



O IMPACTO DA NEUTRALIDADE FISCAL NA CRISE FINANCEIRA GLOBAL¹

THE IMPACT OF FISCAL NEUTRALITY IN THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS

Prof. Dr. Moris Lehner²

Resumo

Por neutralidade fiscal entende-se como sendo o objetivo de não influenciar as decisões (econômicas) de investimentos domésticos e estrangeiros, para que permaneçam inalteradas ou sejam minimamente afetadas pela tributação. A partir dessa perspectiva a neutralidade fiscal diz respeito ao contribuinte, seja ele indivíduo, empresa ou ainda uma multinacional. Neutralidade fiscal, intimamente ligada a esse conceito individual, proporciona a base para políticas fiscais internacionais, colocando em evidência questões que tratam da proteção a orçamentos nacionais através da tributação de rendimentos nacionais e estrangeiros. Sob esse ponto de vista, os conceitos da neutralidade fiscal são intrínsecos à atual crise financeira global – um desequilíbrio de orçamentos nacionais. Ao focar em tributação, a questão que se coloca é se princípios básicos da neutralidade fiscal internacional e concorrência fiscal podem auxiliar a amenizar a presente crise financeira global.

Palavras-chave: Direito tributário; Neutralidade fiscal; Crise financeira mundial.

Abstract

By fiscal neutrality we understand the objective of not influencing (economic) decisions of domestic and supranational investments, so that they are unaltered or minimally affected by taxation. In this perspective of fiscal neutrality refers to the taxed subject, both as individual as an enterprise as well as a corporation. Fiscal neutrality, intimately linked to this individual concept, it serves as base for international fiscal policies, putting in evidence questions of protection of national budgets trough taxation of national and foreign revenue. In this optic, the concept of fiscal neutrality is intrinsic to the current global financial crisis – an unbalancing of national budgets. In focusing on taxation the question put forth is if the basic principles of international fiscal neutrality and fiscal competition may help meliorate the current global financial crisis.

Keywords: Tax law; Fiscal neutrality; International fiscal crisis.

I INTRODUÇÃO

O tema neutralidade fiscal³ abrange a tributação no contexto econômico⁴. Por neutralidade fiscal entende-se como sendo o objetivo de não influenciar as decisões

¹ Artigo recebido em: 12/07/2012. Pareceres emitidos em: 29/09/2012 e 02/10/2012. Aceito para publicação em: 12/11/2012.

² Ludwig-Maximilians-Universidade de Munique. E-mail: <moris.lehner@jura.uni-muenchen.de>



(econômicas) de investimentos domésticos e estrangeiros, para que permaneçam inalteradas ou sejam minimamente afetadas pela tributação⁵. A partir dessa perspectiva a neutralidade fiscal diz respeito ao contribuinte, seja ele indivíduo, empresa ou ainda uma multinacional. Intimamente ligada a esse conceito individual, proporciona a base para políticas fiscais internacionais, colocando em evidência questões que tratam da proteção a orçamentos nacionais através da tributação de rendimentos nacionais e estrangeiros⁶. Sob esse ponto de vista, os conceitos da neutralidade fiscal são intrínsecos à atual crise financeira global – um desequilíbrio de orçamentos nacionais. É redundante dizer que uma tributação eficaz aliada à contenção de despesas são fundamentais para um orçamento equilibrado. Ao focar em tributação, a questão que se coloca é se princípios básicos da neutralidade fiscal internacional e concorrência fiscal podem auxiliar a amenizar a presente crise financeira global.

II DEFINIÇÃO GERAL DA NEUTRALIDADE FISCAL (EFICIÊNCIA ECONÔMICA E EQUIDADE LEGAL)

Por neutralidade fiscal entende-se como sendo o objetivo de não influenciar as decisões (econômicas) de investimentos domésticos e estrangeiros, para que permaneçam inalteradas ou sejam minimamente afetadas pela tributação⁷. Até agora,

³ Klaus Vogel, *World-wide versus Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Argument*, Intertax 1988, 135; Wolfgang Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, World Tax Journal 2009, Part I, 67 et seq.; Part II 2010, 65 et seq.; Part I 227 et seq.; Ken Messere, *Tax Policy in OECD Countries*, 1993, 110 et seq.; Eric Kemmeren, *Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax treaty Policy*, in: Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.) *Tax Treaties*, Amsterdam 2010, p. 237 et seq.; Mihir Deasai/James Hines, *Evaluating International Tax Reform*, National Tax Journal 2003, 487 et seq.; Mihir Desai/James Hines, *Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting*, National Tax Journal 2004, 937 et seq.; Daniel Shaviro, *Decoding the U.S. Corporate Tax*, Washington 2009, 122 et seq.; Fadi Shaheen, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, Virginia Tax Review 2007, 205 et seq.; Guglielmo Maisto, *Credit versus Exemption under Domestic Tax Law and Treaties*, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 319 et seq.

⁴ Cf. Eric Kemmeren, *Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax treaty Policy*, in: Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 237 et seq.; Pasquale Pistone, *Tax Treaties with Developing Countries: A Plea for New Allocation Rules and a Combined Legal and Economic Approach*, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 413 et seq.

⁵ Wolfgang Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 71; Ken Messere, *Tax Policy in OECD Countries*, Amsterdam 1993, 110 et seq.

⁶ Ver *Commission of the European Communities*, *Promoting good Governance in Tax Matters*, COM (2009) 201 final: With the current financial and economic crisis, national budgets and tax systems are under increased threat and the need for international tax cooperation and common standards (i.e. "good governance in the tax area") has become a regular feature of international discussions.

⁷ Wolfgang Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 71; Ken Messere, *Tax Policy in OECD Countries*, Amsterdam 1993, 110 et seq.



existem dois aspectos principais da neutralidade fiscal. O primeiro trata da *eficiência*, fortemente relacionada ao objetivo da não distorção econômica. O segundo trata da *equidade*, que é um aspecto legal, visando fundamentalmente a não discriminação e a não restrição⁸. A eficiência baseia-se no pressuposto de que a produtividade é maior quando os rendimentos de produção são determinados pelos mecanismos de mercado, sem a intervenção do estado. Tal pressuposto demonstra que a distinção entre eficiência (econômica) e equidade legal é bastante teórica, uma vez que as leis, especialmente tributárias, sempre influenciarão as decisões econômicas dos investidores. A verdadeira contribuição da neutralidade fiscal em termos de equidade (legal) parece ser a ênfase que coloca sobre a não discriminação e a não restrição. A partir, entretanto, desta dupla perspectiva, eficiência econômica e equidade legal podem divergir se, por exemplo, um país proporciona determinados incentivos fiscais para determinados tipos de contribuinte.

II O IMPACTO DA JURISDIÇÃO TRIBUTÁRIA E DOS REGULAMENTOS DE ORIGEM

Em situações transfronteiriças, a neutralidade fiscal está intimamente ligada à jurisdição tributária⁹. Em um entendimento mais amplo, a jurisdição tributária é a ampliação da soberania nacional e internacional de um país. Observando mais atentamente, percebe-se que a jurisdição tributária foca na atribuição de direitos para tributar de acordo com os regulamentos de origem nacional e internacional. Portanto, para que a jurisdição possa impor o tributo, é necessário que se baseie em informações pessoais referentes à residência, endereço atual, cidadania, estabelecimento e sede da direção ou que se baseie no vínculo territorial da base tributária (fonte de rendimentos).

Considerando tais premissas, a tributação com base na residência, em geral, abrange rendimentos universais (responsabilidade fiscal ilimitada) enquanto que a tributação baseada na fonte de rendimentos é geralmente restrita ao território de origem de rendimentos específicos (responsabilidade fiscal limitada). Responsabilidade fiscal limitada é normalmente entendida por tributação de acordo com o princípio da territorialidade. Entretanto, analisando o significado mais especificamente, a tributação

⁸ Critical about this distinction: *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Argument, Intertax 1988, 135 et seq.

⁹ See *David Rosenbloom*, US Source Rules: Building Blocks of Cross-border Taxation, BIFD 2006, 386 et seq.



de acordo com o princípio da territorialidade qualifica tributação restrita aos residentes em seus rendimentos provenientes do seu país de domicílio, em oposição à regra geral a qual o estado tributaria os residentes em seus rendimentos universais¹⁰.

1 A PERSPECTIVA NACIONAL DE COOPERAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA SOBRE REGULAMENTOS DE ORIGEM

É necessário que se definam regulamentos de origem a partir de uma perspectiva nacional de cooperação transfronteiriça, para que se estabeleça a origem de tributação na esfera de responsabilidade fiscal limitada (perspectiva interior). E também para que se definiam quais os rendimentos estrangeiros para fins de créditos fiscais (perspectiva exterior). Estas duas perspectivas prescindem de diferentes regulamentos de origem. Segundo *David Rosenbloom*¹¹:

“Em se tratando de estrangeiros, os regulamentos de origem servem como um filtro para a assertiva da jurisdição tributária. No contexto de créditos fiscais estrangeiros, os regulamentos de origem respondem à questão de quando os Estados Unidos irão postergar as contestações legítimas de outras autoridades de tributação”.

Isto ocorre pelo fato de que, o exercício da jurisdição tributária de acordo com estas regras, no final das contas, precisa não apenas de justificção econômica, mas também, legal. Finalmente, no que tange os acordos de tributação, um consenso bilateral é necessário. Há ainda requisitos legais na legislação europeia que requerem a não discriminação e a não restrição¹².

2 A PERSPECTIVA DO TRATADO FISCAL SOBRE REGULAMENTOS DE ORIGEM

No contexto da legislação do tratado fiscal, os estados limitam suas jurisdições para tributar, modificando seus regulamentos de origem nacional com a finalidade de evitar uma dupla tributação (dupla não tributação¹³). A diferença entre o país de domicílio e o país de origem parece bem clara no âmbito teórico, entretanto é bastante

¹⁰ *Moris Lehner/Ekkehart Reimer*, Generalthema I: Quelle versus Ansässigkeit - Wie sind die grundlegenden Verteilungsprinzipien des Internationalen Steuerrechts austariert?, IStR 2005, 542.

¹¹ *David Rosenbloom*, US Source Rules: Building Blocks of Cross-border Taxation, IBFD 2006, 386.

¹² Cf. *Ben Terra/Peter Wattel*, European Taxation, 5th ed. 2008, p. 29 et seq. See also for an overview about EU tax law on direct taxation: *Marjaana Helminen*, EU Tax Law – Direct Taxation, Amsterdam 2011; *Michael Lang/Pasquale Pistone/Josef Schuch/Claus Staringer* (eds.), Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2nd ed. Vienna 2010.

¹³ See *Michael Lang*, CDFI 89a, 2004, p. 21 et seq.



problemática. Modificar os regulamentos de origem em base bilateral para fins de tratado fiscal, revela os problemas de se definir regulamentos de origem desde o princípio, ou seja, a partir de uma perspectiva nacional. O saudoso *Klaus Vogel*¹⁴, amigo e colega de *Tadashi Murai*, dizia que o “País de Domicílio” pode muito bem ser o “País de Origem” – Não há nenhuma contradição nisso”, ao descrever sua posição conforme afirmação a seguir: a origem dos rendimentos deveria ser estabelecida no local de residência do credor, no local de residência do devedor ou onde o banco que transfere os recursos está estabelecido? Há ainda outros problemas ocultos na definição de origem¹⁵. Um dos problemas está relacionado às operações de alocação de lucros, sujeitos aos preços de transferência do cenário multinacional. *Wolfgang Schön*¹⁶ observa uma “erosão no conceito de origem”, ao comentar que qualquer empresa que opera em território político ou geográfico, não apenas se utilizará do fornecimento interno e externo daquele território, como também oferecerá serviços a clientes internos e externos àquele território.

Estes são apenas alguns exemplos de como as regras de alocação de rendimentos do tratado fiscal nem sempre refletem a realidade. Isto evidencia o simples fato de que não há realidade ou, no mínimo, uma realidade a qual ambas as partes do tratado poderiam concordar. Outras razões da ausência de regulamentos de origem “reais” são explicadas pelo fato de que os estados podem querer eliminar uma tributação transfronteiriça conforme suas orientações políticas. Podem querer incentivar investimentos ou ter outras diretrizes do emprego da jurisdição tributária em seus tratados. Além disso, existem ainda diretrizes, recomendações e regras de origem multilateral como o Modelo de Convenções emitido pela OCDE, a ONU e os EUA. Há também quadros regulamentares estabelecidos pela OMC, o NAFTA e o MERCOSUL. No que diz respeito à Europa, a legislação da União Europeia reforça o caráter não discriminatório e de não restrição às questões internacionais de tributação¹⁷.

O que é válido para a “erosão do conceito de origem” também é válido para a “erosão do conceito de domicílio” - não apenas em situações de domicílio duplo, como também no caso do estabelecimento de empresas multinacionais e suas subsidiárias

¹⁴ *Klaus Vogel*, “State of Residence” may as well be “State of Source” – There is no Contradiction, BIFD 2005, 420; *Moris Lehner/Ekkehart Reimer*, Generalthema I: Quelle versus Ansässigkeit - Wiesind die grundlegenden Verteilungsprinzipien des Internationalen Steuerrechts austariert?, IStR 2005, 542 et seq.

¹⁵ Ver *Eric Kemmeren*, Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea of an Origin-Based Approach, Bulletin for International Taxation 2006, 430.

¹⁶ *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 68 et seq.

¹⁷ Cf. *Ben Terra/Peter Wattel*, European Taxation, 5th ed. Alphen van den Rijn 2008, p. 29 et seq.



cujos acionistas (indivíduos ou empresas relacionadas) encontram-se em países diferentes.¹⁸ Por fim, há a concorrência fiscal entre os estados, que gera desvios nos conceitos básicos de tributação internacional¹⁹.

IV CONCEITOS DA NEUTRALIDADE FISCAL INTERNACIONAL

O que se sabe sobre conceitos de neutralidade fiscal é influenciado por problemas para definir regulamentos de origem e vice versa.

Tais conceitos são: neutralidade da exportação de capitais (NEC), neutralidade da importação de capitais (NIC) e neutralidade de propriedade do capital (NPC). Existindo ainda conceitos de neutralidade tributária nacionais, internacionais, entre – nações e mundiais²⁰; além de novos conceitos como: neutralidade de importação de serviços e de capitais (NISC) e neutralidade de exportação de serviços e de capitais (NESC)²¹. Todos os conceitos de neutralidade tendem a melhorar a eficiência econômica como políticas de tributação internacional.²² Entretanto, deve-se ter em mente que a discussão sobre neutralidade fiscal é focada na tributação. Isto quer dizer que obrigações fiscais não são os únicos critérios em termos de neutralidade e eficiência. É uma questão que não requer elaboração, mas devemos mencionar que o ato de perturbar a neutralidade fiscal pode ser compensado por vantagens financeiras, assim como uma neutralidade fiscal existente pode ser afetada por desvantagens financeiras²³. Outra afirmação importante que a ser feita, deve-se ao fato de que os conceitos de neutralidade fiscal são altamente disputados²⁴. Finalmente, considerando tributação corporativa, o assunto é bastante complexo. Isto se deve ao fato de que é necessário discernir entre um nível de corporação e um nível de investidor em cenários bilaterais e multilaterais. E os investidores podem ser contribuintes individuais ou

¹⁸ *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 68 et seq.

¹⁹ Ver infra VI.

²⁰ Ver *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Argument, *Intertax* 1988, 139 et seq.

²¹ *Eric Kemmeren*, Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy, in Lang/ Pistone/ Schuch/ Staringer/Storck/ Zagler (eds.), loc. Cit., p. 237 et seq.; *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937 et seq.

²² *FadiShaheen*, International Tax Neutrality: Reconsiderations, *Virginia Tax Review* 2007, 206.

²³ *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income-A Review and Re-evaluation of Argument, *Intertax* 1988, 135, 138 et seq.

²⁴ Ver reference in note 1, 2.



corporações²⁵. Então estes são problemas que não podem ser resolvidos por uma contribuição que está fada a ser pequena.

1 NEUTRALIDADE DA EXPORTAÇÃO DE CAPITAIS (NEC)

Conforme introdução de *Richard Musgrave*²⁶, desenvolvida por ele e *Peggy Musgrave*²⁷, a neutralidade da exportação de capitais exige que o investidor pague os tributos domésticos e os estrangeiros, quer receba um investimento do exterior ou de origem doméstica. Segundo *Desai e Hines*²⁸, neutralidade da exportação de capitais promove o “bem-estar mundial”. Num cenário ideal, um sistema de tributação de residentes com créditos fiscais estrangeiros, satisfaria a neutralidade da exportação de capitais sob a condição de que os tributos do país de domicílio não são maiores do que aqueles cobrados no país de origem. Outro cenário ideal para alcançar a neutralidade da exportação de capitais, exigiria que o país de origem renunciasse à tributação se o país de domicílio tributasse rendimentos universais²⁹. Sob um sistema de alíquotas de tributação igualitário para investimentos domésticos e estrangeiros, investidores que pretendem maximizar seus ganhos pós-tributação, podem também maximizá-los na pré-tributação³⁰. Neste cenário ideal, a tributação não influenciaria na decisão de investir no país de domicílio ou no país de origem. Mas novamente: estes são cenários ideais que não existem no mundo real - de limitações de crédito e de cada país. Por último, mas não menos importante, países de crédito como os Estados Unidos interferem em seu sistema, permitindo que o contribuinte adie parte do pagamento da tributação doméstica de certos rendimentos estrangeiros não repatriados³¹.

²⁵ Ver *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 78 et seq.; *Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 119 et seq.

²⁶ *Richard Musgrave*, Criteria for foreign tax credit, in *Taxation and Operations Abroad*, Symposium Princeton 1960, p. 83; see *Daniel Shaviro*, Rethinking Foreign Tax Creditability, in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler* (eds.), loc. Cit., p. 363, 376 et seq.; *Daniel Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 122 et seq.

²⁷ *Peggy Richman (Musgrave)*, *Taxation of Foreign Income: An Economic Analysis*, Baltimore 1963.

²⁸ *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937, 955.

²⁹ *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 79.

³⁰ *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937, 955.

³¹ Ver *Mihir Desai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, *National Tax Journal* 2003, 487, 491.



2 NEUTRALIDADE DA IMPORTAÇÃO DE CAPITAIS (NIC)

Ao contrário da neutralidade da exportação de capitais, que exige que o retorno sobre o capital seja tributado em mesmo valor, independentemente se o investimento foi feito no país de domicílio ou no país de origem, a neutralidade de importação de capitais visa à tributação, não importando o domicílio do investidor. Para obter a neutralidade de importação de capitais, o país de domicílio deve abster-se da tributação dos rendimentos estrangeiros e o país de origem deve assegurar as mesmas alíquotas de tributos para investidores nacionais e internacionais, conforme o princípio da não discriminação³². *Desai e Hines*³³ destacam que uma tributação com base na origem é consistente com a neutralidade de importação de capitais se as alíquotas de tributos para rendimentos individuais forem harmônicas, assegurando que a combinação de carga tributária sobre poupança e investimentos não seja diferente entre investidores residindo em países diferentes.

3 NEUTRALIDADE DE PROPRIEDADE DE CAPITAIS (CON)

*Desai e Hines*³⁴ introduziram o conceito de neutralidade de propriedade do capital em 2003, ao definir neutralidade fiscal do ponto de vista da propriedade de capital em uma situação de investimento estrangeiro direto (IED). A neutralidade de propriedade do capital é desencadeada pelo pressuposto de que uma empresa multinacional, devido ao seu potencial mundial, pode ser mais produtiva do que uma empresa nacional. *Devereux*³⁵ utiliza um bom exemplo para ilustrar este conceito: Suponha que um investidor A (multinacional) fez melhor uso de seus ativos no país A comparado ao investidor B - o proprietário atual daquele ativo no país B. Na ausência de outros fatores e tributos (!) haveria uma melhoria dos resultados mundiais, se o investidor A comprasse e utilizasse os ativos utilizados e pertencentes ao investidor B.

³² Ver *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income-A Review and Re-evaluation of Argument, *Intertax* 1988, 135 and further reference in note 1.

³³ *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937, 955.

³⁴ *Mihir Desai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, *National Tax Journal* 2003, 487 et seq.; Harvard NOM Research Paper No. 03-48.

³⁵ *Michael Devereux*, Taxation of Outbound Direct Investment: Economic Principles and Tax Policy Considerations, Oxford University Centre for Business Taxation, WO 08/24, 1, 9; for another example see *Daniel Shaviro*, *Decoding the U.S. Corporate Tax*, Washington 2009, 125.



A neutralidade de propriedade do capital segundo *Desai* e *Hines* sugere que o sistema de tributação não impeça A de adquirir os ativos de B. Tal eficiência em termos de neutralidade de propriedade do capital deverá apenas ser determinada pelas diferenças de produção e não por diferenças de tributos. Decorre que, o sistema de tributação torna este tipo de eficiência ainda maior se encorajar (ou, ao mínimo, não impedir) o proprietário dos ativos mais produtivos, fornecendo a neutralidade de propriedade do capital³⁶. Esta meta poderia estar alinhada com a neutralidade de importação de capitais se todos (!) os países isentassem rendimentos estrangeiros, pois, diferentes alíquotas de tributos fora do país onde o investimento é feito, não interfeririam nas decisões de investimento do país de origem. Todavia, a neutralidade de propriedade do capital poderia também estar alinhada com a neutralidade da exportação de capitais se todos (!) os países tributassem rendimentos estrangeiros em bases universais e permitissem créditos fiscais estrangeiros. Entretanto, é fato que sob a neutralidade da exportação de capitais, a carga tributária total que incide em investimentos domésticos e estrangeiros varia entre diferentes contribuintes que se deparam com diferentes alíquotas de tributos em seus países³⁷.

4 NEUTRALIDADE NACIONAL (NN)

Contrário aos conceitos de neutralidade da exportação de capitais, neutralidade de importação de capitais e neutralidade de propriedade do capital que tentam otimizar os rendimentos de tributos e lucros de situações transfronteiriças, a (eficiência da) neutralidade nacional restringe sua perspectiva ao bem-estar nacional em termos de rendimentos de tributos e lucros de empresas nacionais³⁸. A neutralidade nacional poderia ser obtida deduzindo da base tributária os tributos do país de origem, tratando assim os tributos do país de origem como qualquer outro

³⁶ *MihirDeasai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, National Tax Journal 2003, 487, 494.

³⁷ *MihirDeasai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, National Tax Journal 2003, 487, 494 f.; *Daniel Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 125 et seq.; *GuglielmoMaisto*, Credit versus Exemption under Domestic Tax Law and Treaties, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 319, 325.

³⁸ *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 83; *Daniel Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 128 et seq.



custo. Rendimentos universais seriam tributados sem postergação nem créditos fiscais estrangeiros.

5 NEUTRALIDADE ENTRE- NAÇÕES

Em termos gerais, a neutralidade entre-nações³⁹ é baseada em considerações de equidade. Requer que o investidor que obtêm vantagens dos bens públicos do país de origem, não tenha que arcar com uma carga tributária maior do que qualquer outro que se utiliza de tais bens, na mesma medida. A tributação universal não é consistente com esta meta. A neutralidade entre-nações pode ser obtida ao limitar que cada país tribute rendimentos de origem doméstica, que estariam alinhados com o princípio do benefício⁴⁰.

V OBJETIVOS ADICIONAIS

Retornando à questão de se os conceitos de políticas fiscais em termos de neutralidade fiscal internacional poderiam apoiar esforços para resolver a crise financeira global, faz-se necessário definir alguns objetivos adicionais.

1 CONCORRÊNCIA ORIENTADA AO BEM-ESTAR

O objetivo maior é reduzir a dívida nacional gastando menos, todavia, isto não se trata de tributação. Seguindo seu propósito principal, a tributação pode ajudar a elevar os rendimentos de um país, desde que haja infraestrutura econômica e legal que permita a indivíduos e corporações gerarem rendimentos. Além disso, elevar receitas públicas pela tributação requer uma concorrência orientada ao bem-estar e boa governança em questões de tributos⁴¹. Para atingir tais metas, são necessários esforços baseados na justiça entre os estados e entre os contribuintes, conforme diretrizes gerais de não discriminação e não restrição. Se isto puder ser realizado, países que são economicamente fracos poderiam depender menos daqueles que são

³⁹ Ver *Klaus Vogel*, *World-wide versus Source Taxation of Income-A Review and Re-evaluation of Argument*, *Intertax* 1988, 139 et seq.

⁴⁰ Passing criticism on this principle in the context of international tax neutrality: *Wolfgang Schön*, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, *World Tax Journal* 2009, Part I, 75 et seq.

⁴¹ Ver *Commission of the European Communities*, *Promoting good Governance in Tax Matters*, COM (2009) 201 final.



economicamente fortes. Curiosamente, há velhos e novos avanços na legislação do tratado fiscal, que devem ser considerados neste contexto.

2 CORRESPONDÊNCIA DE CRÉDITOS E POUPANÇA DE TRIBUTOS

Em termos de neutralidade fiscal, problemas na esfera de proteção de rendimentos tem sido discutidos e implementados em tratados de tributos que dizem respeito às relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Estes são métodos de ‘correspondência de créditos’ e de ‘poupança de tributos’⁴². Ao empregar tais métodos em seus tratados com países em desenvolvimento, os países desenvolvidos respeitariam incentivos tributários específicos ou níveis baixos de tributos dos países em desenvolvimento, concedidos por estes com a finalidade de se tornarem atrativos aos investimentos estrangeiros. Através de tais métodos, países desenvolvidos com tributos elevados, concederiam créditos fiscais gerais ou específicos – de custo normalmente mais elevado se fossem pagos no país em desenvolvimento – a fim de prevenir que tais vantagens sejam desviadas se concedessem créditos à um tributo baixo do que à um tributo elevado, no país de domicílio.

Mas estas são expectativas claras do método de crédito que, em sua estrutura básica, tem efeito protecionista nos rendimentos do país de origem, se os tributos forem mais baixos em comparação aos tributos do país de domicílio. Evidentemente que isto muda se os tributos do país de domicílio são menores do que as alíquotas de tributos do país de origem.

No que diz respeito ao investidor, o método de concessão de crédito limita o investidor a um país de origem com baixos tributos, mas ao menos não discrimina o contribuinte domiciliado que investe no estrangeiro se comparado a um contribuinte domiciliado que investe em seu país. Entretanto, esta vantagem desaparece em países de origem com tributos elevados – situação de tributos baixos do país de domicílio. O mesmo é válido para compensação de perdas estrangeiras no país de domicílio. Ainda com relação à perspectiva do contribuinte, *Klaus Vogel*⁴³ demonstrou que o método de concessão de crédito é baseado no falso pressuposto de que tributar rendimentos em

⁴² Ver *OECD, Tax Sparring: A Reconsideration*, Paris 1998.

⁴³ *Klaus Vogel*, Über „Besteuerungsrechte“ und über das Leistungsfähigkeitsprinzip im Internationalen Steuerrecht, in: *Festschrift für Franz Klein*, Köln 1994, 361, 370 et seq.



bases universais é uma exigência da tributação, de acordo com o princípio da igualdade dos termos da capacidade de pagamentos. Por outro lado, ele afirma que este princípio poderia também ser aplicado sob a tributação do país de origem.

3 ISENÇÃO COMO DENOMINADOR COMUM

Conforme visto anteriormente, embora altamente disputada⁴⁴, a isenção no país de domicílio é um denominador comum da neutralidade de importação de capitais e da neutralidade de propriedade do capital. Sem me estender muito sobre o assunto, em função das questões que a alocação de lucros traz,⁴⁵ e com relação à diferenciação entre investimento direto e carteiras de investimento⁴⁶, ambas, neutralidade de importação de capitais e neutralidade da exportação de capitais, tendem a promover concorrência leal no país de origem. Do ponto de vista do contribuinte, parece vantajoso sob a condição de que a isenção seja apoiada pela ausência de outras restrições em seu país de domicílio ou qualquer outro tratamento (não discriminatório) no país de origem. Mas do ponto de vista do país, na situação de isenção pura, o país de domicílio se veria na posição de não ter compensação suficiente para a quota que fornece, em termos de infraestrutura econômica e legal, para o residente que investe no estrangeiro e que se beneficia das vantagens do país de domicílio. Além do mais, investimentos feitos no estrangeiro são investimentos que não são feitos no país de domicílio, gerando, portanto, um efeito negativo nas receitas públicas do país de domicílio. Ao observar o país de origem, baixas alíquotas de tributos que atrairiam investimentos, teriam, por outro lado, efeitos negativos nos rendimentos. Isto enfraqueceria a infraestrutura e também causaria grave concorrência fiscal, numa corrida 'ao preço mais baixo'. Este tem sido claramente, o caso da Irlanda.

⁴⁴ Ver reference in note 1.

⁴⁵ Ver *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 105 et seq.

⁴⁶ Ver *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part II, 65, 70 et seq.



VI A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

A concorrência leal dentro do Mercado Comum tem sido a maior meta da comunidade desde 1957, quando o tratado foi promulgado. Infelizmente, entretanto, foi atribuída à Comunidade uma competência específica no campo da tributação⁴⁷. Isto é válido até hoje. Apesar destas restrições, há alguns avanços importantes que posteriormente podem ser considerados como diretrizes na esfera da neutralidade fiscal internacional.

1 CONCORRÊNCIA FISCAL E O CÓDIGO DE CONDUTA

A fim de superar o obstáculo da falta de competência específica no domínio da tributação, a Comissão, ao final dos anos 90, deu início à sua política de concorrência fiscal entre os países membros com a finalidade de baixar as obrigações fiscais e alcançar um equilíbrio entre níveis de tributos e bens públicos⁴⁸. A Comissão acreditava que a “concorrência entre diferentes economias constituiria um estímulo poderoso para a aproximação de legislações nacionais que, juntamente com o campo da tributação e a formação gradual de um mercado interno, ampliariam este fenômeno”⁴⁹.

Infelizmente, esta política resultou em uma concorrência fiscal nociva que requer medidas de retaliação. Um “instrumento” para atacar os efeitos desta concorrência fiscal prejudicial, foi o Código de Conduta que foi introduzido no Conselho Europeu em 1997⁵⁰. De acordo com este Código, níveis de tributação significativamente mais baixos, incluindo tributação zero, do que níveis geralmente empregados devem ser considerados potencialmente nocivos. Ao avaliar se tais medidas são prejudiciais ou não, o Código exige que os seguintes termos sejam considerados, entre outros:

- se vantagens tributárias são concedidas apenas à não residentes;
- se vantagens são circunscritas ao mercado doméstico;
- se vantagens tributárias são concedidas por um país desprovido de uma atividade econômica real ou presença econômica substancial;

⁴⁷ Ver Article 93 of the EC Treaty.

⁴⁸ Ver *Wolfgang Schön*, Tax Competition in Europe, Amsterdam 2003, General Report, 1, 6 et seq.; *Moris Lehner*, Wettbewerb der Steuersysteme, *StuW* 1998, 159 et seq.

⁴⁹ *Commission of the European Communities*, SEC (90) 601 final, Guidelines on Company Taxation, April 20th, 1990 no 32.

⁵⁰ Official Journal of the European Communities, C 2/1, 6.1.1998.



- se as regras de determinação de lucros referentes às atividades de um grupo multinacional se afastam dos princípios internacionalmente aceitos, isto é, evidentemente as regras acordadas segundo a OCDE;
- se as medidas de tributação não têm transparência.

A Comissão da União Europeia, em Comunicado ao Conselho para “Promover a Boa Governança em Questões Tributárias”⁵¹ afirma que, sob o Código que se aplica tanto aos Países Membros quanto aos seus dependentes e territórios associados, mais de 400 medidas de tributação foram apreciadas e destas, mais de 100 sendo consideradas prejudiciais, foram removidas ou sofreram emendas.

2 LIBERDADES BÁSICAS E DUPLA TRIBUTAÇÃO

Em função da falta de competência específica no campo da tributação direta, as Liberdades Básicas que abrangem a não discriminação e a não restrição, de acordo com a interpretação do Tribunal de Justiça Europeu, tiveram grande importância nesta área⁵². As liberdades básicas trouxeram ajustes profundos à tributação de não residentes em relação à tributação de residentes dos países membros da União Europeia. Ao contrário destes avanços, o TJE é bastante relutante no campo da dupla tributação⁵³. Isto confronta a clara obrigação dos estados-membros de abolir a dupla tributação, conforme Artigo 220 do Tratado da União Europeia⁵⁴. Embora esta obrigação explícita não esteja mais incluída no presente tratado⁵⁵, não há dúvida de que, a dupla tributação coloca-se como obstáculo às liberdades de mercado⁵⁶ e aos conceitos de neutralidade fiscal⁵⁷. Destes fatos surge a dúvida de que a legislação Europeia, em termos de não discriminação e não restrição, poderá favorecer algum conceito específico de neutralidade fiscal internacional. Em um primeiro momento, pode causar espanto que a dupla tributação como tal não interfira nos princípios básicos de não discriminação e não restrição: ao tributar seus residentes em bases

⁵¹ *Commission of the European Communities, Promoting good Governance in Tax Matters COM (2009) 201 final, 2.1.; 3.2.*

⁵² Ver reference in note 10.

⁵³ Ver for an overview of the case law of the ECJ *Sandra Eden*, The Obstacles Faced by the European Court of Justice in Removing the “Obstacles” Faced by the Taxpayer: the Difficult Case of Double Taxation, BTR 2010, 610 et seq.

⁵⁴ Ver *MorisLehner*, Avoidance of Double Taxation within the European Union: Is there an obligation under EC Law?, in Lang/Schuch/Staringer (eds.) loc. Cit., p. 11 et seq.

⁵⁵ Ver *MorisLehner*, A Significant Omission in the Constitution for. Europe?, BTR 2005, 337 et seq.

⁵⁶ Ver *Moris Lehner*, Avoidance of Double Taxation within the European Union: Is there an obligation under EC Law?, in Lang/Schuch/Staringer (ed.), loc. Cit., p. 11 et seq.

⁵⁷ Ver supra IV



universais, o país de domicílio, a partir de uma perspectiva estritamente nacional, não viola as provisões Europeias de não discriminação ao tributar residentes em seus rendimentos estrangeiros, porque tributaria também residentes em seus rendimentos domésticos. Por outro lado, o país de origem, ao tributar não residentes em seus rendimentos do país de origem, não viola a proibição da discriminação, porque não diz que residentes também são tributados em seus rendimentos domésticos⁵⁸. Visto de uma ampla perspectiva transfronteiriça, o TJE concluiu que o princípio da não restrição seria violado se o contribuinte tiver que arcar com uma carga no país de origem e arcar com uma carga similar no país de residência, sendo obrigado, por exemplo, a quitar obrigações fiscais com ambos os países.⁵⁹ Do ponto de vista da legislação Europeia, ao observar os métodos para evitar a dupla tributação⁶⁰, não há dúvida de que a tributação em bases universais, aliada ao impedimento da dupla tributação que concede créditos aos tributos do país de origem, tem um efeito protecionista nos rendimentos do país de domicílio se os tributos do país de origem são mais baixos quando comparados aos tributos do país de domicílio⁶¹. Tal efeito, em termos de legislação Europeia, não é consistente com o princípio da não restrição. Pelo contrário, enquanto a esquiva da não restrição da dupla tributação estiver em jogo, a isenção torna-se muito mais alinhada com a meta. Isto leva a conclusão de que a neutralidade de importação de capitais está alinhada com os princípios da legislação Europeia, enquanto que o crédito orientado à neutralidade da exportação de capitais não está, uma vez que as alíquotas de tributos dos países de domicílio são mais elevadas que as do país de origem.

VI COMPROMISSO AO INVÉS DE SOLUÇÃO

Não há uma solução perfeita porque existem muitos jogadores (países e contribuintes), muitos jogos (esquemas de investimento transfronteiriço), muitos árbitros (tribunais) e, finalmente, muitos 'fazedores-de-regras' (conselhos legislativos nacionais e supranacionais) que teriam de concordar com e cumprir com as soluções internacionais. Ainda sim, apesar destes obstáculos, uma concorrência justa e leal,

⁵⁸ Ver *MorisLehner*, Avoidance of Double Taxation within the European Union: Is there an obligation under EC Law?, in Lang/Schuch/Staringer (ed.), loc. Cit., p. 16 et seq.

⁵⁹ *ECJ*, C-250/95, *Futura Participations*, ECR 1977 I-2471, para 23, 43.

⁶⁰ Ver *WalterLoukota*, The Credit Method and Community Law, in Lang/Schuch/Staringer, loc. Cit., p. 125 et seq.; *Michael Schilcher*, Exemption Method and Community Law, in Lang/Schuch/Staringer, loc. Cit., p. 151 et seq.

⁶¹ Ver supra 2.



juntamente com fins lucrativos ao contribuinte e aos rendimentos dos países, devem ser observados como diretrizes básicas. Apesar de origem e domicílio não serem mais critérios confiáveis para alocação de rendimentos,⁶² estes ainda são conceitos que permitem determinar ao país de origem e domicílio uma base de compromisso que reflete acordos de dupla tributação e esforços que visam chegar à termos comuns em questões de transferências de preços. Neste cenário, a neutralidade de importação de capitais combinada à neutralidade de propriedade do capital do país de origem, parecer estar à frente da tributação em bases universais sob um sistema de crédito. Mas, para que se possa lidar com os efeitos negativos da isenção pura na esfera da concorrência fiscal, regras (“Código de Conduta”⁶³) são necessárias para que previnam a distorção causada por economias com tributos extremamente baixos, sem interferir nos elementos básicos de importação de capital e neutralidade de propriedade do capital.

Qualquer conceito de neutralidade fiscal internacional que visa concorrência justa entre os países membros e contribuintes, deve basear-se em e estar intimamente associada aos requisitos legais, materiais e de procedimento que já tenham sido alcançados ou que estão em processo de serem reconhecidos em níveis nacionais e supranacionais. Primeiramente, esta troca de informação entre a Europa e as práticas de tratados internacionais está a caminho de atingir um patamar de eficiência elevado.⁶⁴ Além disso, estas são regras de transferência de preços que podem ser utilizadas para alocar lucros em um cenário multinacional⁶⁵, e que tenta obter um ordenamento de regras⁶⁶ e esforça-se para estabelecer uma base tributária consolidada corporativa comum (BTCCC)⁶⁷. Regras anti-impedimento gerais e detalhadas são necessárias, mas deveriam ser elaboradas o mais especificamente possível, conforme o princípio da proporcionalidade.⁶⁸ Além disso, os países deveriam

⁶² Ver supra III.

⁶³ Ver supra VI.1.

⁶⁴ Ver *OECD Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Tax Transparency 2011: Report on Progress, 2011*; *Commission of the European Communities, Promoting good Governance in Tax Matters, COM(2009) 201 final, 2.1.*

⁶⁵ Ver *Luc Hinnekens, The International, European and Pluralistic Perspectives of Transfer Pricing Taxation*, in Hinnekens/Hinneken (eds.), *A Vision of Taxes within and outside European Borders*, Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, Aalphen aan den Rijn 2008, p. 511 et seq.

⁶⁶ Ver *Commission of the European Communities, Taxation Paper No 9/2009, The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*, written by Ana Agúndez-García, Luxembourg 2006.

⁶⁷ Ver *Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM(2011) 121/4.*

⁶⁸ Ver *Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: The application of anti-*



trabalhar para desenvolver soluções bilaterais e multilaterais ao invés das unilaterais, que podem violar as leis internacionais e as leis constitucionais nacionais em termos de sobreposição de tratados.⁶⁹ Finalmente, medidas tomadas por países desenvolvidos devem estar em conformidade com as necessidades dos países em desenvolvimento⁷⁰.

Desta forma, a isenção baseada na neutralidade fiscal internacional e justa concorrência fiscal poderiam apoiar esforços para resolver a crise financeira global. A proteção dos orçamentos nacionais⁷¹, o fortalecimento da isenção baseada na neutralidade fiscal internacional e a justa concorrência fiscal estariam alinhados com a tributação de acordo com o princípio do benefício.⁷² Apesar de suas deficiências⁷³, tributar segundo o princípio “*cada qual para seus próprios*” poderia ajudar a evitar competição nociva de rendimentos, ao promover o que poderia ser denominado como neutralidade de orçamento internacional ou neutralidade de rendimentos internacionais.

abuse measures in the area of direct taxation - within the EU and in relation to third countries, COM(2007) 785.

⁶⁹ Ver *Commission of the European Communities*, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: Co-ordinating Member State's direct tax systems in the Internal Market, COM(2006) 823.

⁷⁰ Ver *Allison Christians*, Global Trends and Constraints on Tax Policy in the Least Developed Countries, University of Wisconsin Law School, legal Studies Research Paper Series, Paper No. 1086 <http://ssrn.com/abstract=1445433>.

⁷¹ Ver supra I.

⁷² Ver supra IV. 5.

⁷³ *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 75 et seq.