

Concorrência Tributária Internacional por Investimentos*

Michael Rodi

*Professor Catedrático da Universidade Ernst-Moritz-Arndt de Greifswald (Alemanha).
Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Universidade de Munique.*

Resumo

Este artigo discute o tema da concorrência entre países que decorre do fato de que determinados sistemas tributários são orientados de forma a atrair investimentos estrangeiros produtivos. Apresentam-se as origens de tal fenômeno, seus principais efeitos e, principalmente, propõem-se medidas alternativas que podem ser adotadas pelos países envolvidos contra os efeitos negativos de tal concorrência.

Abstract

This article discusses the matter of competition among countries that is derived from the fact that some tax systems are developed in order to attract productive foreign investments. It presents the origins of such phenomenon, its main effects, and, mainly, proposes alternative measures that may be implemented by the affected countries to deal with the negative effects of such competition.

I. Questões Iniciais

1. Conceito de Concorrência Tributária Internacional

A globalização acarretou um aumento considerável na mobilidade dos fatores econômicos de produção (com a exceção do fato trabalho)¹. Por essa razão, elevaram-se particularmente os fluxos de investimento, mais especificamente também os investimentos diretos, assim como os investimentos de *portfolio*². Quanto a tais investimentos, os Estados têm interesses político-econômicos relevantes neles, especialmente porque promovem crescimento econômico e geração de emprego, mas também por causa das consequências tributárias positivas.

Para perseguir esses objetivos, os Estados podem se valer de diferentes instrumentos. Os efeitos positivos de investimentos decorrem de uma mão-de-obra bem qualificada, de uma boa infra-estrutura, de uma política econômica favorável a investimentos (desregulamentação) etc. Com relação a isso, não há dúvida de que também a configuração do ordenamento jurídico tributário tem uma importância

* “International Tax Competition for Investments”, primeira publicação de texto escrito em alemão, traduzido por Victor Borges Polizelli.

¹ Cf., por exemplo, MUTTI, John H. *Foreign Direct Investment and Tax Competition*, Washington DC, 2003, p. 13; RIXEN. “Taxation and Cooperation - International Action against harmful Tax Competition”, in: SCHIRM (coord.), *Globalization - State of the Art and Perspectives*, London, 2007, p. 61; KOESTER, Gerrit B. *Steuerwettbewerb - Eine ökonomische Perspektive*, Berlin, 2006, p. 6.

² KOESTER. *Op. cit.* (nota 1), p. 8 s.; GERKEN, Lüder; MÄRK, Jörg; SCHICK, Gerhard; *Internationaler Steuerwettbewerb*, Tübingen, 2000, p. 50 ss.; United Nations. *World Investment Report 2006 - FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, New York, 2006, p. 3 ss.

fundamental³. Disso decorre (sendo também comprovável empiricamente) que os Estados obviamente ajustam estrategicamente o formato de seu Direito Tributário com o propósito de estimular investimentos⁴. Pode-se observar que, ao lado de uma concorrência dos Estados por capital real e capital financeiro, há particularmente também uma concorrência por empresas multinacionais com funções empresariais específicas⁵; neste último caso, trata-se especialmente do uso de sociedades financeiras e intermediárias para se alcançar uma realocação dos lucros tributáveis em seu próprio país.

Disso decorre a concorrência tributária, mais especificamente internacional, tendo em vista que se trata de concorrência entre Estados soberanos. Há também concorrência entre nacionais, nas situações em que subdivisões de um Estado que detenham competência tributária entrem em concorrência entre si. Todavia, a presente análise limita-se a tratar das questões pertinentes à concorrência tributária internacional⁶.

2. Diferentes Avaliações da Concorrência Tributária Internacional

As opiniões a respeito das vantagens e desvantagens da concorrência tributária internacional divergem substancialmente. Uma avaliação do tema normalmente traz à tona correntes ideológicas básicas. Nesse sentido, é interessante notar que há uma tendência nos EUA de se enfatizarem as vantagens de tal concorrência e, na Europa, as desvantagens⁷. Parece que a avaliação também está sujeita a influências culturais.

Na seqüência são apresentadas inicialmente as correntes básicas de pensamento, antes que elas sejam empiricamente avaliadas no 3º item deste estudo.

a. Expectativas positivas associadas à concorrência tributária

De acordo com uma tese, especialmente desenvolvida por Tiebout⁸, atribui-se à concorrência tributária, assim como à concorrência de entidades econômicas no mercado, um efeito fundamental de acréscimo de bem-estar. Essa concepção,

³ MUTTI. *Op. cit.* (nota 1), p. 5 ss.; influência de diferenciais tributários em decisões de investimentos: DE MOOJ, R.A.; EDERVEEN, S. *Taxation and Foreign Direct Investment: a Synthesis of Empirical Research, International Tax and Public Finance* 10 (2003), p. 673 ss., encontraram, em um metaestudo, um valor médio de elasticidade da carga tributária por volta de -3,3% (i.é, um ponto percentual de redução na carga tributária do país receptor aumenta o investimento estrangeiro direto em tal país em 3,3%).

⁴ DEVEREUX, Michael; GRIFFITH, Rachel. *Evaluating Tax Policy for Location Decisions, International Tax and Public Finance* 10 (2003), p. 107 ss.

⁵ GERKEN/MÄRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 135 ss.

⁶ Quanto às questões de concorrência tributária nacional, cf. GOODSPEED, Timothy J. *Tax Competition, Benefit Taxes, and Fiscal Federalism, National Tax Journal*, 1998, p. 579 ss.; DEVEREUX/LOCKWOOD/REDANO, *Horizontal and Vertical Indirect Tax Competition: Theory and Some Evidence from the USA, Journal of Public Economics* 2007, p. 451 ss.; GRAZZINI, Lisa; PETRETTO, Alessandro, "Tax Competition between Unitary and Federal Countries", *Economics of Government*, 2007, p. 17 ss.

⁷ JANÉBA, Echard; SCHJELDERUP, Guttorm, *Why Europe should love Tax Competition - and the U.S. even more so, Discussion Paper* 23/04, Bergen, 2004, p. 2.

⁸ TIEBOUT, Charles M. *A Pure Theory of Local Expenditures, Journal of Political Economy*, 1956, p. 416 ss., - o argumento de votação com os próprios pés (*voting with one's feet*).

sobretudo nos tempos atuais, raramente é defendida de uma maneira generalizante⁹.

De qualquer forma, essa concepção não pode valer para todos os Estados, uma vez que em uma concorrência tributária há vencedores e perdedores. Nesse particular, a tendência é de que os vencedores sejam os Estados menores (e, antes até, os países em desenvolvimento), e os perdedores sejam os maiores Estados (e, antes, os países desenvolvidos)¹⁰; fala-se, em certa medida, de uma “concorrência tributária assimétrica”¹¹.

Um argumento eficaz para a concorrência tributária foi desenvolvido na economia neoclássica, especialmente por Brennan e Buchanan¹². A concorrência tributária conduz a uma delimitação do poder de tributar dos Estados (que, de outra forma, seria ilimitado), assim como a uma restrição de poder dos políticos¹³. Conseqüências positivas são uma delimitação da atividade estatal e do gasto público, bem como (do outro lado do orçamento) uma restrição da carga tributária e, se necessária, até mesmo uma redução da tributação¹⁴.

b. Temores associados à concorrência tributária

Essas esperanças atreladas à concorrência tributária internacional contra-põem-se a temores consideráveis. Assim, vê-se especialmente na concorrência tributária uma ameaça ao estado do bem-estar social¹⁵. As reduções forçadas de tributação poderiam conduzir, de um lado, a uma dolorosa redução das atividades estatais e, de outro lado, a um comprometimento das finanças públicas, particularmente a um aumento da dívida pública.

Ameaçado também fica o direito dos Estados soberanos, de estruturar seu ordenamento tributário¹⁶. Há uma tendência de a concorrência tributária causar uma redução nos impostos diretos, especialmente sobre os ganhos empresariais e os rendimentos de capital. Em contraposição, aumenta-se a tributação socialmente injusta do consumo, assim como a tributação do fator trabalho, indesejada em termos de política empregatícia¹⁷.

⁹ Já no fundamento da teoria neoclássica da concorrência tributária prevaleceu a opinião de que tal concorrência, com a sua tendência de abolição da tributação de rendimentos do capital, seria inferior em termos de bem-estar. Cf. detalhadamente a esse respeito GERKEN/MÁRKKT/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 175 ss.

¹⁰ Cf. MUTTI. *Op. cit.* (nota 1), p. 12 ss.; cf. NICODÈME, Gaëtan. “Corporate Tax Competition and Coordination in the European Union: what do we know? Where do we stand?”, *Read, International Taxation Handbook: Policy, Practice, Standards and Regulation*, Amsterdam, 2007, p. 182, para mais evidências.

¹¹ RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 64; para os demais fatores dessa assimetria cf. NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 181 ss.

¹² BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James M. *Towards a Tax Constitution for Leviathan*, *Journal of Public Economics* (1977) p. 255 ss.; cf. com RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 64.

¹³ Para uma argumentação diferenciada (inclusive com a questão sobre o poder de grupos de interesse) cf. GERKEN/MÁRKKT/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 171 ss.

¹⁴ Nesse sentido JANEBA/SCHJELDERUP. *Op. cit.* (nota 7).

¹⁵ Cf., por exemplo, ILO. *A Fair Globalization - Creating Opportunities for All*, Genebra, 2004, p. 19.

¹⁶ Essencialmente sobre as modificações estruturais do sistema tributário como conseqüência da concorrência tributária, cf. GERKEN/MÁRKKT/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 158 ss.

¹⁷ RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 67, com evidências.

Os Estados praticamente não podem lutar contra este desenvolvimento. Sua capacidade política de agir é de tal forma restringida, que eles se encontram em um típico dilema do prisioneiro¹⁸. Naturalmente, todos os Estados querem evitar a saída de capitais e promover a entrada de capitais; até mesmo quando aceitam abstratamente que o Direito Tributário deveria ser neutro com relação a isso, eles são tentados a buscar vantagens para si a partir de um formato específico (às custas dos demais). Disso surge, tanto com relação à receita decorrente de tributação quanto no que respeita à produção de bens públicos, o risco de uma “concorrência ruinosa”, assim como de uma “corrida ao fundo do poço” (*race to the bottom*)¹⁹. O comportamento racional individual de cada Estado conduz a uma perda no outro (“externalidades fiscais”²⁰), possivelmente também a um prejuízo generalizado de bem-estar.

3. Avaliação da Concorrência Tributária Internacional a partir de Fundamentos Empíricos

O fenômeno da concorrência tributária permite-se claramente à comprovação empírica²¹. Isso vale tanto para o fato de que as decisões de investimento, acima de tudo, são orientadas também por condições de tributação²² quanto para o fato de que os Estados instituem tais condições sistematicamente para a obtenção de vantagens individuais²³.

Dentre as respectivas conseqüências esperadas da concorrência tributária, verifica-se que, no âmbito da União Européia e, mais propriamente, dos países da OCDE, os gastos públicos e a produção de bens públicos recuaram²⁴. Verifica-se também uma clara redução nas alíquotas pertinentes a impostos sobre pessoa jurídica e rendimentos do capital²⁵. Em contrapartida, está menos clara a evolução do real resultado desses impostos, pois em conjunto com a redução das alíquotas veio um alargamento da base de cálculo²⁶. Portanto, a temida “corrida ao fundo do poço” deixou de acontecer²⁷.

Mesmo com todas as diferenças isoladas das pesquisas pertinentes, pode-se bem assumir que, no geral, as alíquotas tributárias efetivas sobre os investimentos

¹⁸ MUTTI. *Op. cit.* (nota 1), p. 24 ss.; RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 70; OECD, *Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*, Paris, 1998, p. 37.

¹⁹ KROGSTROP, Signe. *Are Corporate Taxes racing to the Bottom in the European Union?*, EPRU Working Paper Series, Copenhagen, 2004, p. 1; NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 179, para mais evidências.

²⁰ RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 63.

²¹ NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 185 ss., para mais evidências.

²² MUTTI. *Op. cit.* (nota 1), p. 5 ss., 49 ss.; vide logo acima a influência de diferenciais tributários em decisões de investimentos: DE MOOJ/EDERVEEN. *Op. cit.* (nota 3), p. 673 ss.

²³ DEVEREUX/GRIFFITH. *Op. cit.* (nota 4), p. 107-126; vide logo acima GERKEN/MÄRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 135 ss.

²⁴ TANZI/SCHUKNECHT. “Public Finances and Economic Growth in European Countries”, in: Österreichische Nationalbank (coord.), *Fostering Economic growth in Europe: 31st Economic Conference*, Vienna, 2003; KOESTER. *Op. cit.* (nota 1), p. 26.

²⁵ RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 64 ss.; NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 184.

²⁶ BOSS, Alfred. *Tax Competition and Tax Revenues, Working Paper n° 1.256*, Kiel, 2005, p. 11.

²⁷ RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 64 s.

marginais permaneceram relativamente estáveis²⁸. De acordo com Krogstrup, no que respeita à região da União Européia, a participação do resultado do imposto de pessoas jurídicas sobre o Produto Interno Bruto (PIB) até aumentou nos últimos 20 até 30 anos. Não obstante, a participação do resultado do imposto de pessoas jurídicas na arrecadação total caiu desde 1965²⁹.

Além disso, há indicações empíricas também sobre as reações de empresas em relação a suas decisões de investimentos. Modificações no campo do imposto de renda de pessoas jurídicas realmente alteram praticamente em nada os investimentos efetivos; fazem-no, todavia, com relação à definição sobre em quais países os lucros serão demonstrados³⁰. Com isso se promovem, sobretudo, as estratégias de alocação de resultados de grupos empresariais multinacionais³¹ (incluindo também a alocação de prejuízos)³².

4. Tentativa de uma Avaliação Normativa

Não é simples apresentar uma opinião categórica com relação ao fenômeno da concorrência tributária internacional, pois não se têm disponíveis critérios normativos unívocos para tanto. Para dar um exemplo, basta dizer que a avaliação quanto a uma determinada circunstância, notadamente a de que a concorrência tributária tem influência sobre a estrutura de sistemas tributários nacionais, depende de se resolver a questão normativa preliminar, pertinente a saber como se obtém a mais absoluta soberania possível do legislador tributário nacional.

No mais, existe uma pluralidade de perspectivas de avaliação. Assim, pode-se trazer, no primeiro plano, algo como a neutralidade competitiva relativa à alocação de capitais; esse assunto segue adiante com a questão de se buscar a neutralidade de exportação de capital ou importação de capital³³. Um critério tradicional importante, também na Economia, é o do efeito de bem-estar da concorrência tributária como um todo e aplicada a Estados individualmente³⁴; já se alertou acima a esse respeito, sobre quão diferentemente, todavia, são avaliados esses efeitos.

Uma outra questão fundamental encontra pouca atenção na discussão desenvolvida até o momento. Independentemente da avaliação quanto aos efeitos da concorrência tributária em específico, deve-se perguntar se a comunidade internacional está preparada para simplesmente aceitar a concorrência tributária como

²⁸ DEVEREUX, Michael P.; GRIFFITH, Rachel; KLEMM, Alexander. *Corporate Income Tax Reforms and International Tax Competition, Economic Policy* 2002, p. 451 ss.; BOSS. *Op. cit.* (nota 26), p. 11; NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 185 ss.

²⁹ DEVEREUX/GRIFFITH/KLEMM. *Op. cit.* (nota 28), com resultados adicionais na nota de rodapé 7; conforme a pesquisa de KROGSTROP. *Op. cit.* (nota 19), avalia-se um decréscimo para a UE de aproximadamente de 20% desde 1980.

³⁰ Cf., p. ex., “Center for Economic Policy Research, Creative Accounting”, *European Economic Perspectives* n° 28, London, 2001, p. 5; LIEBERT, Nicola. *Der Internationale Steuerwettbewerb und seine Folgen, WISO* 2006, p. 63 ss.; NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 192 ss., com evidências.

³¹ LIEBERT. *Op. cit.* (nota 30), p. 63 ss.; GERKEN/MÄRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 92 ss.

³² Sobre o fenômeno de “alocação de perdas”, cf. NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 192 ss.

³³ Cf. a esse respeito, p. ex., GERKEN/MÄRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 64 ss.

³⁴ BRENNAN/BUCHANAN. *The Power of Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge, 1980; MCLURE, Charles. *Tax Competition: is what's Good for the Private Goose also Good for the Public Gander?*, *National Tax Journal*, 1986, p. 341 ss.; ambos citados a partir de JANEBA/SCHJELDERUP. *Op. cit.* (nota 7).

algo natural, ou se não é conveniente em si mesma, a busca de um acordo sobre os limites da concorrência tributária internacional. A esse respeito, indica-se bastante a preferência por uma configuração política consciente nas áreas em que se chega, ou se pode chegar a graves externalidades. Aqui se encontram não apenas a ordem comercial internacional³⁵ e o regime internacional de proteção climática³⁶, mas também a ordem tributária internacional³⁷. Naturalmente não há conceitos abstratos simples sobre o que seria uma ordem tributária internacional justa; isso demonstra, porém, o quão importante é um diálogo sobre esse tema entre pesquisadores e também perante a comunidade internacional.

II. Tentativas de Categorização da Concorrência Internacional como Base para Possíveis Reações Jurídicas e Políticas

1. O Conceito de Privilégio Fiscal

Em geral, a concorrência tributária pode ser introduzida mediante um baixo nível de carga tributária, tanto no que respeita à base de cálculo da tributação quanto à alíquota. Disso se diferenciam a introdução de privilégios fiscais para determinadas empresas ou setores comerciais e também os subsídios de natureza tributária³⁸. Essa distinção é bastante representativa, porque por meio dela se aplica o regime jurídico de subsídio não só no nível nacional, mas também no internacional. Por outro lado, a esse respeito podem surgir medidas protetivas individuais ou também de vários Estados.

2. O Conceito de uma Concorrência Tributária “Danosa” e respectivamente “Injusta”

Uma tentativa adicional de categorização representativa encontra-se na segregação entre a concorrência tributária normal ou aceitável e aquela não aceitável. Quanto a este último caso, anunciam-se então as medidas contrárias.

Desde aproximadamente 20 anos, a OCDE se esforça com vistas a este objetivo, de delimitar a concorrência tributária aceitável (*acceptable*) da danosa/nociva (*harmful*)³⁹. O critério de danosidade traz à tona a questão pertinente a saber de quem seriam os danos de que se fala. Como conseqüência do relatório, há uma tendência de que tal questão seja respondida a partir da perspectiva dos países de alta carga tributária (que correspondem também à estrutura de membros da OCDE)⁴⁰.

³⁵ Cf. a esse respeito fundamentalmente STIGLITZ. *Making Globalization Work. The Next Steps to Global Justice*, London, 2006, p. 61 ss.

³⁶ Cf. a esse respeito fundamentalmente STIGLITZ. *Op. cit.* (nota 35), p. 161 ss.

³⁷ Uma tal ordem existe tanto de fato quanto normativamente; sua concretização até aqui, no entanto, foi relativamente tumultuada. Sobre a ordem pública tributária cf., por exemplo, AVI-YONAH, Reuven S. “Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime”, *Bulletin for International Taxation*, 2007, p. 130 ss.

³⁸ RODI, Michael. *Die Subventionsrechtsordnung*, Tübingen, 2000, p. 43 ss., BLUMENBERG. *Steuervergünstigungen als staatliche Beihilfe im Sinne des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in: GROTHERR, Handbuch der internationalen Steuerplanung, Herne, 2003, p. 1.787 ss.

³⁹ O ponto de partida foi o relatório *Harmful Tax Competition - an Emerging Global Issue* de 1998; cf. sobre a evolução do tema cf. GERKEN/MÄRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 200 ss.

⁴⁰ GERKEN/MÄRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 202.

Também permanece indefinida a questão quanto ao critério de delimitação; inspirando-se na concorrência empresarial a OCDE utiliza o conceito de “ambiente nivelado de competitividade” (*level playing field*)⁴¹ sem, no entanto, estabelecer as diferenças quanto à concorrência tributária. A OCDE parece partir de uma certa concepção de uma dada concorrência tributária, que, todavia, não é revelada explicitamente no texto. Assim, não é de se surpreender que ela não chegue a um conjunto de critérios mais ou menos vagos: partindo-se de uma orientação por processos, trata-se das atitudes conscientes de uma não-implementação das normas tributárias e de um tratamento desigual entre investidores nacionais e estrangeiros. Continua também imprecisa a concepção de “desfalque” (*poaching*) da base tributária, que depende da aceitação de terceiros países⁴². Um sistema tributário é, enfim, caracterizado como “nocivo” quando ele faz com que os investidores sejam atraídos a fazer negócios em um determinado país sobretudo por razões tributárias, de forma que não se encontra uma decisão verdadeira quanto ao local de negócios (*genuine location decisions*)⁴³.

Em outros pontos, transparece no relatório uma orientação para alocação eficiente de capital no nível internacional, que parece se apoiar em teorias neoclássicas de equilíbrio. Nesse sentido, a concorrência seria nociva quando se verificarem comportamentos oportunistas (*free riders*) no nível nacional - empresas aproveitam a infra-estrutura de um país, mas posicionam sua base tributável em um outro país, ou no nível internacional - paraísos fiscais e seus usuários acabam por encarregar aos contribuintes dos países com alta carga tributária o papel de financiamento dos bens públicos globais⁴⁴.

Todos esses critérios são não apenas vagos, mas também pouco consistentes. Eles deixam claro que é difícil chegar-se à dedução (“científica”) de critérios consensuais, e com relação a esses permanece, afinal, uma questão política, que deve ser conduzida por um discurso orientado por razões de justiça.

Esforços semelhantes existem também desde o início da década de 90 na União Européia. A esse respeito, tomam-se por base os critérios do chamado Relatório Ruding de 1992⁴⁵, relativos à neutralidade de concorrência no mercado comum europeu: a “justiça” entre os Estados-Membros (*inter-country-equity*), assim como a “justiça” entre os sujeitos tributários (*taxpayer equity*). Essas concepções resultaram finalmente no Código de Conduta no Domínio da Fiscalidade de Empresas de 1997, um “pacote de medidas para o combate à concorrência danosa na União Européia”. Embora a União Européia - diferentemente da OCDE - tenha à sua disposição um amplo quadro normativo, os critérios não são menos contraditórios e vagos do que os da OCDE⁴⁶. Assim, são vistas como nocivas aquelas medidas de concorrência tributária que vão de encontro aos “interesses comunitários -

⁴¹ OECD. *Op. cit.* (nota 18), p. 9.

⁴² OECD. *Op. cit.* (nota 18), p. 16.

⁴³ OECD. *Op. cit.* (nota 18), p. 17.

⁴⁴ OECD. *Op. cit.* (nota 18), p. 14 ss.

⁴⁵ Comissão das Comunidades Europeias, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Luxemburgo, 1992, p. 12.

⁴⁶ Para críticas cf. GERKEN/MÁRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 187 ss.

que incluem garantir o funcionamento do mercado comum”. Potencialmente é este o caso quando:

- 1) “as vantagens são concedidas exclusivamente a não residentes ou para transações realizadas com não residentes”;
- 2) “as vantagens são totalmente isoladas da economia interna”;
- 3) “as vantagens são concedidas mesmo que não exista qualquer atividade econômica real nem qualquer presença econômica substancial”;
- 4) “o método de determinação dos lucros resultantes das atividades internas de um grupo multinacional afasta-se dos princípios geralmente aceitos no nível internacional, particularmente das regras aprovadas pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)”;
- 5) “as medidas fiscais carecem de transparência, especialmente quando as disposições legais sejam aplicadas de forma menos rigorosa e não transparente no nível administrativo”⁴⁷.

III. Reações Jurídicas e Políticas para evitar os Efeitos Colaterais da Concorrência Tributária

De todas as obscuridades com relação à extensão das conseqüências da concorrência tributária internacional e sua avaliação normativa, parece existir um amplo consenso de que essas questões não serão aceitas passivamente. Nos itens seguintes são apresentadas e discutidas algumas reações possíveis dos Estados e Comunidades de Estados.

1. Cooperação Internacional

Quando se considera uma ordem tributária internacional justa e efetiva como um bem de ordem pública, isso sugere então que os Estados com tal orientação de objetivos cooperem entre si. Isso corresponde também a um objetivo político claro da OCDE⁴⁸ e da UE⁴⁹.

Os esforços de cooperação pertinentes refletiram-se especialmente no sistema dos tratados para evitar a dupla tributação (a esse respeito vide abaixo o subitem 2). No entanto, os fundamentos decorrentes de uma tal cooperação limitam-se essencialmente ao combate da evasão fiscal⁵⁰.

Todavia, partindo-se de uma perspectiva de teoria dos jogos está claro que grandes barreiras se colocam a uma cooperação voluntária⁵¹. Como apresentado acima, os interesses dos respectivos Estados divergem fundamentalmente, e os apro-

⁴⁷ Comissão das Comunidades Europeias. *Op. cit.* (nota 45), p. 12.

⁴⁸ Cf. a esse respeito, p. ex., *OECD. Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*, Paris, 2002; *OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital*, Paris, 2005, p. 313 ss.; *OECD. Tax Co-operation - Toward a Level Playing Field*, Paris, 2006.

⁴⁹ Cf. a esse respeito as Conclusões do Conselho Econômico Financeiro, de 1º.12.1997, em Matéria de Política Fiscal, 98/C 2/01 (Código de Conduta para a Tributação de Empresas); Diretiva 2003/48/EG, do Conselho, de 3.6.2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, recentemente alterada pela Diretiva 2006/98/EG, do Conselho, de 20.11.2006, para adaptação de determinadas diretivas no campo da tributação por ocasião da admissão da Bulgária e da Romênia.

⁵⁰ Cf. a esse respeito GERKEN/MÄRK/T/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 130 ss.

⁵¹ A esse respeito RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 70 ss.

veitadores da concorrência tributária não vão abandonar prontamente suas posições de oportunistas (*free-riders*).

2. Tratados para evitar a Dupla Tributação

Deve-se ainda apresentar mais detalhadamente alguns pontos a respeito da forma de cooperação nos tratados para evitar a dupla tributação. Eles servem sim a uma divisão justa da base tributável entre os parceiros do acordo; uma função básica adicional consiste na promoção de investimentos estrangeiros diretos⁵². Especialmente por causa de sua função principal de evitar a dupla tributação⁵³, os Estados com relações econômicas internacionais (ora, desta forma, praticamente todos) têm um interesse fundamental na conclusão de tais tratados.

No geral, é possível afirmar que uma implementação coerente do princípio da fonte (e do método de isenção a ele conexo) estimula a concorrência tributária (e a neutralidade de importação de capital). Uma passagem para o princípio da residência (e o método de isenção a ele associado) favorece a neutralidade de exportação de capital e limita as conseqüências da concorrência tributária. Não é de se espantar que a disputa também aconteça com relação a esses aspectos entre países de alta carga tributária e aqueles que se colocam sistematicamente em concorrência tributária.

Assim, cada vez mais os países industrializados vêm recusando a concessão de créditos tributários fictícios; nesse sentido, falhou recentemente o fechamento de um novo tratado Brasil-Alemanha para evitar a dupla tributação. Com orientação semelhante, procuram-se inserir as chamadas “switch-over-clauses”: em caso de redução da tributação muda-se do método de isenção para o método de crédito (ou imputação).

3. Medidas Tributárias Contrárias no Plano Nacional

Paralelamente aos esforços internacionais, os Estados afetados pela concorrência tributária procuram, naturalmente desde sempre, eliminar, ou quando menos delimitar, as conseqüências negativas por meio de uma configuração adequada de seus sistemas tributários.

Assim como no âmbito do Direito Tributário internacional, pode-se conceber uma possibilidade de realização coerente do princípio da residência⁵⁴. Outrossim, o problema da concorrência tributária limitar-se-ia à questão do combate à evasão fiscal. Com efeito, deixando-se de lado as dificuldades de se implementar de fato mundialmente uma tributação com base no critério da residência, os países que adotam esse caminho chocam-se com barreiras internacionais. Como justamente também são interessados na conclusão de tratados para evitar a dupla tributação, eles devem assumir compromissos no contexto de negociações.

Dentre as poucas medidas amplas para combate dos resultados adversos da concorrência tributária, a tributação na saída (*exit tax*) ocupa um lugar de destaque,

⁵² MUTTI. *Op. cit.* (nota 1), p. 6.

⁵³ VOGEL, Klaus. In: VOGEL (coord.). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, London, 1997, Introduction, n. 15 ss.

⁵⁴ Cf. a esse respeito GERKEN/MÄRK/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 226 ss.

uma vez que obriga as empresas que pretendem sair voluntariamente do país à demonstração e tributação de suas reservas ocultas.

Uma atenção especial da política tributária nacional aplica-se ao problema central da alocação de resultados de empresas multinacionais⁵⁵. Aqui se incluem primeiramente todas as medidas para delimitação da liberdade de forma das empresas na fixação de preços de transferência; alcançando desde a desconsideração de formas jurídicas específicas⁵⁶, até uma constitucional (e não isenta de questionamento) reversão do ônus da prova.

Em termos materiais, devem-se mencionar aqui as regras sobre uma tributação mínima de empresas subsidiárias⁵⁷. A chamada tributação unitária, praticada pelos EUA, permaneceu essencialmente como um modelo teórico⁵⁸. De acordo com tal modelo, inicialmente se somam os resultados locais e estrangeiros de um grupo econômico (tal como eles aparecem no balanço consolidado do grupo), apurando-se, ao final, qual parcela do lucro do grupo econômico deve ser atribuída proporcionalmente às atividades econômicas efetivamente desenvolvidas em um país específico. Como critérios para tanto, pode-se servir, por exemplo, do volume de vendas, do capital investido ou dos empréstimos pagos.

4. Harmonização Tributária

A harmonização tributária apresenta-se como grande alternativa contra a agressiva concorrência tributária⁵⁹. Acima de tudo, essa alternativa não significa harmonização total, nem a ausência de harmonização. Por um lado, já existe um regime tributário internacional absolutamente diferenciado com base no direito público⁶⁰; uma reviravolta conceitual é praticamente inconcebível a partir deste ponto. Por outro lado, não se reclama tampouco um sistema tributário totalmente harmonizado; algo assim seria igualmente impensável e também nada desejável.

Com isso, trata-se de uma continuação pontual e prudente dos esforços de harmonização tributária internacional. Nesse sentido, apresenta-se para discussão uma série de abordagens, que devem ser discutidas em maior detalhe. Da perspectiva da proteção ao clima, e também da concorrência tributária internacional, a tributação, substancialmente divergente ao redor do mundo, sobre energia derivada do uso de fontes energéticas fósseis é um problema⁶¹; seriam desejáveis um alinhamento mundial das estruturas tributárias e também o estabelecimento de uma carga mínima de tributação nos moldes da Diretiva sobre Tributação de Energia da União Européia. Como resposta política à globalização, há um conjunto de sugestões interessantes: a tributação do comércio eletrônico (*bit-tax*), ou a tributação de

⁵⁵ Cf. a esse respeito, GERKEN/MÄRKKT/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 125 ss.

⁵⁶ Foi paradigmática nesse sentido a chamada "Subpart-F-type" na legislação dos E.U.A., cf. a esse respeito TISCHBIREK. *In: VOGEL. Op. cit.* (nota 53), art. 10, n. 219, 246a.

⁵⁷ GERKEN/MÄRKKT/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 108 ss.

⁵⁸ Cf. a esse respeito LIEBERT. *Op. cit.* (nota 30), p. 67 ss.

⁵⁹ Cf. a esse respeito GERKEN/MÄRKKT/SCHICK. *Op. cit.* (nota 2), p. 229 ss.; KOESTER. *Op. cit.* (nota 1), p. 22 s., com evidências acerca desta alternativa; sobre os possíveis efeitos de bem-estar cf. NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 196 ss.

⁶⁰ De forma precisa AVI-YONAH. *Op. cit.* (nota 37), p. 130 ss.

⁶¹ Cf. a esse respeito empiricamente GTZ *et alli*, *International Fuel Prices 2005*, 4ª ed. - 172 Países (www.International-Fuel-Prices.com).

instrumentos financeiros, tais como os derivativos e fundos multimercados (por exemplo, o *Tobin-tax*).

No geral, a política tributária européia parece ter como uma certa forma de paradigma a escolha pelo caminho do meio. Após as concepções iniciais de harmonização de alcance muito amplo⁶², adotou-se até aqui um caminho mais pragmático. Esforços iniciais de harmonização de muito longo alcance demonstraram-se não realizáveis em vista dos requisitos de unanimidade do Tratado da União Européia e de uma acentuação da soberania fiscal por parte dos Estados-membros. Por isso, no período seguinte, a Comissão concentrou-se em harmonizações pontuais. Avanços importantes foram alcançados, por exemplo, na Diretiva sobre Tributação de Juros⁶³ e nos *Accounting Standards* de 2005⁶⁴.

Com o Código de Conduta contra a Concorrência Tributária injusta (2003) torna-se clara também uma mudança de paradigma procedimental: ao invés de uniformização do direito, promovem-se tendências de desenvolvimento nas ordens jurídicas nacionais. Assim, já se alcançou na Europa, em algumas áreas importantes para concorrência tributária, uma harmonização tributária *de facto*: a tendência, por exemplo, de desonerar o acionista na relação sócio-sociedade (imposto de renda de pessoa jurídica/imposto de renda de pessoa física)⁶⁵, ou a tendência de tributação dos rendimentos de capital na fonte⁶⁶.

5. Institucionalização Internacional

Na verdade, já existe uma ordem tributária internacional. Acima de tudo, no âmbito do Direito Tributário, em comparação com os campos de atuação política, vê-se pouca propensão com vistas a uma institucionalização. Recomendações mais antigas, como a da criação de um tribunal internacional tributário⁶⁷, desapareceram da agenda política sem provocar nenhum efeito prático.

O grupo *ad hoc* de especialistas em tributação do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas propôs, ao final de 2003, a criação de uma subdivisão da ONU; também o secretário-geral da ONU daquela época, Kofi Annan, defendeu a implantação de uma comissão sobre tributação na ONU. Uma institucionalização dessa sorte seria muito bem-vinda. Com isso se criaria um fórum central para as discussões internacionais necessárias.

⁶² Cf. a esse respeito, por exemplo, a Comissão da CE de 1962 sobre harmonização do imposto de renda de pessoas jurídicas (sob a presidência de Neumann), assim como a de 1970 (Van den Tempel); acerca da história. NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 187 s.

⁶³ Diretiva 2003/48/EG, do Conselho, de 3.6.2003, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, recentemente alterada pela Diretiva 2006/98/EG, do Conselho, de 20.11.2006, para adaptação de determinadas diretivas no campo da tributação por ocasião da admissão da Bulgária e da Romênia.

⁶⁴ A esse respeito NICODÈME. *Op. cit.* (nota 10), p. 194 ss.

⁶⁵ Cf. a esse respeito GENSER/HAUFLER. *Harmonization of Corporate Income Taxation in the EU, Außenwirtschaft*, 1999, p. 319 ss.; Ministério de Finanças da República Federativa da Alemanha, *Monatsbericht* nº 10, Berlin, 2001, p. 39 ss.

⁶⁶ Cf. a esse respeito Diretiva 2003/48/EG.

⁶⁷ Cf. a esse respeito *International Chamber of Commerce, The Resolution of International Tax Conflicts, Document* nº 180/240, reproduzido no *IFA Congress Seminar Series*, vol. 18e, *Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration* (1994), p. 97 ss., *International Chamber of Commerce, Commission on Taxation, Policy Statement: Arbitration in International Tax Matters, Document* nº 180/438.

6. Medidas Contrárias não Tributárias

Possíveis medidas contrárias em relação à concorrência tributária podem ser vinculadas naturalmente a outras áreas de atuação política. Em especial, pode-se fazer valer a idéia de que as medidas destinadas a gerar concorrência tributária podem ser caracterizadas como elementos patrocinadores de uma forma de subsídio⁶⁸.

Por essa razão, há hoje na União Européia um intenso debate acerca da questão sobre até que ponto se pode recorrer ao direito regulatório de assistência a fim de afastar determinadas formas da concorrência internacional⁶⁹. Essa abordagem permite-se uma ligação com o Código de Subsídios da OMC. A decisão da Corte de Apelação no caso *United States vs. Foreign Sales Companies*, de 24 de fevereiro de 2000, demonstrou que os benefícios fiscais dirigidos à concorrência tributária podem, em casos específicos, ser considerados como formas proibidas de subsídios para fins do Acordo sobre Subsídios da OMC. Os processos perante o Órgão de Solução de Controvérsias poderiam levar ao seguinte resultado: os Estados negativamente afetados estariam legitimados a adotar medidas jurídico-comerciais contrárias (medidas compensatórias).

A respeito desta questão, existe *de lege lata* também a possibilidade de se aproveitar o Código de Subsídios da OMC como um instrumento específico contra a concorrência tributária nociva. Assim, o Acordo sobre Subsídios da OMC poderia ampliar as regras sobre subsídios à exportação proibidos de forma a alcançar determinados subsídios tributários. Uma perspectiva mais avançada, *de lege ferenda*, seria a dos esforços (inicialmente abolidos) para um Acordo Multilateral sobre Investimentos; aí poderiam ser delineadas regras sobre a definição das formas proibidas e autorizadas de promoção de investimentos, assim como sobre as medidas de defesa contra as formas consideradas proibidas.

7. Ligação com Outros Temas

Para se seguir o pensamento aqui defendido, de que seria razoável haver um processo coordenado da comunidade internacional contra as formas indesejadas de concorrência tributária, devem-se buscar caminhos que permitam, afinal, a superação do dilema do prisioneiro. Trata-se essencialmente da questão de que normalmente os interesses de Estados menores (também no terceiro mundo) com vistas a uma cooperação bloqueiam estruturalmente o caminho.

A proposta da OCDE de um processo de “nomear e culpar” (*naming and blaming*) não se mostrou suficiente para permitir a superação desse dilema do prisioneiro. Tendo em vista que, ao final, se trata de uma questão econômica, poder-se-ia também ponderar que os Estados que até agora lucraram com as formas (indesejadas) de concorrência tributária devam receber alguma forma de compensação a partir do resultado geral da cooperação. Um primeiro passo neste sentido pode ser visto na reorientação da OCDE, quanto a oferecer auxílio técnico, administra-

⁶⁸ Cf. a esse respeito o item II. 1. acima, o conceito de privilégio fiscal.

⁶⁹ Cf. a respeito dessa discussão MONTI, *Modernising Community Competition Policy: State Aids and Anti-trust*, Bruxelas, 2000 (Discurso); WINDISCH, *Globalisierung, Systemwettbewerb und Steuerpolitik*, in: ANDEL (coord.), *Probleme der Besteuerung 2*, Berlin, 1999, p. 163 ss.; GERKEN/MÄRK/SCHICK, *Op. cit.* (nota 2), p. 198.

tivo e financeiro aos “paraísos fiscais” como forma de contraprestação à reestruturação de seus sistemas tributários⁷⁰.

Uma outra possibilidade repousa na composição de diferentes interesses (ligação de temas). Por meio de uma respectiva cumulação, os conjuntos de interesses permitem-se a amarrações, por meio das quais podem ser quebradas posições específicas de oportunistas (*free-riders*). Nesse contexto, oferece-se um certo condicionamento da liberação comercial, no qual até mesmo os “paraísos fiscais” têm interesse. As concessões aqui poderiam fazer-se dependentes de contribuições cooperativas em outras áreas: além da questão da política de proteção ao clima⁷¹, algo também no campo da política tributária internacional. Em essência, a União Européia já vem praticando isso, para que Estados como Luxemburgo, ou até mesmo a Suíça, caminhem rumo a fazer concessões quanto ao imposto sobre rendimentos de capital (Diretiva da UE sobre Tributação de Juros).

⁷⁰ RIXEN. *Op. cit.* (nota 1), p. 74.

⁷¹ Cf. a esse respeito Rodi *et alli*, “Implementing the Kyoto Protocol in a Multinational Legal System: Lessons from a Comparative Assessment”, *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, 2005, p. 61 ss.