotadas por mais de dois Estados, que pactuam no sentido de reduzirem as possibilidades de elisão fiscal decorrentes das operações transnacionais existentes.

A tendência da economia mundial é operar por vários Estados, a produção passa por estágios em locais distintos, de forma que seguramente já se foi o tempo em que se restringia a um determinado espaço territorial. Hoje, encontra-se a cadeia de produção, espalhada por vários Estados propiciando a competitividade do produto, passando, por exemplo, pela China, cuja mão de obra barata torna-se interessante para a instalação de fábricas a custo reduzido de mão-de-obra.

Essa desconcentração e deslocamento de atividades para países com tributação mais favorecida, ou com incentivos fiscais e/ou bancários, entre outros, é vivenciada atualmente, sendo que a capacidade de permanência no mercado está intimamente ligada à possibilidade de a empresa se organizar de forma com que reduza ao máximo seus custos operacionais e os tributos incidentes. Dessa forma, conseguirá preços mais competitivos no mercado internacional, aumentando sua margem de lucro obtida nas operações.

Ressalte-se, ainda, a existência do investimento especulativo de capitais, que oscila de acordo com os benefícios apresentados em determinado país, especificamente em relação à política cambial e financeira.

Assim, as medidas pluri ou multilaterais parecem as mais apropriadas diante do escopo ditado pela globalização, como forma de prevenir que as práticas utilizadas pelo contribuinte que gerem distorções nos sistemas tributárias possam ser afastadas.

Nesse sentido, verifica-se que a construção da idéia de uma política fiscal internacional, emanada de um órgão supranacional, dotado de força imperativa, é, indubitavelmente, questão que ainda encontra óbices no mundo atual, em razão das

diferenças existentes entre os povos, seus interesses econômicos, políticos, religiosos. Problemas os quais, inexoravelmente, apontam no sentido de que a harmonização de conceitos tributários, de critérios de tributação de rendas produzidas por meio de operações transnacionais, passam a ser medidas consideradas utópicas.

O fato é que, ainda longe de medidas eficazes que inibam a elisão fiscal decorrente de várias práticas de planejamento tributário internacional, como a arbitragem tributária internacional, os Estados têm tido a necessidade de implementar mecanismos mais eficazes, que não somente aqueles produzidos de forma unilateral ou bilateral.

A necessidade de uma solução mais ampla, que abarque número maior de soluções, é condição de existência dos próprios países em suas relações econômicas com os demais, e como medida de urgência que freie as conseqüências danosas que a concorrência prejudicial gera, como a não-tributação.

É de se reconhecer que alguns Estados se beneficiam com a ausência de transparência causada por transações decorrentes de planejamento tributário internacional, conseguindo abarcar maior fatia do mercado mundial sem as retaliações dos demais Estados.

De certo, a busca pelo mercado de bens e capitais é selvagem, porém a admissibilidade de práticas que geram concorrência fiscal prejudicial afeta a todos os países. Ou se distribuem de forma mais equilibrada os ganhos ou a economia global estará fadada ao colapso. Nesse ínterim, a justiça fiscal, longe de ser apregoada como ideal humanístico, funciona como alavanca da própria estrutura do capital. Ou se equilibra a concorrência entre os países, alavancando o desenvolvimento daqueles menos favorecidos, ou afunda-se cada vez mais o gap existente entre a pobreza e a riqueza, e os efeitos indesejáveis e perigosos que toda a estrutura de apartação produz.

Observa-se que, longe de qualquer ideologia marcadamente liberal ou social, deve se construir a percepção de que ou se admite que as riquezas devam ser redistribuídas de forma mais equânime, para que o próprio modo de produção subsista por mais tempo, ou se aguarda a ruptura desse modo com a exaustão de mercado consumidor e todas as conseqüências advindas do empobrecimento dos países periféricos.

De certo, não se pode falar que medidas efetivas não vêm sendo tomadas. Desse modo cabe a análise dos estudos do Comitê de Assuntos Fiscais da Organização para

Cooperação e Desenvolvimento Econômico, dispostos em Relatórios, e pelo Código de Conduta da União Européia sobre Concorrência Fiscal Prejudicial.

3.2 Disposições do Código de Conduta da União Européia sobre a concorrência fiscal prejudicial

Desde o início do processo de integração econômica da União Européia, busca-se a harmonização fiscal entre os Estados-membros, sendo certo que a harmonização pretendida é objeto de inúmeros estudos e obstáculos, pois as diferenças entre as legislações tributárias existentes entre os países-membros geram distorções na alocação dos recursos para o grupo como um todo.

Apesar de todos os esforços, ainda existem incentivos fiscais e financeiros concedidos por alguns países membros da União Européia, causando transtornos em relação à competitividade das empresas e distorções no mercado de trabalho.

Para reduzir esses problemas, visando a uma política de harmonização, a União Européia publicou um Código de Condutas, englobando medidas legislativas e administrativas, considerando prejudiciais Estados que tenham medidas de favorecimento tributário com tributação nula ou muito baixa em relação ao Estado-membro prejudicado. Dessa forma, o Código de Conduta pretende controlar as distorções existentes, promovendo a harmonização tributária, baseando-se no método da comparação que, de modo simplificado, consiste em comparar a tributação aplicada e verificar se ela é muito inferior ou nula em relação ao Estado-membro que se diz prejudicado.

A União Européia aponta as seguintes características tomadas por parte de um Estado-membro como sendo potencialmente prejudiciais, conforme leciona Tôrres¹⁸⁰:

- a) se as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transações realizadas com não-residentes; ou
- b) se as vantagens são totalmente isoladas da economia interna, sem incidência na base fiscal nacional; ou
- c) se as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer atividade econômica real nem qualquer presença econômica substancial no Estado-membro que proporciona essas vantagens fiscais; ou
- d) se o método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional afasta-se dos princípios aceitos internacionalmente, em particular, as regras aprovadas pela

¹⁸⁰ Cf. TORRÊS, Heleno. op. cit., p.144.

Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE);
ou

e) se as medidas fiscais carecem de transparência, principalmente quando as disposições legais forem aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente em nível administrativo.

Uma vez observada uma dessas práticas, a União Européia aplica medidas de congelamento ou desmantelamento ao Estado-membro em questão. A medida de congelamento consiste no comprometimento dos Estados-membros de não introduzirem novas medidas prejudiciais, enquanto que o desmantelamento é a modificação da prática em vigor que não esteja de acordo com as regras de Conduta, eliminando-a o mais rapidamente possível.

Essas medidas do Código de Conduta aplicam-se aos membros da União Européia, porém deveriam ser ampliadas a outros Estados, conforme Tôrres¹⁸¹:

[...] mas o Conselho considera que seria benéfico que os princípios destinados a eliminar as medidas fiscais prejudiciais fossem adotados num quadro geográfico tão amplo quanto possível.

Outra medida plurilateral possível é a confecção de tratado multilateral firmado entre os países objetivando a troca de informações, com vistas à harmonização de conceitos e normas de direito tributário utilizados entre os Estados.

Vê-se que a harmonização de conceitos e até de tributos é fato entre os Estados que compõem a União Européia, apesar das várias dificuldades presentes em qualquer processo de integração econômica. Ressalte-se que, no âmbito do Mercosul, um dos problemas a serem tratados é justamente o da harmonização tributária, pelo menos em relação aos conceitos tributários e aos tributos incidentes sobre o consumo, que encontra difícil aplicação, uma vez que o imposto incidente diretamente sobre o consumo no Brasil é de competência estadual (ICMS).

A par das análises sobre as dificuldades encontradas no plano da integração econômica do Mercosul, que não fazem parte do objeto do presente estudo, é certo que a harmonização de conceitos e institutos de direito tributário é imprescindível, inclusive como forma mais eficaz de se evitar a arbitragem tributária internacional.

Em relação ao uso de acordos multilaterais, é importante compreender a proposta lançada por Thuronyi¹⁸², pela simplicidade e praticidade demonstrada, conforme se vê a seguir.

¹⁸¹ Cf. TORRÊS, Heleno. op. cit., p.144.

¹⁸² THURONYI, Victor. **Internacional Tax Cooperation and a Multilateral Treaty.**

3.3 A Cooperação Tributária Internacional segundo Thuronyi

Thuronyi aponta que o Direito Público Internacional conta com mais de 1.500 tratados bilaterais para prevenir a dupla tributação da renda, sendo que esses tratados, em sua maioria, são baseados no modelo proposto pela OCDE, e que a experiência com negociações de tratados para a solução da elisão fiscal tem-se mostrado ineficaz, pela ausência de uniformidade nas legislações existentes entre os Estados e dos próprios tratados, além da falta de uma política clara de harmonização dos sistemas tributários. Entende, ainda, que a harmonização dos sistemas tributários seria o ideal, cuja possibilidade, porém, ainda se encontra distante de ser conseguida. Nesse sentido, aponta a adoção de acordos multilaterais como solução para os problemas de elisão fiscal.¹⁸³

A proposta de Thuronyi consiste na substituição dos tratados bilaterais existentes por tratado multilateral firmado pelos Estados, observando que a substituição seja feita de forma gradativa.

Em relação ao tratado multilateral, afirma que o primeiro passo seria a elaboração de um texto uniforme, como o proposto pela OCDE para os tratados bilaterais, sendo que esse texto serviria como modelo para todos os demais existentes.

Aponta que, em um segundo momento, passariam a existir apenas um ou dois tratados multilaterais, pois a idéia é restringir para harmonizar. Mesmo porque, somente alguns países teriam a capacidade para firmar acordos multilaterais, sendo que os demais elaborariam acordos adicionais nos mesmos moldes do multilateral, atendendo às especificidades de acordo com as necessidades do país. Além disso, indica que o tratado multilateral seria um veículo apropriado para a renovação em relação aos problemas comuns da tributação internacional, permitindo emendas ou interpretações das cláusulas dos tratados multilaterais que afetassem todos os países ao mesmo tempo.

Ressalta, ainda, a necessidade de instituição supranacional com poderes jurisdicionais abertos a membros de todos os países para gerenciar esses tratados.

Symposium on Internacional Tax Policy in the New Millennium Brooklyn Journal of Internacional Law, 2001, Brooklyn - New York, p. 1-24.

¹⁸³ Idem.

É interessante a proposta de Thuronyi em relação à possibilidade do uso de tratados multilaterais na solução de problemas relacionados a elisão fiscal e mais ainda, como um passo para o processo de harmonização, que é necessária. Entretanto, parece que a solução proposta está longe de ser a adotada pelos países, onde se verifique que os interesses não convergem para uma mesma direção, o que dificulta em muito a possibilidade de interesse em produzir acordo geral multilateral cujo objetivo seja a harmonização de conceitos e institutos de direito. Maior óbice ainda, na adoção de uma estrutura supranacional com vistas a fiscalizar o cumprimento desse acordo.

Todavia, alguns países têm se organizado no sentido de criarem esforços conjuntos para a solução de problemas decorrentes de práticas de planejamento tributário utilizadas pelos contribuintes.

3.4 Os esforços do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC

No mesmo sentido da proposta da OCDE para uma coordenação internacional entre os Estados, como forma de combate a planejamento tributários abusivos, verifica-se, conforme Boyle, o estabelecimento do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC, de que participam os EUA, o Reino Unido, o Canadá e a Austrália.

O objetivo do JITSC é o de maximizar a coordenação das legislações e políticas fiscais dos países integrantes com os demais no combate a bitributação e a não imposição tributária, oferecendo meios para que as administrações identifiquem e combatam os planejamentos tributários abusivos.

Entretanto, apesar das ações dos países no combate de planejamentos tributários abusivos, existem inúmeras objeções presentes em relação às medidas *anti cross border tax arbitrage*, calcadas na soberania dos países em manejar seus sistemas tributários de acordo com seus interesses internos, o que, indubitavelmente, acarreta diferenças entre as legislações tributárias dos diferentes Estados, concorrendo para a prática da arbitragem tributária internacional.

Conclusões

O que se pretende é a solução da arbitragem tributária internacional pela adoção de medidas unilaterais - produção de normas internas específicas ou gerais -, bem como de medidas bilaterais e multilaterais. Mais precisamente, com a adoção de políticas

internas e externas que restrinjam a elisão fiscal, proporcionando uma efetiva equidade tributária e concorrência digna entre os Estados.

Verifica-se que a inserção de cláusulas específicas nos ordenamentos jurídicos com vistas à eliminação da elisão fiscal vem sendo realizada pelos países, a exemplo dos Estados Unidos da América, que estabeleceu, em 1986, regras para combater a arbitragem tributária internacional no que concerne às empresas com dupla residência. Ainda, em 1998, verifica-se a inserção de regra contra as entidades híbridas no Regulamento de Imposto de Renda (*subpart F provisions of the Internal Revenue Code*).

Com relação à norma geral antielisão, verifica-se que é uma das medidas possíveis de forma a mitigar a elisão fiscal em alguns países. Contudo, encontra restrições, principalmente no Brasil, cuja tentativa de regulamentar o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional gerou incontornáveis celeumas sobre como operacionalizar a desconsideração dos negócios jurídicos realizados pelo contribuinte, apenas com o objetivo de reduzir o ônus tributário, sem ferir direitos e garantias dos contribuintes.

No mesmo sentido, é certo que o uso de normas específicas internas não possibilita prever, quiçá inibir o uso, por parte do contribuinte, das diferenças existentes entre as diversas legislações tributárias dos Estados, não sendo forma adequada a inibir a arbitragem tributária internacional.

Em relação às medidas bilaterais apontadas, mostram-se eficazes quando se trata de combater a elisão entre dois países, uma vez que os tratados são bilaterais, portanto atendem especificamente aos Estados contratantes e não têm o condão de coibir as transações de arbitragem tributária internacional, quando essas ocorrerem entre mais de dois Estados.

Nesse sentido, resta caracterizado que somente por meio da harmonização dos conceitos utilizados pelo Direito Tributário, bem como pelos critérios de tributação observados pelos Estados é que a arbitragem tributária internacional poderia ser eliminada. Contudo, ainda que presentes alguns esforços tendentes a implementar a referida harmonização, como apresentados por Thuronyi, ou ainda, aqueles presentes entre os membros do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC, é certo que os problemas são muitos, desde a natural e esperada diversificação de institutos, resultantes marcadamente das diferenças culturais e regionais, que muito

embora tendam a se convergirem em face do processo de globalização, ainda assim guardam as suas particularidades.

A harmonização é medida vista com receio pelos países, sendo certo que não pretendem deixar de operar da forma corriqueira sob o risco de reduzir as receitas a níveis menores do que os atuais. No mesmo sentido, os países também deixam de eliminar gradativamente benefícios fiscais concedidos, que, indubitavelmente, concorrem para práticas de planejamento tributário, sob o risco de gerarem evasão de capitais e de investimentos do seu país para outro que não adote as mesmas medidas.

É certo que favorecimentos fiscais por parte dos países devem existir. Porém, a necessidade de harmonização ou de políticas fiscais em âmbito internacional não têm como finalidade esvaziar os benefícios, mas sim trazê-los de forma transparente aos países, propondo soluções coordenadas que indiquem o caminho de uma conduta lícita e desejável, evitando a concorrência prejudicial e, notadamente, o desequilíbrio dos sistemas tributários que passam a onerar contribuintes que não possuem a possibilidade de estruturarem planejamentos tributários, sacrificando-os pesadamente, afastando da percepção de justiça fiscal.

O modelo de tratado multilateral proposto por Thuronyi apresenta possibilidade para a solução dos problemas de elisão fiscal internacional, sendo um primeiro, mas crucial passo, para o processo de harmonização das normas de direito tributário, apontando ainda para a concepção de uma organização internacional gestora desses tratados, inclusive com a possibilidade de aplicar penalidades ante o descumprimento do tratado ou como órgão consultivo em relação às políticas fiscais internacionais.

Entretanto, verifica-se a plausibilidade da proposta de Thuronyi quando já existe um processo de integração anterior, como é o caso da União Européia, onde os interesses convergem em todas as direções, inclusive na adoção de moeda única. Nesse sentido, quando o que se espera não é apenas a convergência e harmonização dos sistemas tributários, mas a própria unidade e centralização da política econômica, verifica-se que os interesses econômicos reforçam a equalização dos sistemas.

De forma contrária, é pouco provável que países com interesses tão diferentes, e por vezes conflitantes, consigam um denominador comum de forma a unirem-se para a harmonização de institutos e conceitos de direito.

Nesse sentido, medidas paliativas podem ser utilizadas pelos países, como as unilaterais já mencionadas. Outra possibilidade é a adequação da proposta de Thuronyi a iniciativas como a do Joint International Tax Shelter Information Centre – JITSC, ou

seja, o combate à arbitragem tributária internacional dar-se-ia por meio de tratado multilateral versando sobre troca de informações entre as administrações tributárias, e ainda um organismo supranacional elaboraria estudo comparado catalogando as operações suspeitas realizadas pelos contribuintes, bem como elaborando estudos sobre a diferença entre as legislações que caracterizassem a arbitragem tributária internacional.

Sem dúvida, antes de se criarem mecanismos de controle para as condutas, as administrações seriam informadas sobre quais seriam essas práticas, facilitando sobremaneira a tomada de decisão do Estado em coibi-las ou não, de acordo com seus interesses.

Haveria, nesse sentido, maior transparência, não apenas em relação às operações praticadas pelo contribuinte, mas também pelos países, o que de fato pode apresentar como o maior empecilho à viabilização do mecanismo proposto.

À guisa da conclusão, vê-se que existem soluções para eliminar o problema da elisão fiscal, cabendo aos Estados a organização necessária e o interesse no sentido de colocarem medidas já existentes em prática e encontrarem outras que se adequem à satisfação de suas necessidades, sem perderem de vista a persecução de justiça fiscal. Figura que, atualmente, é mero instrumento de retórica.

Referências

BORGES, Antônio de Moura. **Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional**. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional. Ano 6/7 Brasília: Fortium, 2004/2005.

BOYLE, Mark. **Cross-Border Tax Arbitrage—Policy Choices and Political Motivations**. <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2007/boyle.pdf>, Acesso em 01 de setembro de 2009.

KANE, Mitchell A. **Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage**. Emory University School of Law University of Virginia Faculty Workshop, 2004.

LEBLANG, Stuart E. **International Double nontaxation**. Tax Notes International Magazine. July 20,1998.

RING, Diane M. **One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage**. Boston College Law School, Boston: 2002.

THURONYI, Victor. **Internacional Tax Cooperation and a Multilateral Treaty**. Symposium on Internacional Tax Policy in the New Millennium Brooklyn Journal of Internacional Law, Brooklyn - New York, 2001.

TORRÊS, Heleno. **Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.