

**Anais do X Congresso Brasileiro
de Direito Tributário Internacional
IBDT / DEF-FDUSP**

**Desafios Atuais da
Tributação Internacional**

COORDENADORES
Luís Eduardo Schoueri
Luís Flávio Neto
Rodrigo Maito da Silveira

**Anais do X Congresso Brasileiro
de Direito Tributário Internacional
IBDT / DEF-FDUSP**

**Desafios Atuais da
Tributação Internacional**



INSTITUTO BRASILEIRO
DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Mestrado Profissional em Direito Tributário
Internacional e Desenvolvimento



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Departamento de Direito
Econômico, Financeiro e Tributário

São Paulo – 2025



© Vários autores
Todos os direitos desta edição reservados.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Rua Padre João Manuel, 755 – 4º Andar
CEP 01411-001 – São Paulo – SP – Fone/WhatsApp: (11) 3105-8206
e-mail: ibdt@ibdt.org.br site: www.ibdt.org.br

Diretoria

Presidente: Ricardo Mariz de Oliveira
Vice-Presidente: Luís Eduardo Schoueri
Diretor Administrativo e Financeiro: Rodrigo Maito da Silveira
Diretores Executivos: Bruno Fajersztajn, Fernando Aurelio Zilveti,
José Maria Arruda de Andrade, Luís Flávio Neto e Martha Toribio Leão

Conselho Deliberativo

Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva, João Francisco Bianco,
Leonardo Aguirra de Andrade, Mara Eugênia Buonanno Caramico,
Michell Przepiorka Vieira, Paulo Victor Vieira da Rocha, Ricardo Maito da Silveira,
Salvador Cândido Brandão Junior e Victor Borges Polizelli

Conselho Editorial Nacional: Fernando Aurelio Zilveti (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Humberto Ávila (Universidade de São Paulo/SP e Universidade Federal do Rio Grande do Sul/RS), João Francisco Bianco (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Luís Eduardo Schoueri (Universidade de São Paulo/SP), Paulo Celso Bergstrom Bonilha (Universidade de São Paulo/SP), Ricardo Mariz de Oliveira (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Roberto Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR), Roberto Quiroga Mosquera (Universidade de São Paulo/SP) e Walter Piva Rodrigues (Universidade de São Paulo/SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional (10: 2024: São Paulo, SP)
C759 Anais [recurso eletrônico] / 10º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT/DEF-FDUSP: Desafios atuais da tributação internacional, 11,12, 13 de setembro de 2024 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2024.

688 p.; 16x23 cm.

ISBN 978-85-93713-22-4

1. Direito Tributário Internacional 2. Preços de Transferência
3. Tributação Internacional 4. Tributação de Bases Universais
5. Brasil 6. Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

I. Instituto Brasileiro de Direito Tributário II. Luís Eduardo Schoueri
III. Luís Flávio Neto IV. Rodrigo Maito da Silveira
V. IBDT VI. Título.

DORIS 341.39105

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito Tributário Internacional: Brasil
2. Preços de Transferência: Brasil
3. Tributação Internacional: Brasil
4. Tributação de Bases Universais: Brasil

Revisão: Rita Sorrocha. *Editoração:* Nelson Mitsuhashi. *Impressão e acabamento:* Edições Loyola

ANAIS DO X CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

IBDT / DEF-FDUSP
11 a 13 de setembro de 2024

Coordenação:

Luís Eduardo Schoueri
Luís Flávio Neto
Rodrigo Maito da Silveira

Programação

1º Dia 11/09/2024

08h15 **A nova governança tributária global: o atual papel da ONU e da OCDE no Direito Tributário Internacional contemporâneo / *The new global tax governance: the current role of UN and OECD in the contemporaneous International Tax***

Presidente: Paulo Caliendo

Palestrantes: Patricia Brown; Natalia Quinones; André Mendes Moreira;
Fernando Zilveti

Moderador: Júlia Rizia Antunes Costa Almeida

10h00 *Coffee break*

10h30 **Preços de transferência, Commodities e Intangíveis: do sexto método ao “padrão OCDE” / *Transfer Pricing: commodities and intangibles***

Presidente: Mariana Correia Pereira

Palestrantes: Laura Sanint; Victor Borges Polizelli; Daniel Teixeira Prates; Paulo Ayres Barreto

Moderador: Bruna Camargo Ferrari

12h15 *Almoço / Lunch break*

13h30 **Tributação da economia digital: desenvolvimentos recentes na experiência internacional / *Digital economy taxation: recent developments in the international experience***

Presidente: Marcelo Annunziata

Palestrantes: João Félix Pinto Nogueira; Felipe Renault; Doris Canen; Vanessa Bulara

Moderador: Alina Miyake

15h15 *Coffee break*

15h45 **Acordos de bitributação e mudanças na política fiscal brasileira /**
Double Taxation Treaties and changes in the brazilian fiscal policy

Presidente: Priscila Stela Dario

Palestrantes: Eric Kemmeren; Heleno Torres; Ricardo Augusto Gil Reis
Rodrigues; Ramon Tomazela

Moderador: Giulia Breitenbach Benvegnu

17h10 ***International taxation on-demand: Q&A***

Presidente: Hugo de Brito Machado Segundo

Debatedores: Ricardo Maito; Paulo Victor Vieira Rocha; Bruna Camargo
Ferrari; Alina Miyake; Alessandro Turina; Giulia Breitenbach Benvegnu; Júlia
Rizia Antunes Costa Almeida; Arhayliz Marian Travieso Barreto

Moderadores: Martha Leão; Aluizio Porcaro Rausch

18h15 (encerramento do primeiro dia)

2º Dia 12/09/2024

08h15 **Planejamento tributário internacional: recentes casos nos tribunais /**
International tax planning: recent court cases

Presidente: Gustavo Masina

Palestrante: Guglielmo Maisto; Alessandra de Souza Okuma; Ana Carolina
Monguilod; Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

Moderador: Leonardo Thomaz Pignatari

10h00 *Coffee break*

10h30 **Preços de transferência: desafios da adoção inicial do “padrão**
OCDE” / *Transfer Pricing: challenges in the adoption of the OECD standard*

Presidente: Gustavo Brigagão

Palestrantes: Natalia Quinones; José André Wanderley Dantas; Luís Flávio Neto; Vivian Rodrigues

Moderador: Audrei Okada Teixeira

12h15 Almoço / *Lunch break*

13h30 **Preços de transferência: “opções realisticamente disponíveis”, “taxa de risco país” e outras controvérsias / *Transfer Pricing: “options realistically available” and “country risk” and other controversies***

Presidente: Marcelo Vieira

Palestrantes: Yariv Brauner; Gustavo Lian Haddad; Luís Eduardo Schoueri; Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva; Renata Emery

Moderador: Carolina Favrin Keri

15h15 Coffee break

15h45 **“Pilar 2”: desenvolvimentos e desafios para países emergentes / *Pillar 2: developments and challenges for emerging countries***

Presidente: Alessandro Rostagno

Palestrantes: Andres Báez; Daniel Gutmann; Claudia Lucia Pimentel Martins da Silva; Ricardo André Galendi Júnior; Soraia Steffens

Moderador: Belisa Ferreira Liotti

18h Intervalo / *Break*

18h10 ***International taxation on-demand: Q&A***

Debatedores: Roberto Codorniz Leite Pereira; Ramon Tomazela Santos; Leonardo Aguirra de Andrade; Mateus Calicchio Barbosa; Audrei Okada Teixeira; Leonardo Thomaz Pignatari; Carolina Favrin Keri; Belisa Ferreira Liotti

Moderadores: Diogo Olm Ferreira; Lucas Lobo

18h15 Encerramento do segundo dia

3º Dia 13/09/2024

8h15 **Tributação internacional e sustentabilidade: *Sin Taxes e Carbon Taxes* / *International taxation and sustainability: Sin Taxes and Carbon Taxes***

Presidente: Celso Costa

Palestrantes: Allison Christians; Paula Rodrigues; José Maria Arruda de Andrade; Tathiane Piscitelli; João Dácio de Souza Pereira Rolim; Tatiana Falcão
Moderador: Flávio Basile

10h *Coffee break*

10h30 **Comentários e Guidelines da OCDE e da ONU: relevância e controvérsias / *OECD and UN Commentaries and Guidelines: relevance and controversies***

Presidente: Clara Gomes Moreira

Palestrantes: Michael Lang; Humberto Bergmann Ávila; Misabel Abreu Machado Derzi; Fernanda Menezes Pereira
Moderador: Guilherme Galdino

12h15 *Almoço / Lunch break*

13h30 **Tributação de grandes fortunas: mobilidade internacional, offshores e trusts no exterior / *Taxation of wealth: international mobility, offshores and trusts abroad***

Presidente: Tatiana Midori Migiyama

Palestrantes: Lukasz Stankiewicz; Ricardo Mariz de Oliveira; Isabel Garcia Calich da Fonseca; Rodrigo Maito da Silveira
Moderador: Fernanda Botinha Nascimento

15h15 *Coffee break*

16h45 **Preços de transferência: Serviços intragrupo e contratos de compartilhamento de despesas / *Transfer Pricing: intragroup services and cost sharing agreements***

Presidente: Paulo Tedesco

Palestrantes: Jose Manuel Castro; Sérgio André Rocha; Elidie Palma Bifano; Luciana Galhardo; Gustavo Gonçalves Vettori
Moderador: Adriana Maria Lima de Brito

17h10 **Conferência Magna: Decisões Acerca de Preços de Transferência / *Transfer Pricing Decisions***

Presidente: Ricardo Mariz de Oliveira

Palestrante: Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria

Debatedora: Raquel Novais

18h15 Encerramento do Congresso

Artigos dos participantes (palestrantes, presidentes de mesa, moderadores)

Planejamento Tributário Internacional – Controladas no Exterior

Alessandra Okuma

**Advance Pricing Agreements in Brazil: Reflections in Light of the
Introduction of New Transfer Pricing Rules Aligned with the OECD
Standards**

Alina Miyake

Shifting Environmental and Social Costs through Taxation

Allison Christians

Some Aspects About BEPS and the Status of the Developing Countries

André Elali

**Aplicabilidade das regras do Pillar II da OCDE no Brasil: é possível
aproveitar o modelo de implementação adotado pela Suíça?**

Carolina Favrin Keri

**Some reflections on the prohibition of collateral benefits in the GloBE Model
Rules**

Daniel Gutmann

Desafios para o estabelecimento permanente no mundo digital

Doris Canen

**Preços de Transferência: Serviços Intragrupo e Compartilhamento de
Despesas**

Elidie Palma Bifano

**Preços de transferência: entre conceitos indeterminados e discricionariedade
– o caso das diferenças de risco-país**

Fabiana Carsoni Fernandes

Mineração de Criptoativos e Airdrop

Felipe Kertesz Renault Pinto

Guidelines da OCDE: relevância e controvérsias sob o ângulo do processo de acesso

Fernanda Menezes Pereira

Construindo um Sistema Tributário Global

Fernando Aurelio Zilveti

Tributação de grandes fortunas no contexto da reforma tributária brasileira: uma análise crítica à luz da eficiência arrecadatória e da justiça fiscal

Isabel Garcia Calich da Fonseca / Rodrigo Maito da Silveira

The Global Tax Governance: The Current Role of the UN and the OECD in Contemporary International Tax Law

Izadora Coutinho

Tributação Internacional e Sustentabilidade. Obrigação Internacional dos Estados na Adoção de Medidas Regulatórias (tributárias e não tributárias) para a Proteção do Meio Ambiente

João Dácio Rolim

At Arm's Length Principle: Inconsistências teóricas e deficiências operacionais

José André Wanderley Dantas de Oliveira

Cost sharing and cost contribution agreements. Some remarks from Latin America

Jose Manuel Castro Arango

Tributação em Bases Universais e a Limitação ao Aproveitamento de Créditos de Impostos Pagos no Exterior em Caso de Auferimento de Prejuízos pela Investidora Brasileira

Lucas Lobo Pereira

The Concept of Options Realistically Available in Transfer Pricing upon the Delineation Rule vis-à-vis Article 9 of Double Taxation Treaties and Tax (Un) Certainty

Luís Eduardo Schoueri / Bruno Fettermann

Desafios da adoção inicial do novo regime de preços de transferência: notas sobre o caso dos intangíveis

Luís Flávio Neto / Victor Borges Polizelli

Tributação da Economia Digital: Apontamentos sobre a Experiência Internacional e a Reforma Tributária no Brasil

Marcelo Salles Annunziata

Aquisição de participação societária por investidor estrangeiro: análise comparativa dos critérios para amortização fiscal do ágio com utilização de “empresa-veículo” na jurisprudência do CARF e do STJ

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

A tributação sobre heranças e doações e a Emenda Constitucional n. 132/2023

Martha Leão e João de Souza Alho Neto

The Relevance of the OECD and UN Commentaries for the Interpretation of Tax Treaties

Michael Lang

A Regra Convencional de Hierarquia de Definições, o Envio às Definições Domésticas Infralegais e os Comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU

Misabel Abreu Machado Derzi / Aluizio Porcaro Rausch

An International Tax Organization and Unitary Taxation for Global Taxpayers

Natalia Quiñones and Lorenzo Uribe

Consequências Jurídicas no Brasil de “Trusts” no Exterior

Ricardo Mariz de Oliveira

Desafios e Discussões Práticas sobre a Implementação do Pillar II no Brasil

Soraia Steffens

A Climate Treaty for the Global Taxation of Carbon

Tatiana Falcão

Relatórios dos painéis**A nova governança tributária global: o atual papel da ONU e da OCDE no Direito Tributário Internacional contemporâneo / *The new global tax governance: the current role of UN and OECD in the contemporaneous International Tax***

Júlia Rizia Antunes Costa Almeida

Preços de transferência, Commodities e Intangíveis: do sexto método ao “padrão OCDE” / *Transfer Pricing: commodities and intangibles*

Bruna Camargo Ferrari

Tributação da economia digital: desenvolvimentos recentes na experiência internacional / *Digital economy taxation: recent developments in the international experience*

Alina Miyake

Acordos de bitributação e mudanças na política fiscal brasileira / *Double Taxation Treaties and changes in the brazilian fiscal policy*

Giulia Breitenbach Benvegnu

International taxation on-demand: Q&A (11/09/2024)

Martha Toribio Leão e Aluizio Porcaro Rausch

Planejamento tributário internacional: recentes casos nos tribunais / *International tax planning: recent court cases*

Leonardo Thomaz Pignatari

Preços de transferência: desafios da adoção inicial do “padrão OCDE” / *Transfer Pricing: challenges in the adoption of the OECD standard*

Audrei Okada Teixeira

Preços de transferência: “opções realisticamente disponíveis”, “taxa de risco país” e outras controvérsias / *Transfer Pricing: “options realistically available” and “country risk” and other controversies*

Carolina Favrin Keri

“Pilar 2”: desenvolvimentos e desafios para países emergentes / *Pillar 2: developments and challenges for emerging countries*

Belisa Ferreira Liotti

International taxation on-demand: Q&A (12/09/2024)

Diogo Olm Ferreira e Lucas Lobo

Tributação internacional e sustentabilidade: *Sin Taxes e Carbon Taxes* / *International taxation and sustainability: Sin Taxes and Carbon Taxes*

Flávio Basile

Comentários e *Guidelines* da OCDE e da ONU: relevância e controvérsias / *OECD and UN Commentaries and Guidelines: relevance and controversies*

Guilherme Galdino

Tributação de grandes fortunas: mobilidade internacional, *offshores* e *trusts* no exterior / *Taxation of wealth: international mobility, offshores and trusts abroad*

Fernanda Botinha Nascimento

Preços de transferência: Serviços intragrupo e contratos de compartilhamento de despesas / *Transfer Pricing: intragroup services and cost sharing agreements*
Adriana Maria Lima de Brito

Concurso de Artigos

1º lugar:

User Participation in Digital Services as a Barter: Implications for Income Tax and VAT

Helio de Mello

2º lugar:

Preços de Transferência das Commodities: Transações com *Trading Companies*

Ricardo Marozzi Gregorio

Demais artigos selecionados:

Ficções Jurídicas de Legislação Interna e Acordos de Bitributação: Uma Análise à Luz do Caso Fowler v. HMRC

Camila Nasser Cabral

Implementação do *split payment* brasileiro a experiência internacional

Danilo Bertagnoli / Kelzer Schneider

Lei 14.754/23: inconstitucionalidades e aplicação dos acordos de bitributação

Gabriel Bez-Batti

Concordar em Discordar: Os Tratados Contra a Dupla Tributação como Meio para Superar as Diferenças

Jefferson Ferreira Antunes de Souza

Estabelecimento Permanente de Serviços (art. 5(3)) e a Tributação dos Serviços Digitais Automatizados (art. 12-B): Inovações da ONU em prol do Desenvolvimento

Juliana de Sousa

Crypto-Asset Reporting Framework (CARF): Evidência da Troca Automática de Informações Para Fins Fiscais Como Costume Tributário Internacional

Lillie Lima

As Propostas de CIDE como Digital Services Taxes à Luz do Fenômeno Global da Tributação da Economia Digital

Lucas Valle Martins

Moore v. United States: Um Breve Paralelo entre a Política de Tributação de Investimentos no Exterior do Brasil e dos EUA

Luiz Flávio Paína Resende / Sonilton Campos

Tributação internacional do mercado de créditos de carbono: complicações relativas à sua natureza jurídico-contábil

Pedro Alaminos Gonçalves

Sumário

Programa do X Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional	5
Apresentação	25
Planejamento Tributário Internacional – Controladas no Exterior	29
Alessandra Okuma	
1. Introdução. 2. O panorama geral da tributação dos lucros de controladas no exterior. 3. A tributação de lucros não distribuídos e os Acordos para Evitar a Dupla Tributação firmados pelo Brasil. 4. A excepcional permissão para aplicação de regras de <i>controlled foreign company</i> (CFC). 5. A divergência nos Tribunais Administrativos e o Estado da Arte no Poder Judiciário. 6. A solução de conflitos entre normas internacionais e normas internas: a possibilidade de uma nova posição do Supremo Tribunal Federal. 7. Conclusões. Bibliografia.	
Advance Pricing Agreements in Brazil: Reflections in Light of the Introduction of New Transfer Pricing Rules Aligned with the OECD Standards	53
Alina Miyake	
Initial remarks. 1. OECD Guidelines. 1.1. APA. 1.2. MAP APA. 2. BAPA under Normative Ruling no. 1,846/2018 (before Law no. 14,596/2023). 3. APA under Law no. 14,596/2023 and RFB public consultation: criticisms to the draft proposed by RFB. 3.1. Law no. 14,596/2023. 3.2. Criticisms to the normative ruling under public consultation. 4. BAPA under Law no. 14,596/2023. Final remarks.	
Shifting Environmental and Social Costs through Taxation	76
Allison Christians	
1. Introduction. 2. The appeal and limitations of carbon taxes. 3. The case for using the income tax to internalize costs. 4. The relative challenges and political realities of using the income tax instead of carbon taxes. 5. Conclusion.	
Some Aspects About Beps And the Status of the Developing Countries	90
André Elali	
I. Introduction. II. Problems of international tax competition and its effects on public finance, fairness and social and economic rights. III. Base erosion and profit shifting. References.	
Aplicabilidade das Regras do Pillar II da OCDE no Brasil: É Possível Aproveitar o Modelo de Implementação Adotado pela Suíça?	122
Carolina Favrin Keri	
1. Introdução, 2. As regras GloBE: um panorama do proposto pela OCDE no Pillar 2. 3. O sistema tributário brasileiro e a sua (in)compatibilidade com a	

adoção do Pillar 2. 4. O caso suíço de adoção das regras GloBE por meio de alteração constitucional. 5. Conclusões. Bibliografia.

Some Reflections on the Prohibition of Collateral Benefits in the GloBE Model Rules 135

Daniel Gutmann

Desafios para o Estabelecimento Permanente no Mundo Digital 143

Doris Canen

Introdução. 1. O conceito de estabelecimento permanente nas Convenções Modelo da ONU e da OCDE. 2. As poucas evoluções do comentário sob o artigo 5 do Modelo da OCDE. 3. A ineficácia do conceito de estabelecimento permanente para a economia digital. 4. Ações BEPS. 4.1. Ação 7. 4.2. Ação 1. 5. Casos concretos internacionais. 5.1. Google – França. 5.2. As novas organizações Web3. 6. Conceito no Brasil e desafios. Conclusões.

Preços de Transferência: Serviços Intragrupo e Compartilhamento de Despesas 156

Elidie Palma Bifano

1. Introdução. 1.1. Generalidades. 1.2. Rateio/compartilhamento internacional de despesas e o entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). 2. As diretrizes da Lei n. 14.596/2023 sobre serviços intragrupo e compartilhamento de despesas. 2.1. Contratos de serviços intragrupo e de compartilhamento de despesas no âmbito da OCDE. 2.2. Serviços intragrupo na Lei n. 14.596/2023. 2.3. Contratos de compartilhamento de custos na Lei n. 14.596/2023. 3. Breves conclusões.

Preços de Transferência: entre Conceitos Indeterminados e Discricionariedade – o Caso das Diferenças de Risco-País 169

Fabiana Carsoni Fernandes

1. Introdução. 2. O atendimento ao princípio *arm's length*: delineamento da transação, análise de comparabilidade e método mais apropriado. 3. A discricionariedade no controle de preços de transferência. 4. Ajustes de comparabilidade: o caso das diferenças de risco-país. 5. Conclusão.

Mineração de Criptoativos e Airdrop 191

Felipe Kertesz Renault Pinto

Introdução.

Guidelines da OCDE: Relevância e Controvérsias sob o Ângulo do Processo de Acesso 197

Fernanda Menezes Pereira

1. A relevância das *Guidelines*. 2. A complexidade das *Guidelines* e os países em desenvolvimento. 3. As *Guidelines* e os interesses dos países em desenvolvimento. 4. Evoluções das *Guidelines* e a interpretação dinâmica das normas domésticas. 5. Conclusões. Referências.

Construindo um Sistema Tributário Global	211
Fernando Aurelio Zilveti	
1. Introdução. 2. Em busca de um sistema tributário ideal global. 3. Alguns indícios de um sistema tributário global em construção. 4. Conclusão.	
Tributação de Grandes Fortunas no Contexto da Reforma Tributária Brasileira: uma Análise Crítica à Luz da Eficiência Arrecadatória e da Justiça Fiscal	220
Isabel Garcia Calich da Fonseca / Rodrigo Maito da Silveira	
I. Introdução. II. Aspectos constitucionais relacionados ao imposto sobre grandes fortunas (IGF). III. Experiência internacional quanto à tributação da riqueza. IV. Reforma tributária brasileira em andamento. V. Críticas à tributação de grandes fortunas com base na experiência internacional. VI. Considerações finais sob a ótica de eficiência fiscal e tributação justa. Bibliografia.	
The Global Tax Governance: the Current Role of the OECD and the UN in Contemporary International Tax Law	233
Izadora Coutinho	
1. Introduction. 2. Tax Harmonization, Tax Coordination and the “Disappearing Taxpayer”: Is There a Need for a World Tax Organization? 2.1. The International Tax Governance: The Issues. 2.2. What is global tax governance? 2.3. Global Planners and Strategic Players. 3. The Current Role of the UN and the OECD in Contemporary International Tax Law. 3.1. OECD. 3.2. UN Tax Framework Convention. 4. Conclusions. References.	
Tributação Internacional e Sustentabilidade. Obrigação Internacional dos Estados na Adoção de Medidas Regulatórias (Tributárias e Não Tributárias) para a Proteção do Meio Ambiente	248
João Dácio Rolim	
<i>At Arm’s Length Principle</i>: Inconsistências Teóricas e Deficiências Operacionais	258
José André Wanderley Dantas de Oliveira	
1. Introdução. 2. O princípio <i>at arm’s length</i> e sua incompatibilidade com os princípios fundamentais da fiscalização internacional. 2.1. Neutralidade e igualdade fiscal no contexto internacional. 2.2. O princípio <i>at arm’s length</i> e os princípios de neutralidade e igualdade fiscal. 3. O princípio <i>at arm’s length</i> e a vulnerabilidade da importância do princípio da fonte em uma economia globalizada. 4. Considerações finais.	
Cost Sharing and Cost Contribution Agreements. Some Remarks from Latin America	272
Jose Manuel Castro Arango	
Introduction. I. CCAs and the OECD TPG. 1. General remarks. 2. The arm’s length requirements for CCAs. 2.1. Reasonable expectation of benefits. 2.2. A	

calculated contribution of each participant. 2.3. The proportionality of contributions to the CCA and the expected benefits. II. Tax treatment of payments made under a CCA. III. Remarks on CCAs with Latin-American participants. Conclusions. References.

Tributação em Bases Universais e a Limitação ao Aproveitamento de Créditos de Impostos Pagos no Exterior em Caso de Auferimento de Prejuízos pela Investidora Brasileira

292

Lucas Lobo Pereira

1. Introdução. 2. As regras de tributação de CFCs e a evolução da tributação em bases universais no Brasil. 3. Lei n. 12.973/2014: o novo regime de tributação de lucros auferidos no exterior no Brasil e as regras de compensação dos tributos pagos no exterior. 4. O aproveitamento de créditos na hipótese de verificação de prejuízos pela pessoa jurídica brasileira. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

The Concept of Options Realistically Available in Transfer Pricing upon the Delineation Rule vis-à-vis Article 9 of Double Taxation Treaties and Tax (Un)Certainty

310

Luís Eduardo Schoueri / Bruno Fettermann

1. Introduction. 2. Some examples of the tax contentious related to the delineation rule based on the ORA concept. 3. The incompatibility of the delineation norm relying on the undetermined terms of 'options realistically available' vis-à-vis ALS and tax certainty. 4. Conclusions. References.

Desafios da Adoção Inicial do Novo Regime de Preços de Transferência: Notas sobre o Caso dos Intangíveis

318

Luís Flávio Neto / Victor Borges Polizelli

1. Introdução. 2. A evolução do regime de preços de transferência no Brasil. 2.1. A Lei n. 9.430/1996: o antigo regime brasileiro de preços de transferência. 2.2. A revolução da Lei n. 14.596/2023: um novo regime de preços de transferência e o desafio dos intangíveis. 2.3. Um desafio ainda maior: intangíveis de difícil valoração e pagamentos contingentes. 3. Eficácia temporal e limitações à retroatividade na adoção inicial do novo regime de preços de transferência. 4. Considerações finais: desafios e perspectivas para o novo regime.

Tributação da Economia Digital: Apontamentos sobre a Experiência Internacional e Reforma Tributária no Brasil

323

Marcelo Salles Annunziata

Breve introdução ao tema e objeto de estudo. I. Tributação internacional da economia digital. II. Sugestões de sistemas de tributação para evitar a evasão fiscal. III. Tributação da economia digital no Brasil à luz da reforma tributária. IV. Conclusões.

Aquisição de Participação Societária por Investidor Estrangeiro: Análise Comparativa dos Critérios para Amortização Fiscal do Ágio com Utilização de “Empresa-Veículo” na Jurisprudência do CARF e do STJ 331

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

Introdução. 1. Breve evolução normativa acerca da amortização fiscal do ágio. 2. Critérios para a amortização fiscal do ágio com utilização de “empresa-veículo”. 3. O caso da aquisição de participação societária com ágio por investidor estrangeiro. Conclusões. Bibliografia.

A Tributação sobre Heranças e Doações e a Emenda Constitucional n. 132/2023 342

Martha Leão / João de Souza Alho Neto

Introdução. 1. O ITCMD na redação original da Constituição Federal de 1988 e a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal. 2. O ITCMD após alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 132/2023. 2.1. A incidência do ITCMD sem lei complementar nacional. 2.2. O ITCMD progressivo em razão do valor do quinhão, do legado ou da doação. Conclusões. Bibliografia.

The Relevance of the OECD and UN Commentaries for the Interpretation of Tax Treaties 356

Michael Lang

I. The OECD and UN Commentaries. II. Modification versus interpretation. III. Constitutional considerations? IV. Distinguishing according to the subject matter of the treaty. V. The incorporation of provisions from a Model Convention into a tax treaty. VI. Static versus dynamic interpretation of tax treaties. VII. Acting on behalf of Contracting States. VIII. Conduct of a party in the application of a treaty as “subsequent practice”. IX. Interpretation clause of Art 3 (2) OECD MC. X. Conclusion.

A Regra Convencional de Hierarquia de Definições, o Envio às Definições Domésticas Infralegais e os Comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU 374

Misabel Abreu Machado Derzi / Aluizio Porcaro Rausch

Introdução. 1. O Artigo 3(2): a regra convencional de hierarquia de definições. 2. A regra convencional de hierarquia de definições e as definições domésticas infralegais. 3. Os Comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU sobre o envio às definições domésticas infralegais. 4. A doutrina tributária internacional sobre o envio às definições domésticas infralegais. 5. O princípio constitucional da legalidade em matéria tributária e o envio às definições domésticas infralegais. Conclusões.

An International Tax Organization and Unitary Taxation for Global Taxpayers 387

Natalia Quiñones / Lorenzo Uribe

1. A new kind of taxpayers. 2. The limitation of localization in the current international rules. 3. Individual global taxpayers. 4. Corporate global taxpayers.

5. Unitary taxation as a global income tax. 6. An international tax organization. 7. Spending the revenue from the global income tax.

Consequências Jurídicas no Brasil de “Trusts” no Exterior 398

Ricardo Mariz de Oliveira

I. Introdução. II. A Lei n. 14.754 e seus efeitos, tributários e não tributários.

Desafios e Discussões Práticas sobre a Implementação do Pillar II no Brasil 415

Soraia Steffens

Introdução. 1. O cenário tributário atual no Brasil. 2. Os grupos multinacionais e o desconhecimento das obrigações relacionadas ao Pillar II. 3. Informações e bases de dados. 4. IAS 12 e o impacto do Pillar II nas demonstrações financeiras. 5. Custos de conformidade. 6. Tempo e período para implementação. Conclusão.

A Climate Treaty for the Global Taxation of Carbon 421

Tatiana Falcão

Introduction. 1. International Instrument. 2. The MCTT’s articles. 3. Binding Treaty Agreement. 4. Narrow Tax Base. Conclusion.

Relatórios – Moderadores

Report on the Panel: “The New Global Tax Governance: The Current Role of UN and OECD in the Contemporaneous International Tax” 429

Júlia Rizia Antunes Costa Almeida

Report: “Transfer Pricing – Commodities and Intangibles” 436

Bruna Camargo Ferrari

Report: “Digital economy taxation: recent developments in the international experience” 440

Alina Miyake

Report 11.09 – “Double Taxation Agreements and Changes in Brazilian Fiscal Policy” 450

Giulia B. Benvegnú

Report: International Taxation on Demand: Q&A (First Day – September 11, 2024) 454

Martha Toribio Leão / Aluizio Porcaro Rausch

Report: “International Tax Planning: Recent Court Cases” 457

Leonardo Thomaz Pignatari

(Report) Transfer Pricing: Challenges in the Adoption of the OECD Standard	463
Audrei Okada Teixeira	
Report: Transfer Pricing: “Options Realistically Available” and “Country Risk” and Other Controversies	467
Carolina Favrin Keri	
Report: “Pillar 2: Developments and Challenges for Emerging Countries”	470
Belisa Ferreira Liotti	
Report: “International Taxation on-Demand: Q&A”	477
Diogo Olm Ferreira / Lucas Lobo	
Proceedings Report of the IBDT – X International Tax Law Congress IBDT/USP	481
Flávio Basile	
Report – OECD and UN Commentaries and Guidelines: Relevance and Controversies	486
Guilherme Galdino	
Report: Taxation of Wealth: International Mobility, Offshore Entities, and Trusts Abroad	489
Fernanda Botinha Nascimento	
Transfer Pricing: Intragroup Services and Cost Sharing Agreement	496
Adriana Brito	

Concurso de Artigos

User Participation in Digital Services as a Barter: Implications for Income Tax and VAT	503
Helio de Mello	
1. Introduction. 2. Imputed income/consumption and barter transactions. 3. User participation in digital services as a barter. 4. Implications for income tax and VAT. 4.1. Income tax. 4.2. VAT. 5. Conclusion. 6. References.	
Preços de Transferência das <i>Commodities</i>: Transações com <i>Trading Companies</i>	517
Ricardo Marozzi Gregorio	
1. Introdução. 2. O uso das <i>tradings</i> na comercialização das <i>commodities</i> . 3. Tratamento antes da Lei n. 14.596. 4. Tratamento com a Lei n. 14.596. 5. Conclusão. Referências.	

Ficções Jurídicas de Legislação Interna e Acordos de Bitributação: uma Análise à Luz do Caso Fowler v. HMRC

535

Camila Nasser Cabral

1. Introdução. 2. O caso Fowler v. HMRC. 3. Interpretação nos acordos de bitributação: o artigo 3 (2) e as disposições da CVDT. 4. A decisão da Suprema Corte do Reino Unido e a desconsideração do “contexto”. 5. Conclusões. Bibliografia.

Implementação do *Split Payment* Brasileiro: a Experiência Internacional

550

Danilo Bertagnoli / Kelzer Schneider

1. Introdução
2. Origens do *split payment*. 3. Experiência internacional sobre o *split payment*.
3.1. A experiência italiana com o *split payment*. 3.2. A experiência mexicana com o *split payment*. 3.3. A experiência equatoriana com o *split payment*. 3.4. A experiência da república tcheca com o *split payment*. 3.5. A experiência polonesa com o *split payment*. 4. Introdução do *split payment* na Constituição Federal com a aprovação da EC n. 132/2023 e os desafios de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Lei n. 14.754/2023: Inconstitucionalidades e Aplicação dos Acordos de Bitributação

566

Gabriel Bez-Batti

1. Introdução. 2. Aspectos introdutórios sobre a Lei n. 14.754/2023. 3. Inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 14.754/2023: aspectos introdutórios. 4. Inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 14.754/2023. 5. Compatibilidade da tributação automática dos lucros no exterior com os acordos de bitributação assinados pelo Brasil. 6. Conceito de regra CFC. i) Estados Unidos. ii) Europa. iii) OCDE. 7. As regras previstas na Lei n. 14.754/2023 são CFC? 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

Concordar em Discordar: os Tratados contra a Dupla Tributação como Meio para Superar as Diferenças

588

Jefferson Ferreira Antunes de Souza

1. Introdução. 2. Aspectos gerais dos acordos previdenciários e suas limitações. 3. Um norte-americano no Brasil. 4. Um brasileiro nos Estados Unidos. 5. Papel dos Tratados contra a Dupla Tributação sobre a previdência complementar. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia.

Estabelecimento Permanente de Serviços (Art. 5 (3)) e a Tributação dos Serviços Digitais Automatizados (Art. 12-b): Inovações da ONU em Prol do Desenvolvimento

607

Juliana de Sousa

1. Introdução. 2. O papel do estabelecimento permanente na estrutura dos tratados para evitar a dupla tributação. 3. Estabelecimento permanente de serviços. 3.1. Estabelecimento permanente de serviço no Brasil e no direito com-

parado – o caso da Arábia Saudita. 4. O Artigo 12B da Convenção Modelo da ONU. 4.1. Principais críticas que permeiam o Artigo 12B. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

Crypto-Asset Reporting Framework (CARF): Evidência da Troca Automática de Informações para Fins Fiscais como Costume Tributário Internacional

628

Lillie Lima

Introdução

1. Costume como fonte de direito tributário internacional. 2. A troca de informações como costume em direito tributário internacional. 2.1. A troca de informações como instrumento da imperatividade da norma tributária internacional. 2.2. O panorama geral do intercâmbio global de informações fiscais sob a égide da OCDE. 2.3. A tese da troca de informações fiscais na modalidade a pedido como costume tributário internacional. Conclusão. Referências.

As Propostas de CIDE como *Digital Services Taxes* à Luz do Fenômeno Global da Tributação da Economia Digital

645

Lucas Valle Martins

Introdução. 1. Sobre a digitalização da economia, 1.1. A tributação internacional da economia digital: hora de mudar. 1.2. A busca por um novo elemento de conexão. 2. Reações unilaterais – os Digital Services Taxes (DST). 2.1. Modelos de imposto digital. 2.2. O modelo espanhol. 2.3. Conclusão. 3. Os modelos de imposto digital brasileiros. 3.1. CIDE-Digital (PL n. 2.358/2020). 3.2. CIDE-Internet (PL n. 640/2021). Conclusão. Bibliografia.

***Moore v. United States*: um Breve Paralelo entre a Política de Tributação de Investimentos no Exterior do Brasil e dos EUA**

662

Luiz Flávio Paína Resende Alves / Sonilton Campos

1. Introdução e contexto histórico. 2. Reforma tributária de 2017 – *Tax Cuts and Jobs Act*. 3. *Moore v. United States* – a importância conceitual do *leading case*. 4. Aplicação do direito comparado: caso *Moore* e a nova Lei de Tributação de CFCs brasileira – Lei n. 14.754/2023. 5. Conclusão. Referências.

Tributação Internacional do Mercado de Créditos de Carbono: Complicações Relativas à sua Natureza Jurídico-Contábil

672

Pedro Alaminos Gonçalves

Introdução. 1. Histórico internacional dos créditos de carbono. 2. Natureza jurídico-contábil dos créditos de carbono no Brasil. 3. Aplicação de tratados para evitar a dupla tributação da renda ao mercado de créditos de carbono. Conclusão. Bibliografia.

Apresentação

Completando dez edições, o Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, realizado de forma integralmente presencial entre 11 e 13 de setembro de 2024, consolidou-se como um evento grandioso dentro do cenário acadêmico jurídico-tributário, lotando o Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FD-USP.

Nesta edição, o evento organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT em parceria com o Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da FD-USP teve como mote os desafios atuais da tributação internacional.

Renomados juristas brasileiros e palestrantes de Áustria, Canadá, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Itália e Portugal puderam abordar temas relacionados a: nova governança tributária global; desenvolvimentos recentes da tributação da economia digital; mudanças na política fiscal brasileira quanto à negociação e à celebração de tratados contra a bitributação; casos recentes sobre planejamento tributário internacional; desafios impostos pelas regras do Pilar 2 para os países emergentes; correlação da tributação internacional e sustentabilidade; desafios, críticas e tendências a respeito da tributação de grandes fortunas; além de variadas *nuances* sobre o controle de preços de transferência, com ênfase no recente regramento brasileiro, agora alinhado com o padrão da OCDE.

O Congresso foi um sucesso! Mais uma vez se confirmou a sua vocação para discutir temas relevantes de tributação internacional, de forma aprofundada e ao mesmo tempo abrangente. E isso só foi possível graças ao empenho de muitas pessoas, acadêmicos, advogados, magistrados, e mesmo empresas e instituições parceiras, que, com o seu trabalho e apoio, seja de organização, preparação de conteúdo, patrocínio e divulgação, contribuíram para o êxito desse evento acadêmico. A todas elas, dirigimos o nosso profundo agradecimento e registramos o nosso compromisso de seguir buscando excelência nas próximas edições do Congresso.

Temos também a satisfação de apresentar à comunidade acadêmica os presentes Anais do X Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, consolidando tudo o que foi amplamente pensado e discutido nos 3 dias de evento em artigos, resenhas e relatórios de cada um dos painéis. Também se incluem nestes Anais os artigos selecionados em concurso realizado como atividade correlata ao evento, voltada a incentivar a produção bibliográfica sobre tributação internacional.

Democratiza-se, assim, com essa publicação, o acesso a valioso conteúdo para estudo do Direito Tributário Internacional. Desejamos uma proveitosa e agradável leitura!

Os Coordenadores

**X Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-FDUSP**

***X Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-FDUSP***

ARTIGOS – Comitê Organizador
ARTICLES – Organizing Committee

Planejamento Tributário Internacional – Controladas no Exterior

International Tax Planning – Controlled Foreign Corporations

Alessandra Okuma

Doutora e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Presidente do Tax & Women. Professora de cursos de pós-graduação. Advogada em São Paulo. *E-mail*: alessandra@okumalaw.com.

Resumo

Neste artigo, analisaremos as regras brasileiras de tributação em bases mundiais, que determinam que os lucros de controladas devem ser adicionados ao lucro real da controladora no Brasil, no final de cada ano. Após a análise do regime de tributação dos lucros das empresas (art. 7º) e dos dividendos (art. 10) dos Tratados para Evitar Dupla Tributação (TDTs) celebrados em conformidade com o modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), concluímos que a lei interna brasileira se encontra em conflito com os TDTs. E, para solucionar os conflitos entre normas internas e normas internacionais, deve ser aplicado o art. 98 do Código Tributário Nacional, que prevê a prevalência dos tratados para evitar dupla tributação.

Palavras-chave: direito tributário internacional, imposto sobre a renda, controladas no exterior, tributação em bases universais.

Abstract

This article analyzes Brazilian “CFC rules” provided by Law 12.973 and the compatibility with double tax treaties in force. Brazilian CFC rules are very different from the standard CFC rules adopted in OECD Countries. As per Law 12,973, profits earned by controlled foreign companies shall be considered for tax purposes, despite of the distribution and effective payment of dividends in favor of the shareholder. Law 12,973 is applicable to all controlled foreign companies, regardless the place of residence, the type of income earned, and the presence of business purposes. Our conclusion is that Law 12,973 is not in accordance with articles 7 and 10 of OECD model. In this scenario, the provisions of double tax treaty shall prevail over domestic law.

Keywords: international tax, corporate income tax, foreign controlled companies, worldwide taxation.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é enfrentar questão bastante polêmica no âmbito dos nossos Tribunais Administrativos e Judiciais, na tentativa de responder às seguintes indagações:

- 1ª) O regime de tributação em bases universais previsto na Lei n. 12.972/2014 é compatível com os Tratados para Evitar Dupla Tributação (TDTs) celebrados pelo Brasil?
- 2ª) Se não for, na hipótese de conflito, qual é a solução?

Para tanto, analisaremos as decisões administrativas e judiciais mais recentes a respeito do tema. E iniciaremos este artigo com o contexto da tributação dos lucros no exterior de acordo com as leis brasileiras.

2. O panorama geral da tributação dos lucros de controladas no exterior

A legislação brasileira adotou o regime de transparência fiscal em 2001, para tributar a renda auferida por coligadas ou controladas residentes no exterior, proporcionalmente à respectiva participação societária. Ao encerramento do período base, a renda auferida pelas controladas ou coligadas no exterior deveria ser acrescida ao lucro real da controladora ou coligada residente no Brasil, independentemente do pagamento, crédito, emprego ou remessa desses lucros.

Trata-se de norma antielisiva específica, que prevê uma presunção absoluta. Presume a ocorrência do fato jurídico (distribuição de dividendos) e imputa-lhe consequência fiscal (imediate reconhecimento dos lucros pelos sócios). Essa presunção absoluta traz como efeito o que foi denominado “universalidade ampliada” ou “tributação extraterritorial” por Alberto Xavier¹.

Confira-se o teor do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001:

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

Tal regime sofreu inúmeras críticas², especialmente por ser contrário ao art. 43 do Código Tributário Nacional – considerando como renda disponível aquilo

¹ XAVIER, Alberto. *Direito internacional tributário do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 350.

² OLIVEIRA, Ricardo Mariz. O conceito de renda – inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar n 104 (a questão da disponibilidade dos lucros de coligadas ou controladas no exterior). *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 73, p. 115; BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 69 e s.; TORRES, Ricardo Lobo. Tendências da tributação dos lucros e dos investimentos. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: ABRADT e Del Rey, v. 4, p. 46; CÔELHO, Sacha Calmon; DERZI, Misabel Abreu Machado. Tributação pelo IRPJ e pela CSLL de lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior. Inconstitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 130, p. 135 e s.; OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Lucros de coligadas e controladas no exterior e aspectos de elisão e evasão fiscal no direito brasileiro e no internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 102, p. 95 e s.; SCHOUERI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 142, p. 39 e s.; MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

que, nas palavras de Alberto Xavier, trata-se de mera expectativa³.

Como regra, há segregação patrimonial entre as pessoas jurídicas e seus investidores. Na data do encerramento do balanço, os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior não estão disponíveis – nem de forma jurídica, nem de forma econômica – para as controladoras ou coligadas residentes no Brasil. Não há disponibilidade econômica⁴, pois não houve o efeito crédito, entrega, emprego, ou remessa efetiva desses lucros para os sócios ou acionistas residentes no Brasil. Tampouco há disponibilidade jurídica, exceto na hipótese em que o respectivo contrato social determinar a distribuição imediata e automática aos sócios, dos lucros auferidos pela sociedade.

A disponibilidade jurídica⁵ está condicionada à efetiva titularidade dos lucros. Na data do encerramento do balanço das controladas ou coligadas os lucros por elas auferidos não são de titularidade de seus sócios ou acionistas. Pertencem à controlada ou coligada e poderão ter como destinação o reinvestimento, a criação de fundo de reservas e outros tantos diferentes da efetiva distribuição. Apenas quando houver um fato jurídico suficiente, que determine a distribuição dos dividendos (declaração de dividendos⁶), ou uma deliberação dos sócios⁷ determinando a distribuição dos lucros aos sócios, haverá titularidade e disponibilidade desses rendimentos para as pessoas residentes no Brasil. Unicamente na hipótese em que a controlada ou coligada é residente em país de tributação favorecida e regras societárias pouco rígidas é que o investidor terá a imediata disponibilidade dos lucros auferidos no exterior⁸, formalizando os documentos societários *a posteriori*.

Ao comentar o tema em artigo recente, Ricardo Mariz de Oliveira⁹, com seu brilhantismo usual, concluiu:

Em síntese, a decisão de admitir a tributação de lucros ainda mantidos em controladas ou coligadas representou o desrespeito ao próprio princípio constitucio-

³ OKUMA, Alessandra. Da tributação das empresas controladas e coligadas. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado II*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 503-532.

⁴ Utilizamos aqui as hipóteses de disponibilidade econômica arroladas na Lei n. 9.532/97, art. 1º.

⁵ “A aquisição do direito à renda não se confunde, todavia, com a aquisição da disponibilidade da renda: a aquisição do direito é o fato jurídico de a pessoa ocupar a posição de sujeito ativo e de o direito aderir à pessoa que ocupa essa posição; enquanto que a aquisição de disponibilidade de renda é o fato econômico de a pessoa obter o poder de dispor do objeto do poder adquirido” (PEDREIRA, Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: JUSTEC, v. I, p. 196).

⁶ Art. 205 da Lei n. 6.404/76.

⁷ Art. 192 da Lei n. 6.404/76.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 142, p. 47.

⁹ MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. A incógnita da disponibilidade econômica da renda: novos atropelos da noção de disponibilidade. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 38, 2017, p. 276-290. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1472>.

nal da capacidade contributiva, mediante a permissão para que o patrimônio, ainda não efetivamente aumentado, tenha que pagar tributo sobre renda ainda não agregada a ele. A constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35/2001 foi levada ao crivo do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.588. Foram muitas as divergências entre os Ministros e formou-se maioria apenas para declarar a (i) inconstitucionalidade da tributação automática dos lucros auferidos em 31 de dezembro quanto às coligadas localizadas fora de “paraísos fiscais”¹⁰ e (ii) a constitucionalidade da tributação quanto aos lucros auferidos por controladas localizadas em “paraísos fiscais”.

A seguir, foi editada a Lei n. 12.973/2014, que trouxe novas regras para tributação em bases universais (TBU), a saber:

Art. 76. A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, deverá registrar em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta.

O regime de tributação dos lucros por controladas no exterior foi mantido. A cada 31 de dezembro, o lucro das diretas ou indiretas deve ser adicionados ao lucro real da controladora¹¹ no Brasil e os prejuízos acumulados por controladas diretas ou indiretas podem ser compensados com lucros futuros.

¹⁰ Arts. 24 e 24-A da Lei n. 9.430/96 e IN n. 1.037/2010.

¹¹ Lei n. 12.973/2014: “Art. 83. Para fins do disposto nesta Lei, equipara-se à condição de controladora a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que detenha participação em coligada no exterior e que, em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, possua mais de 50% (cinquenta por cento) do capital votante da coligada no exterior. (Vigência)

Parágrafo único. Para efeitos do disposto no *caput*, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

I – a pessoa física ou jurídica cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora, direta ou indireta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

II – a pessoa jurídica que seja caracterizada como sua controlada, direta ou indireta, ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

III – a pessoa jurídica quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos 10% (dez por cento) do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

IV – a pessoa física ou jurídica que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

V – a pessoa física que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus conselheiros, administradores, sócios ou acionista controlador em participação direta ou indireta; e

VI – a pessoa jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado, conforme dispõem os arts. 24 e 24-A da Lei n. 9.430, de 27 de de-

Interessantes os termos utilizados no art. 76 da Lei n. 12.973/2014, que se refere ao “resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos no exterior”. E esse conceito foi regulamentado pela Instrução Normativa n. 1.520/2014, que determina que os “resultados positivos auferidos no exterior” sejam incluídos no lucro real da controladora.

Os resultados positivos referidos no art. 76 da Lei n. 12.973/2014 são os lucros auferidos pela empresa controlada no exterior e apurados segundo as normas contábeis do Estado de residência (art. 8º, § 1º, da IN n. 1.520/2014). São os lucros auferidos no exterior pela empresa controlada ou coligada, como veremos, que devem ser tributados no respectivo Estado da residência.

Concordamos com Roberto Codorniz¹² que, embora tenha sido utilizada a expressão “resultado positivo”, o objeto da tributação é o lucro auferido pela controlada no exterior e que a redação da Lei n. 12.973/2014 pretende confirmar a opinião da Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta n. 18/2013:

O ponto que se revela mais sensível no novo regime é, certamente, a notável tentativa de se trazer para o plano legal a interpretação anteriormente consubstanciada na Solução de Consulta Interna n. 18/2013. No antigo regime, não havia dúvidas de que esta interpretação era totalmente desprovida de base legal já que tanto o artigo 25 da Lei n. 9.249/1958 quanto o artigo 74 da MP n. 2.158-35/2001 adotam como objeto da tributação os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior.

No novo regime, o *caput* do artigo 77 da Lei n. 12.973/2014 estabeleceu como objeto do regime aplicável à hipótese de controle societário ‘a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros’. Por definição, o que é ‘equivalente’ não é idêntico. No entanto, ao se passar para a leitura dos parágrafos do referido artigo – claro, porque a interpretação de parte do dispositivo legal não é suficiente para que se construa a norma adequada a ser aplicável no caso concreto – o que se vê é que o objeto do regime continua sendo o lucro e não os ajustes patrimoniais que lhe seriam equivalentes.

No mesmo sentido é a opinião de Sergio André Rocha¹³, que relatou a particularidade do processo de conversão da MP n. 627 na Lei n. 12.973/2014:

A redação não foi fortuita. Através dela, procurou a Receita Federal aproximar-se dos votos que lhe foram favoráveis no julgamento da ADI 2.588 e da posição sustentada na SC 18/13. Tentou ainda compatibilizar a redação legal com as decisões do STF e do STJ que, como visto, declararam a ilegalidade da utilização da equi-

zembro de 1996, desde que não comprove que seus controladores não estejam enquadrados nos incisos I a V”.

¹² CODORNIZ LEITE PEREIRA, R. O novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: as velhas questões foram resolvidas? *Revista Direito Tributário Atual*, n. 33, p. 413-442, 2015. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/105>.

¹³ ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 160-161.

valência patrimonial como materialidade tributável. Ou seja, pretendeu-se afastar os argumentos da inconstitucionalidade baseados no fato de que se estaria tributando no Brasil os lucros de outra pessoa jurídica, assim como a aplicação dos tratados internacionais tributários. Tanto assim que, durante a tramitação da MP 627, tentou-se retornar à redação anterior, de modo que a lei estabelecesse de forma mais clara e direta uma tributação sobre o lucro da empresa controlada no exterior, mas o Governo buscou fortemente manter anova redação.

Em resumo, a Lei n. 12.973/2014 trouxe algumas inovações. Primeiro, a tributação individualizada do lucro de controladas indiretas (art. 76, § 1º)¹⁴. Segundo, a possibilidade de consolidação dos resultados de todas as controladas diretas ou indiretas até 2024, com exceção àquelas que estão localizadas em paraísos fiscais ou com renda ativa¹⁵ própria inferior a 80%. Terceiro, para tributação dos lucros das controladas não localizadas em “paraísos fiscais”, os lucros são considerados disponibilizados quando há pagamento, crédito, emprego, remessa, operação de mútuo ou adiantamento de recursos para a empresa brasileira, em conformidade com o que foi decidido pelo STF na ADI 2.588.

Até 2024, a controladora residente no Brasil pode aproveitar os prejuízos de uma controlada direta ou indireta, compensando-os com lucros de outra controlada, em uma consolidação global dos resultados no exterior¹⁶. Após 2024, os lucros da controladas indiretas deverão ser apurados de modo individualizado, para evitar que estes sejam reduzidos por prejuízos acumulados no exterior por outras controlada diretas ou indiretas.

Importante destacar nossa *premissa*: o “novo” regime de tributação em bases universais previsto na Lei n. 12.973/2014 tem como objeto a tributação do *lucro auferido pelas controladas no exterior*. Ainda que a lei tente dar-lhe uma nova roupagem ao referir-se a “parcela de ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior” a *grandeza tributada* é o *lucro auferido pela controlada no exterior*.

Pela Lei n. 12.973/2014 e IN n. 1.520/2014, o “resultado” auferido por controladas no exterior é aquele calculado de acordo com as regras contábeis e societá-

¹⁴ Antes, na vigência da Lei n. 9.249/95, no art. 1º, §§ 5º e 6º, havia a vedação à consolidação de resultados de filial, sucursal, controlada ou coligada, ainda que localizadas em um mesmo país (a chamada consolidação horizontal). Por outro lado, era obrigatória a consolidação vertical dos investimentos: “consolidação dos resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente”.

¹⁵ Receitas da atividade econômica, excluídas: a) *royalties*; b) juros; c) dividendos; d) participações societárias; e) aluguéis; f) ganhos de capital, salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de 2 (dois) anos; g) aplicações financeiras; e h) intermediação financeira.

¹⁶ BEZ-BATTI, Gabriel. Evolução legislativa e jurisprudencial da tributação brasileira dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 6, p. 143-167. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-7155-rdtia-n6-6>.

rias do respectivo Estado de residência. Isto é equivalente ao *lucro* que na legislação brasileira se encontra tratado na Seção I da Lei das S/A.

Assim sendo, a hipótese de incidência da Lei n. 12.973/2014 pretende alcançar o *lucro* auferido no exterior por controladas diretas ou indiretas e a base de cálculo é referido *lucro*, na proporção da participação da controladora residente no Brasil¹⁷.

O art. 77, § 1º, da Lei n. 12.972/2014 confirma essa interpretação, ao determinar que a *parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período*.

Bem delimitado o objeto da tributação em bases universais prevista na Lei n. 12.973/2014, passaremos à análise de sua compatibilidade com o regime de tributação previsto nos Tratados para Evitar a Dupla Tributação (TDTs).

3. A tributação de lucros não distribuídos e os Acordos para Evitar a Dupla Tributação firmados pelo Brasil

A análise do regime de tributação em bases universais (TBU) da Lei n. 12.973/2014, com a tributação automática dos lucros de “entidades controladas”, a cada 31 de dezembro, antes da distribuição e do efetivo pagamento às controladoras no Brasil¹⁸, requer o exame do Tratado para Evitar a Dupla Tributação (TDT) entre o Brasil e o país em que se localiza a controlada.

O Brasil tem TDTs vigentes com os seguintes países: África do Sul, Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Canada, Chile, China, Coreia do Sul, Dinamarca, Emirados Árabes Unidos, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Paí-

¹⁷ “Como já destacamos e reafirmamos, não se pode perder de vista que, desde a edição da Lei 9.249, a materialidade tributável pela legislação brasileira sempre foram os lucros auferidos pela empresa no exterior. A distribuição destes, quando muito, representa o momento em que ocorrer a tributação dos lucros, como acontece com as coligadas tributadas em regime de caixa” (ROCHA, Sérgio André. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 159).

¹⁸ A maior parte da literatura especializada, no tocante ao tema da adequação do regime com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, entende que o seu correto enquadramento se dá no art. 7º (§ 1º) dos tratados que dispõe sobre os lucros das empresas. Com efeito, o art. 7º da Convenção-Modelo prevê a regra de que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Trata-se de uma regra de competência tributária exclusiva em que apenas o Estado de residência da sociedade empresarial terá jurisdição para tributar os lucros por ela produzidos. Neste sentido, os seguidores desta linha entendem que o regime brasileiro é incompatível com a referida regra de competência exclusiva, na ausência de estabelecimento permanente que a excepcione (CODORNIZ LEITE PEREIRA, R. O novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: as velhas questões foram resolvidas? *Revista Direito Tributário Atual*, n. 33, p. 413-442, 2015. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/105>).

ses Baixos, Peru, Portugal, República Tcheca, Rússia, Singapura, Suécia, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Uruguai, Ucrânia e Venezuela.

Como ensina Klaus Vogel, os TDTs atuam como uma máscara sobre as leis internas dos Estados¹⁹. As leis internas somente podem atingir os fatos que se encontram na parte descoberta. O que estiver na área coberta pela “máscara” não pode ser alcançado pela lei interna, pois terá sua eficácia contida pelas disposições do respectivo TDT²⁰.

Todos os TDTs firmados pelo Brasil utilizam o modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que têm suas regras ordenadas de acordo com o tipo de rendimento: dividendos (art. 10), juros (art. 11), *royalties* (art. 12), ganhos de capital (art. 13), estes, qualificados pelo critério de inerência à fonte e força de atração restrita.

E temos, em resumo, três classes de normas: (i) que atribuem a *competência tributária ao Estado da residência*, como são os rendimentos de profissionais dependentes, os lucros das empresas e os rendimentos de profissionais independentes – salvo se auferidos por intermédio de estabelecimento permanente pessoal ou material no outro Estado – e os lucros provenientes da navegação marítima ou aérea – que são tributados no Estado em que se localiza a sede efetiva; (ii) que atribuem a *competência tributária ao Estado da fonte*, como é o caso dos tributos incidentes sobre rendas auferidas de bens imobiliários, explorações agrícolas ou florestais, os rendimentos de artistas ou desportistas, pensões ou remunerações similares, importâncias recebidas por estudantes e estagiários; (iii) que permitem que a *tributação seja exercida por ambos os Estados* signatários como é o caso dos juros e dos dividendos, por vezes, com limitação de alíquotas e obrigando os Estado da residência a reconhecer um crédito de imposto.

O art. 7º dos TDTs, no modelo OCDE, atribuem ao Estado de residência da empresa a competência exclusiva para os lucros por ela auferidos.

Da mesma forma, os resultados auferidos pelas controladas diretas ou indiretas mencionados na Lei n. 12.973/2014 são lucros da empresa controlada, os quais, nos termos do art. 7º dos TDTs no modelo OCDE, somente podem ser tributados no Estado de residência da referida controlada²¹.

¹⁹ OKUMA, Alessandra; GERMANO, Livia. Sobre a impossibilidade de tributação de controladas no exterior, detidas por pessoas físicas residentes no Brasil, na forma da Lei 14.754/2023. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes *et al.* *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimentos*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. II.

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Homenagem ao Prof. Klaus Vogel por Luís Eduardo Schoueri. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, Quartier Latin, n. 8, ano 3, 2008, p. 10.

²¹ Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante serão tributáveis apenas nesse Estado, a não ser que a empresa exerça suas atividades no outro Estado Contratante por intermédio de estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas somente no tocante à parte dos lucros atribuível a esse estabelecimento permanente.

Sob a égide da MP n. 2.158/2001, essa interpretação encontrou amparo na doutrina majoritária, da qual destacamos: Alberto Xavier²², Joao Francisco Bianco²³, Heleno Torres²⁴ e Luís Eduardo Schoueri²⁵.

Levando-se em conta a premissa posta anteriormente de que a Lei n. 12.973/2014 pretende tributar o lucro auferido pelas controladas no exterior tal como a MP n. 2.158/2001, conclui-se pela incompatibilidade do atual regime de tributação em bases universais com o art. 7º dos TDTs.

Quando um rendimento auferido por uma empresa não se qualifica numa daquelas categorias especiais do TDT e é considerado como renda inerente à atividade empresarial desenvolvida, prevalece sua classificação como lucro de empresa (art. 7º). Essa é a orientação dos comentários da OCDE²⁶ e do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena, Convenção do Direito dos Tratados, promulgada pelo Decreto n. 7.030/2009:

“1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”.

O sentido comum atribuível ao termo lucro das empresas compreende todos os resultados do exercício de suas atividades operacionais, com a exceção dos rendimentos expressamente tratados nos demais artigos das TDTs.

Sobre a finalidade dos TDTs, é digna de destaque a interpretação sistemática de Ramon Tomazela Santos²⁷, ao analisar o regime de tributação em bases universais da Lei n. 12.972/2014:

²² XAVIER, Alberto. *direito internacional tributário do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 350.

²³ “Consequentemente, uma legislação das CFCs, que institua a tributação dos lucros da sociedade investida – desconsiderando a sua personalidade jurídica ou considerando-a transparente para esse fim específico –, é claramente contrária ao artigo 7º, parágrafo 1º, da Convenção Modelo, por extrapolar a competência tributária que lhe foi conferida pelo tratado” (BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 149).

²⁴ “Na combinação dos dispositivos constantes dos arts. 7º e 10 da CDT, exsurge o impedimento à tributação de lucros ou dividendos antes de sua efetiva distribuição, sob condição de disponibilidade então qualificada como ‘dividendo pago’, como medida para eliminar eventual dupla tributação ou tratamento discriminatório, que são os fins primordiais desses tratados” (TORRES, Heleno Taveira. *Tributação de controladas e coligadas no exterior e seus desafios concretos*. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. VI, p. 435- 436).

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 – Parecer*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética e IBDT, v. 16, 2001, p. 203, 206 e 207.

²⁶ “71. Although it has not been found necessary in the Convention to define the term ‘profits’, it should nevertheless be understood that the term when used in this Article and elsewhere in the Convention has a broad meaning including all income derived in carrying on an enterprise. Such a broad meaning corresponds to the use of the term made in the tax laws of most OECD member countries;”

²⁷ SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei n. 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 299-300.

Os acordos de bitributação seguem uma estrutura lógica, que confirma a incompatibilidade de regras de tributação automática de lucros não distribuídos com as disposições convencionais. Essa estrutura lógica pode ser assim explicada:

- o artigo 7º do acordo de bitributação impede a tributação dos lucros auferidos por uma sociedade residente no outro Estado contratante, antes de sua distribuição, salvo se existir um estabelecimento permanente no Estado da fonte;
- o artigo 10 do acordo de bitributação prevê a possibilidade de tributação cumulativa dos dividendos pagos por ambos os Estados contratantes, tanto por meio de retenção na fonte, quanto no nível do beneficiário;
- o artigo 23 do acordo de bitributação prevê que o Estado da residência deverá aplicar o método da isenção ou o método do crédito para evitar a dupla tributação dos dividendos.

Na Convenção Modelo da OCDE, as duas versões do artigo 23 (A e B) adotam o método do crédito para aliviar a dupla tributação dos dividendos, de modo que o Estado da residência poderá exercer seu poder residual de tributá-los, como a concessão de crédito em relação ao imposto de renda retido no Estado da fonte. Porém, em acordos de bitributação efetivos, há países que adotam o método da isenção.

Ocorre que a tributação automática dos lucros do exterior, pretendida pela Lei n. 12.973/2014, inverte e viola essa estrutura lógica porque a tributação automática de lucros não distribuídos e a tributação posterior dos dividendos distribuídos acarretaria uma dupla tributação não protegida pelo tratado internacional, pois não há nenhuma disposição convencional que impeça a tributação dos lucros efetivamente distribuídos, que já tenham sido previamente tributados via ficção jurídica.

Como se depreende, a tributação em bases universais da Lei n. 12.973/2014 dos lucros auferidos por controladas no exterior é incompatível com o contexto dos TDTs e frustra o propósito de evitar a dupla tributação internacional.

Além disso, ao tratar da tributação de dividendos, o art. 10 do modelo da OCDE²⁸ refere-se aos dividendos pagos. Dividendos são rendimentos de ações, quotas e outros direitos que permitam a participação nos lucros da empresa (art. 10, § 3º, do modelo OCDE). Ou seja, dividendos são os lucros pagos aos sócios ou acionistas, *após a distribuição pela empresa*.

²⁸ “1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante poderão ser tributados nesse outro Estado.

2. Todavia, esses dividendos poderão também ser tributados no Estado Contratante em que residir a sociedade que os pagar e de acordo com a legislação desse Estado, mas, se o beneficiário efetivo dos dividendos for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim exigido não excederá:

a) 10 por cento do montante bruto dos dividendos, se o beneficiário efetivo for uma sociedade que detenha diretamente pelo menos 25 por cento do capital da sociedade pagadora dos dividendos, ao menos pelo período de 365 dias que preceda o dia do pagamento dos dividendos;

b) 15 por cento do montante bruto dos dividendos em todos os demais casos.

O presente parágrafo não afetará a tributação da sociedade com referência aos lucros que derem origem ao pagamento dos dividendos.”

Enquanto não distribuídos, os lucros auferidos por empresas estão tratados no art. 7º e só podem ser tributados no Estado da residência da empresa²⁹. Dividendos são tributados quando pagos, pelo Estado da fonte (em que se localiza a empresa) e pelo Estado do beneficiário. Nesse sentido é a conclusão de Luís Eduardo Schoueri³⁰:

3.2.3.3.4. Destarte, qualquer que seja a decisão do legislador interno, para fins do acordo de bitributação a conclusão será sempre idêntica: não estão sujeitos ao imposto brasileiro os lucros auferidos pela subsidiária (tal como definida no acordo), no outro Estado Contratante. Não pode o legislador interno “travestir” em lucro da controladora aquele auferido por sua subsidiária se este, enquanto não configurar dividendo, não pode ser tributado no Estado da controladora.

Os comentários da OCDE³¹ confirmam a regra pela qual empresas não residentes não devem ser tributadas pelos lucros não distribuídos. Assim sendo, ao analisar o art. 10 dos TDTs no modelo OCDE, Malherbe e Maito³² também destacaram que a competência tributária do Estado de residência do acionista surge a partir do pagamento dos dividendos e não antes:

Os dividendos são tributados no Estado de residência do acionista, sujeito a uma tributação limitada no Estado da fonte. *O artigo 10 aplica-se a dividendos “pagos”*. Isto tem sido interpretado em alguns casos como abrangendo a distribuição disfarçada de lucros, mas é difícil estender o significado de pagamento para cobrir a situação de dividendos presumidos, em que nenhum benefício econômico é transferido para o acionista. *O artigo 10(5) impede a tributação do acionista pelo Estado de residência em relação aos lucros não distribuídos de uma empresa residente no outro Estado contratante, mesmo que os lucros tenham sido originados no Estado de residência do acionista.* (grifos nossos)

²⁹ “Sob essa ótica, percebe-se que não há verdadeiro conflito. O que se tem no caso é que, nas hipóteses em que a empresa controlada está sediada em país com o qual o Brasil celebrou tratado de bitributação, o art. 7º desse tratado atribui ao país da residência da controlada a competência para tributar os lucros auferidos por ela. E, não tendo o Brasil competência para tributar tal situação, não se aplica a sua legislação interna (a qual, na metáfora de Vogel, encontra-se coberta pela máscara que é o tratado de bitributação), apesar de esta continuar plenamente válida” (MARIZ DE OLIVEIRA, Maria Eugenia. O art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e o art. 7º dos acordos para evitar a dupla tributação: há compatibilidade? Uma análise à luz da jurisprudência atual do CAREF. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 11, 2022, p. 61-79. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-7155.11.3.2022.2243>).

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 – Parecer. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética e IBDT, v. 16, 2001, p. 203, 206 e 207.

³¹ “36. Paragraph 5 further provides that non-resident companies are not to be subjected to special taxes on undistributed profits.”

³² MALHERBE, Jacques; e SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Controlled Foreign Corporations: revisitas à luz dos tratados de bitributação e do direito comunitário europeu. *Revista Direito Tributário Atual*, n. (21), p. 103-119. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1557>.

Assim sendo, concluímos que os arts. 7º e 10 dos TDTs não permitem a tributação de lucros não distribuídos por controladas ou coligadas no exterior. E que estes somente poderão ser tributados dividendos efetivamente pagos aos sócios quotistas e acionistas³³. Aliás, antes do pagamento dos dividendos, não há renda, nem disponibilidade jurídica ou econômica, em favor da controladora brasileira³⁴.

A regra, portanto, é que os TDTs firmados pelo Brasil impedem a tributação dos resultados não distribuídos pelas controladas no exterior. Há, todavia, exceções nos protocolos dos TDTs mais recentes que permitem tal tributação, como veremos a seguir.

4. A excepcional permissão para aplicação de regras de *controlled foreign company* (CFC)

Em 2003, os comentários da OCDE foram alterados para afirmar que as regras *controlled foreign companies* (CFC), por serem normas antielisivas específicas³⁵, estão em harmonia com o modelo de TDT:

14. The purpose of paragraph 1 is to limit the right of the Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. As confirmed by paragraph 3 of Article 1, the paragraph does not limit the right of a Con-

³³ “De fato, a apuração do imposto de renda é definida por regras domésticas. Porém, na medida em que, nessa apuração, são computados lucros que não são da empresa doméstica e não foram a ela distribuídos, há um conflito com o art. 7 dos acordos. Os lucros somente são adicionados na sua apuração, porque, originalmente, tais lucros não eram da entidade controladora. *A nosso ver, há sim conflito entre as regras CFC e o art. 7 do acordo, se tais regras pretendem tributar lucros que não foram distribuídos à controladora e cuja tributação depende da adição em sua apuração, em sentido contrário à interpretação dada pela OCDE e de maneira alinhada com a decisão do Conselho de Estado francês no Caso Schneider Electric*” (ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e a sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, IBDT, n. 12, ano 6, p. 133-219, 2º semestre 2023).

³⁴ “De qualquer forma, mesmo sob esse conceito de disponibilidade econômica, não se deve permitir a tributação dos lucros não distribuídos nos casos em que não são aplicáveis as regras Controlled Foreign Corporations (CFC)” (DEXHEIMER, V. G. Tributação dos lucros não distribuídos auferidos por controladas e coligadas no exterior. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 28, 2012, p. 367-384. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1764>).

³⁵ “Por fim, em quarto lugar, a premissa da OCDE para permitir a tributação no estado de residência da companhia investidora dos lucros auferidos no exterior pela companhia investida está fundada na relação entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos, com fundamento na caracterização de uma prática abusiva. É dizer: nas regras CFC, afastam-se as regras gerais (art. 7 dos acordos), porque há uma excepcionalidade (abuso), que justificaria um tratamento diferenciado.

[...]

Portanto, afastado o fundamento (abuso) da interpretação excepcional da OCDE sobre a relação entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos, uma vez que ele é impertinente, não subsistiria, a princípio, uma justificação válida para a IIR prevalecer sobre o art. 7 dos acordos” (ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e a sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, IBDT, n. 12, ano 6, p. 133-219, 2º semestre 2023).

tracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provision found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph 81 on Article 1).

Os comentários da OCDE, aliás, não são vinculantes ao Brasil mas podem ser considerados como contexto, nos termos do art. 31, § 2º, *b*, da Convenção de Viena: “b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado”.

As diretrizes para tributação de controladas no exterior foram estabelecidas pela Ação 3 do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS³⁶ e baseiam-se nos seguintes pilares (ou *building blocks*): a definição de políticas e objetivos, a definição de CFC, exceções e limites, regras para identificação, atribuição e apuração do lucro e para prevenir dupla tributação.

Como resultado da Ação 3 do BEPS foi elaborado o relatório *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*³⁷, que recomenda que as regras CFC sejam aplicadas às hipóteses em que (a) há controle societário, (b) a controlada está localizada em país de tributação favorecida, (c) os rendimentos por ela auferidos são predominantemente passivos (juros, dividendos, royalties etc.). E, nesse cenário, verificam-se indícios de possível elusão fiscal internacional, o que justifica a aplicação de norma antielisiva³⁸.

Nesse sentido, a congruência das regras CFC com seu propósito antielísivo é da maior relevância, como apontou Luís Eduardo Schoueri³⁹:

Efetivamente, em algumas jurisdições tem sido colocada a questão quanto à comparabilidade entre os acordos de bitributação e as legislações concernentes a Controlled Foreign Corporations. Não cabe aqui reproduzir toda discussão que o tema suscita, de resto, já relatada, com competência, no Brasil. O que importa ter em mente é que a discussão apenas tem sentido quando se está diante de uma norma de caráter excepcional, que visa coibir certas práticas abusivas.

³⁶ OECD. Designing effective controlled foreign company rules. Action 3, 2015. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1.

³⁷ OCDE, Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015.

³⁸ OKUMA, Alessandra. Da tributação das empresas controladas e coligadas. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado II*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 503-532.

³⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a solução de consulta interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 219, p. 67-77.

Ora, se em outras praias a legislação CFC pode ser qualificada como norma antiabuso, no caso brasileiro, a sua aplicação generalizada parece dificultar tal consideração. Afinal, o legislador pátrio não fez qualquer distinção quanto ao tipo de investimento, suas condições e o país onde se encontram a controlada e a coligada. Todos recebem o mesmo tratamento.

Isso porque, “coibir abuso” é ação que implica necessariamente selecionar, de um universo de possíveis situações, aquilo que corresponde, de fato, ao abusivo. O todo não pode ser considerado como abusivo. *A identificação do que é abusivo pressupõe uma comparação com o que não é abusivo.* Ao jogar todas as situações de investimentos no exterior (operações de internacionalização produtivas) em uma vala comum, o legislador não buscou coibir o abuso, mas, tão somente, assegurar a tributação imediata no Brasil dos lucros auferidos no exterior. Trata-se, neste sentido, de uma norma antidiferimento de aplicação irrestrita. (grifos nossos)

Em tese, as disposições dos TDTs não impedem a aplicação das regras de transparência fiscal internacional típicas⁴⁰. No entanto, tendo em vista que essas disposições representam obstáculos às liberdades fundamentais, a aplicação ao caso concreto deve ser justificada pela necessidade de controle do abuso, como afirmou Ana Paula Dourado⁴¹:

No quadro da União Europeia, as regras CFC são regras antiabuso, dada a jurisprudência do TJUE, iniciada com o caso Cadbury-Schweppes. O ponto de partida para a análise de medidas fiscais nacionais aplicáveis a rendimentos obtidos noutro Estado ou a sujeitos situados noutro Estado são as liberdades fundamentais. *As regras CFC são entendidas como obstáculos à livre circulação, pelo que só podem ser aceitas se forem justificadas, e, neste caso, a justificação potencial é o controle do abuso.* (grifos nossos)

Na contramão das práticas da OCDE, a legislação brasileira impõe a transparência fiscal internacional aos lucros de todas as controladas no exterior, independentemente do local de residência, existência de renda ativa e de propósito comercial legítimo⁴². Na Lei n. 12.973/2014, a exigência e renda ativa somente é mencionada para fins de consolidação dos rendimentos e o percentual exigido é superior a 80% (art. 78, IV). E o local de residência também está tratado no referido art. 78, I, da Lei n. 12.973/2014, o qual é considerado também para a consolidação dos lucros auferidos no exterior.

⁴⁰ NOVOA, Cesar Garcia. Transparencia fiscal internacional y subcapitalización. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. V, p. 652-653.

⁴¹ DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 125.

⁴² “O simples fato de se tratar de uma sociedade *holding* e seu ativo limitar-se ao investimento em outras sociedades não basta, por si só, para fundamentar a acusação de falta de substância” (SCHOUERI, Luís Eduardo; LAVEZ, Raphael Assef. Abusos de acordos de bitributação na jurisprudência do CARF: o que os estados contratantes acordaram? In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). *Tributação sobre a renda (IRPJ/CSLL)*. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 303).

Como regra geral, todas as controladas no exterior detidas por empresas brasileiras estão sujeitas ao regime de transparência fiscal internacional, ainda que não haja indício de propósito elisivo ou abuso⁴³.

Portanto, a Lei n. 12.973/2014 diverge das regras de CFC utilizadas mundialmente⁴⁴ e acaba por atingir um universo maior de contribuintes, sem vinculá-los a situações potencialmente abusivas.

Nesse sentido, destacamos a opinião de Ricardo Galendi Jr.⁴⁵, para quem

[...] o modelo legislativo adotado para tanto, além de privilegiar a CEN, diverge grotescamente do quanto praticado em direito comparado: mesmo com o advento da Lei n. 12.973/2014, não se têm no ordenamento jurídico normas capazes de diferenciar atividades econômicas legítimas de expedientes artificiais para fins de eliminação do diferimento da tributação, como o fazem as legítimas regras CFC.

Por não levar em conta os indícios da ocorrência de elisão fiscal, a Lei n. 12.973/2014 representa mera técnica de arrecadação, que exige a antecipação do pagamento de imposto no Brasil, antes da ocorrência do fato gerador e não uma legislação CFC tipicamente desenhada como norma antielisiva para coibir abusos.

⁴³ “A existência de um regime que permite apenas parcialmente o diferimento não é suficiente para que se chegue à conclusão de que o legislador brasileiro teria positivado regime semelhante às CFC Rules do direito comparado, muito em bora os avanços devam ser reconhecidos” (CODORNIZ LEITE PEREIRA, R. O novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: as velhas questões foram resolvidas? *Revista Direito Tributário Atual*, n. 33, 2015, p. 413-442. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/105>).

⁴⁴ “Como será defendido abaixo, as regras brasileiras – tanto as da Lei n. 12.973/2014 quanto as de suas antecessoras – não seguem o conceito das regras de CFC típicas, adotadas na prática internacional. Trata-se de um regime de tributação de amplo espectro, refletido na utilização do método da entidade (tributação, no Brasil, dos rendimentos passivos e ativos, indistintamente) e da abordagem global (todas as controladas no exterior, independentemente da alíquota cobrada no País de residência da sociedade investida).

[...]

Nesse contexto, despidas as regras brasileiras do caráter antielisivo das regras de CFC típicas, a simples localização no exterior da fonte dos prejuízos não se revela uma razão adequada a fim de justificar, perante o conceito de renda e à capacidade contributiva enquanto critério-medida de comparação entre os sujeitos, um tratamento diferenciado aos contribuintes que têm investimentos diretos no exterior. Trata-se, a toda evidência, de uma forma de tributação do patrimônio (renda acumulada) travestida de tributação da renda, com a qual não se compagina o sistema constitucional tributário. Com efeito, em um regime que não esteja comprometido um uma clara finalidade antielisiva, não se pode falar em tributação da renda se, no exercício do poder de tributar, deixa-se de considerar os elementos negativos de mutação do patrimônio do sujeito passivo” (PEDROSA JUNIOR, Marcio. A universalidade (ampliada) e as restrições à compensação de prejuízos nas regras brasileiras de tributação de lucros no exterior. In: *Estudos de direito tributário: 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados*. São Paulo, 2018, p. 383-403).

⁴⁵ GALENDI JÚNIOR, Ricardo A. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 33, 2015, p. 389-412. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/121>.

A maior parte da doutrina defende que a Lei n. 12.973/2014 não seria regra CFC⁴⁶. Na contramão, Sergio André Rocha defende que as regras brasileiras seriam verdadeiras regras CFC, mas admite que o modelo de presunção absoluta de distribuição de lucros para todas as controladas no exterior certamente difere do padrão usual e, conseqüentemente, não seria o regime típico admitido pelos comentários do modelo OCDE.

Assim sendo, os comentários da OCDE não seriam suficientes para justificar a aplicação do regime de tributação dos lucros das controladas no exterior previsto na Lei n. 12.973/2014: primeiro porque as regras brasileiras não são regras CFC e, segundo – e mais importante –, por sua incompatibilidade com os arts. 7º e 10º dos TDTs.

No entanto, temos que considerar que nos protocolos dos TDTs mais recentes firmados pelo Brasil com Emirados Árabes Unidos, México, Peru, Rússia, Singapura, Turquia, Uruguai e Venezuela, há previsão expressa para aplicação as leis internas “para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) e outra legislação similar”.

O regime de tributação de controladas no exterior da Lei n. 12.973/2014 tem como finalidade evitar o diferimento de imposto e, embora não seja uma regra CFC, é “legislação similar”. Logo, nesse caso, não seria afastado pelos TDTs Emirados Árabes Unidos, México, Peru, Rússia, Singapura, Turquia, Uruguai e Venezuela.

A exceção dos Protocolos TDTs Emirados Árabes Unidos, México, Peru, Rússia, Singapura, Turquia, Uruguai e Venezuela, que admitem a aplicação do regime de transparência fiscal previsto na Lei n. 12.973/2014, confirma a regra geral, de que nos demais TDTs essas disposições são incompatíveis com os arts. 7º e 10, como concluímos anteriormente.

5. A divergência nos Tribunais Administrativos e o Estado da Arte no Poder Judiciário

A aplicação prática do regime de transparência fiscal internacional brasileiro e as regras dos arts. 7º e 10 dos TDTs já foi examinado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

⁴⁶ “No entanto, estamos convencidos de que a nova legislação sobre lucros auferidos no exterior não pode ser considerada propriamente uma legislação ‘CFC’, já que esta possui como traço típico o caráter excepcional de sua aplicação, de forma a evitar casos específicos de abuso” (BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do resultado de coligadas e controladas no exterior, em face da Lei n. 12.973/2014. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014, v. 18, p. 352-378; ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e a sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, IBDT, n. 12, ano 6, p. 133-219, 2º semestre 2023; CODORNIZ LEITE PEREIRA, R. O novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: as velhas questões foram resolvidas? *Revista Direito Tributário Atual*, n. 33, 2015, p. 413-442; GALENDI JÚNIOR, Ricardo A. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 33, 2015, p. 389-412).

Até 2020, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF)⁴⁷ entendia que o art. 7º dos TDTs *não* impedia a cobrança de imposto de renda no Brasil, sobre lucros ainda não distribuídos a sócios e acionistas pessoas jurídicas residentes no Brasil, na época, prevista no art. 74 da MP n. 2.158/2001.

A partir de 2021, após a alteração legislativa que levou à extinção do voto de qualidade⁴⁸, a CSRF passou a julgar ilegal a distribuição automática dos lucros por controladas no exterior, com fundamento no art. 7º dos TDTs. Exemplo disso são os Acórdãos 9101-005.808, 9101-006.102, 9101-006.247, 9101-006.246, 9101-006.383, 9101-006.097, 9101-006.246, todos com Relatora designada Livia De Carli Germano, e o Acórdão 1201-005.569, Relator designado Jeferson Teodorovicz.

Com o retorno do voto de qualidade previsto na Lei n. 14.689/2033, a 1ª Turma da CSRF voltou a julgar possível a tributação de lucros não distribuídos por controladas residentes no exterior, apesar das disposições dos TDTs⁴⁹.

A divergência dos Tribunais Administrativos parece estar longe de ser solucionada.

Por sua vez, no Poder Judiciário a controvérsia já foi levada ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp 1.325.709-RJ, afastou a cobrança do imposto de renda sobre lucros auferidos por controladas residentes na Bélgica, na Dinamarca e em Luxemburgo, com fundamento no art. 7º dos respectivos TDTs e no art. 98 do Código Tributário Nacional.

O precedente do REsp 1.325.709-RJ foi reiterado em decisões monocráticas mais recentes: REsp 1.633.513, Relatora Min. Regina Helena Costa, *DJ* 8-5-2024; REsp 2.082.919, Relator Min. Benedito Gonçalves, *DJ* 23-11-2023; REsp 1.633.513, Relatora Min. Regina Helena Costa, *DJ* 8-5-2024.

No entanto, contra o Acórdão REsp 1.325.709-RJ, a União interpôs Recurso Extraordinário (RE 870.214), que foi inadmitido pelo Min. Marco Aurélio, tendo em vista que a controvérsia é infraconstitucional. Houve recurso (agravo regimental) que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal. O Ministro Relator André Mendonça já proferiu seu voto pelo desprovimento do agravo regimental, por entender que a discussão não envolve questão constitucional.

⁴⁷ Acórdão 9101-002.832, Rel. Andre Mendes de Moura, j. 12-5-2017; Acórdão 9101-002.332, Rel. Luis Flavio Neto, voto vencedor Marcos Valadão, j. 4-5-2016. Merece destaque o Acórdão 9101-005.809, julgado por *maioria*, com voto vencedor do I. Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, no qual foi aplicado o art. 7º do TDT Brasil – Argentina, para afastar a tributação de lucros não distribuídos ao investidor residente no Brasil.

Vide MARIZ DE OLIVEIRA, Maria Eugenia Mariz de. O art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e o art. 7º dos acordos para evitar a dupla tributação: há compatibilidade? Uma análise à luz da jurisprudência atual do CARF. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 11, p. 61-79. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-7155.11.3.2022.2243>.

⁴⁸ Art. 19-E da Lei n. 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n. 13.988/2020.

⁴⁹ Acórdãos 9101-006.775 e 9101.006.774, j. 5-10-2023, e o recente julgamento do Acórdão 9101-006.957, 9-5-2024.

Ainda assim, em seu voto no RE 870.214, o Ministro André Mendonça afirmou que: “(a)o se afastarem os efeitos do art. 7 desses tratados, além do inadimplemento unilateral do pacto, frustra-se a confiança dos contribuintes que estruturaram suas operações à luz da legislação e da interpretação sobre ela vigentes ao tempo de suas operações”⁵⁰.

Aguarda-se a conclusão do julgamento, que foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Importante mencionar que, apesar de não constar expressamente na decisão da ADI 2.588/DF, na opinião de Sergio André Rocha⁵¹, durante o julgamento no Plenário, seis dos Ministros reconheceram a necessidade de respeitar os termos dos tratados para evitar a dupla tributação. Confira-se:

Com efeito, em passagem já comentada de seu voto, o Ministro Ayres Britto chamou a atenção “para o cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bitributação”. Ora, entendendo-se que o Ministro ressaltou expressamente a aplicação dos tratados internacionais e aplicando o mesmo sistema do voto médio aplicado no caso das controladas em paraíso fiscal e das coligadas em país com tributação regular, chegaríamos a seis votos pela aplicação dos tratados. De fato, a posição pela prevalência dos tratados está contida nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Assim, pelo sistema do voto médio também teria sido alcançada a maioria de seis votos. Contudo, a despeito do exposto, há de se reconhecer que o STF não declarou expressamente a inconstitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 nos casos em que exista tratado internacional. Não tendo sido a matéria objeto de embargos de declaração, resta-nos aguardar uma eventual nova manifestação do Tribunal, ainda mais expressa, sobre a matéria.

Essa consideração é da maior relevância, e ousamos dizer que a posição pela prevalência das normas dos TDTs em detrimento das leis brasileiras decorre das regras para conflitos normativos previstas em nosso sistema jurídico que veremos a seguir.

6. A solução de conflitos entre normas internacionais e normas internas: a possibilidade de uma nova posição do Supremo Tribunal Federal

O art. 98 do CTN, recepcionado como lei complementar pela Constituição Federal de 1988, dispõe expressamente sobre a prevalência dos Tratados sobre leis internas: “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

⁵⁰ STF, RE 870.214, minuta de voto no plenário virtual em 10-5-2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4722409>. Acesso em: 29 jun. 2024.

⁵¹ ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 68.

É esse fundamento que levou a jurisprudência firme do E. Superior Tribunal de Justiça a concluir pela prevalência dos Tratados internacionais em face da legislação interna, como se depreende da Emenda abaixo transcrita, de 2020:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIBUTÁRIOS SOBRE A NORMA DE DIREITO INTERNO. CONCEITO DE LUCRO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. EMPRESA COM SEDE NA FRANÇA E SEM ESTABELECIMENTO PERMANENTE INSTALADO NO BRASIL. CONVENÇÃO CELEBRADA ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A FRANÇA, PROMULGADA PELO DECRETO 70.506/1972. COBRANÇA DE TRIBUTO QUE DEVE SER EFETUADA NO PAÍS DE ORIGEM (FRANÇA). RECURSO ESPECIAL DA SOCIEDADE EMPRESARIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas jurídicas de Direito Interno, em razão da sua especificidade, ressalvada a supremacia da Carta Magna. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedentes: REsp. 1.272.897/PE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, *DJe* 9.12.2015; REsp. 1.161.467/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, *DJe* 1.6.2012.

2. A Convenção Brasil-França, objeto do Decreto 70.506/1972, dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis neste mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

3. O termo lucro da empresa estrangeira deve ser interpretado não como lucro real, mas como lucro operacional, como o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica, incluído, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

4. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do recurso.

5. Recurso Especial da ALCATEL-LUCETN SUBMARINE NETWORKS S.A. provido para assegurar o direito da recorrente de não sofrer a retenção de imposto de renda sobre a remuneração por ela percebida, nos termos que dispõe a Convenção firmada entre a República Federativa do Brasil e o França (STJ, Resp 1.618.897-RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, 1T, j. 19-5-2020, *DJ* 26-5-2020).

Na decisão acima transcrita, além de aplicar o art. 98 do CTN, o C. Superior Tribunal de Justiça admite que os TDTs predominam também pelo critério da especialidade⁵². De fato, normas de fontes internacionais têm um escopo limitado e não podem ser revogadas por leis tributárias gerais e abstratas⁵³.

⁵² RIBEIRO, F. M. Interação entre tratados internacionais em matéria tributária e legislação doméstica brasileira na jurisprudência do STF e do STJ. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 4, p. 62-81. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/577>.

⁵³ A respeito da perspectiva da especialidade, o Pleno deste STF destacou que “na colisão entre a lei e o tratado, prevalece este, porque contém normas específicas” (HC 58.727/DF, Rel. Min. Soares Muñoz, Pleno, *DJ* 3-4-1981).

No passado, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao analisar conflitos entre leis brasileiras e tratados internacionais, partia da premissa de que ambas as normas estariam em uma mesma hierarquia⁵⁴. No entanto, recentemente, a Corte Suprema sinalizou uma mudança de seu entendimento no julgamento do RE 460.320, cuja ementa afirma que “o art. 98 do CTN, de modo legítimo, atribui precedência aos tratados ou convenções internacionais em matéria tributária e estabelece, em virtude do critério da especialidade, a suspensão provisória da eficácia e da aplicabilidade do ordenamento positivo interno”⁵⁵.

Aliás, no julgamento do precitado RE 460.320, o Ministro Gilmar Mendes – com propriedade – utilizou-se da teoria da máscara de Klaus Vogel⁵⁶, para explicar como os tratados internacionais restringem as leis internas. Confira-se trecho do voto:

No caso específico dos tratados para evitar a dupla tributação – como o acordo internacional em comento –, o Professor Klaus Vogel ensina, em clássico estudo, que constituem meio pelo qual os Estados-partes se obrigam reciprocamente a não exigir, no todo ou em parte, tributos reservados ao outro Estado, criando verdadeira restrição ao direito tributário interno – *Beschränkung des innerstaatlichen Steuerrechts* (VOGEL, Klaus. ‘Einleitung’ Rz. 70/72 in VOGEL & LEHNER. *Doppelbesteuerungsabkommen*. 4. ed. Munchen: Beck, 2003, p. 137-138). (STF, RE 460.320-PR, Rel. Gilmar Mendes, Rel. para Acórdão Dias Toffoli, j. 31-8-2011, p. 33).

Tendo em vista o novo paradigma de cooperação internacional, boa-fé e previsibilidade, o Ministro Gilmar Mendes⁵⁷ afirmou que os tratados internacionais constituem espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, que não se confundem com as normas internas (lei complementar, ordinária e atos infralegais). E concluiu que a Constituição Federal (art. 146, II e II) autoriza que o art. 98 do CTN – recebido como lei complementar por regular as limitações constitucionais ao poder de tributar – confira estabilidade aos tratados internacionais em matéria tributária em detrimento da legislação ordinária superveniente.

Ainda no julgamento do RE 460.320, o Ministro Alexandre de Moraes declarou seu voto no sentido de que não haveria hierarquia entre tratados internacionais e as leis internas, sustentando que o conflito deve ser dirimido pelo critério temporal ou da especialidade.

⁵⁴ Gilmar Mendes relata que a partir do julgamento do RE 80.004/SE (Rel. p/ Acórdão Min. Cunha Peixoto, Pleno, DJ 29-12-1977), o STF alterou seu entendimento tradicional quanto à relação entre direito interno e direito internacional, admitindo a paridade entre tratados internacionais e normas internas infraconstitucionais e, consequentemente, o afastamento da aplicação de normas internacionais em virtude de normas internas posteriores.

⁵⁵ Trecho da ementa do acórdão, DJE 6-10-2020, Ata n. 168/2020, DJE n. 243, divulgado em 5-10-2020.

⁵⁶ VOGEL, Klaus. *Double Taxation Conventions*. 2. ed. Holanda: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 23-24.

⁵⁷ STF, RE 460.320-PR, Rel. Gilmar Mendes, Rel. para Acórdão Dias Toffoli, j. 31-8-2011, p. 33.

E o Ministro Celso de Mello declarou seu voto no sentido de que o “art. 98 do Código Tributário Nacional que reconhece, de modo absolutamente legítimo, que os tratados internacionais em matéria tributária, quando postos em situação de antagonismo com o direito interno preexistente ou com o ordenamento normativo superveniente, sempre prevalecerão quanto à sua eficácia e aplicabilidade”.

Mais recentemente, a prevalência das normas de tratados internacionais sobre leis internas também foi apontada pelo Ministro André Mendonça⁵⁸, na minuta do voto proferido no RE 870.214, que aguarda julgamento no Plenário Virtual:

98. Uma vez pactuados, não se admite (i) o descumprimento do tratado de maneira unilateral pelo Brasil, ou (ii) a sua utilização abusiva pelas empresas em malversação do conteúdo do acordo internacional.

99. No primeiro ponto, cumpre observar a regra do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, internalizada no Brasil a partir do Decreto no. 7.030, de 2009, que prevê, basicamente, o princípio da *pacta sunt servanda* em âmbito internacional: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46”.

As recentes decisões do STF, ao analisarem os TDTs, em matéria tributária, sinalizam uma possível mudança de entendimento da Corte, para que seja reconhecida a primazia das normas internacionais sobre as leis ordinárias internas, superando-se a antiga paridade baseada na distinção entre tratados-leis e tratados-contratos.

E, além do art. 98 do CTN e prevalência dos TDTs pelo critério da especialidade, o cumprimento das obrigações pactuadas nos TDTs firmados pelo Brasil justifica-se pelos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda* da Convenção de Viena.

7. Conclusões

Concluimos, então, que o regime de tributação em bases universais previsto na Lei 12.972/2014, que impõe a adição dos lucros auferidos por controladas no exterior, no encerramento do período base, pela controladora no Brasil, encontra óbice nos arts. 7º e 10, § 5º, da maioria dos TDTs celebrados pelo Brasil.

Apesar de não ser uma norma antielisiva típica, como são as regras CFC, os TDTs Emirados Árabes Unidos, México, Peru, Rússia, Singapura, Turquia, Uruguai e Venezuela, em seus respectivos protocolos, dispõem que seus artigos não afastam a aplicação de leis internas “para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) e outra legislação similar”.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br).

Assim, a regra geral é que a tributação dos resultados das controladas no exterior detidas por empresas brasileiras, independentemente de sua distribuição, prevista pela Lei n. 12.973/2014, é incompatível com o regime de tributação de lucros e dividendos dos TDTs, ressalvados os TDTs Emirados Árabes Unidos, México, Peru, Rússia, Singapura, Turquia, Uruguai e Venezuela.

O conflito entre as disposições da Lei n. 12.973/2014 e os TDTs, na linha da jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça e pelos pronunciamentos mais recentes do Supremo Tribunal Federal, soluciona-se pela aplicação do art. 98 do CTN, com a primazia dos TDTs sobre as leis internas.

Bibliografia

- ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e a sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, n. 12, ano 6, p. 133-219, 2º semestre 2023.
- BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.
- CODORNIZ LEITE PEREIRA, Roberto. O novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: as velhas questões foram resolvidas? *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 33, p. 413-442.
- CÔELHO, Sacha Calmon; DERZI, Misabel Abreu Machado. Tributação pelo IRPJ e pela CSLL de lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior. Inconstitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 130, p. 135 e s.
- DEXHEIMER, Vanessa. Tributação dos lucros não distribuídos auferidos por controladas e coligadas no exterior. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 28, p. 367-384.
- DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal global*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- GALENDI JÚNIOR, Ricardo A. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 33, p. 389-412.
- MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MALHERBE, Jacques; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Controlled Foreign Corporations: revisitadas à luz dos tratados de bitributação e do direito comunitário europeu. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 21, p. 103-119.
- MARIZ DE OLIVEIRA, Maria Eugenia. O art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e o art. 7º dos acordos para evitar a dupla tributação: há compatibilidade? Uma análise à luz da jurisprudência atual do CARF. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, n. 11, p. 61-79.
- MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. Lucros de coligadas e controladas no exterior e aspectos de elisão e evasão fiscal no direito brasileiro e no internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 102, p. 95 e s.

- MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. O conceito de renda – inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar n. 104 (a questão da disponibilidade dos lucros de coligadas ou controladas no exterior). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 73, p. 115.
- MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. A incógnita da disponibilidade econômica da renda: novos atropelos da noção de disponibilidade. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 38, p. 276-290.
- NEWTON, Raquel. Tributação dos lucros auferidos no exterior. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 27, p. 197-209.
- NOVOA, Cesar Garcia. Transparencia fiscal internacional y subcapitalización. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, v. V, p. 652-653.
- OCDE. Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015.
- OKUMA, Alessandra; GERMANO, Livia. Sobre a impossibilidade de tributação de controladas no exterior, detidas por pessoas físicas residentes no Brasil, na forma da Lei 14.754/2023. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes *et al.* *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimentos*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. II.
- OKUMA, Alessandra. Da tributação das empresas controladas e coligadas. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado II*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 503-532.
- PEDREIRA, Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, v. I, p. 196.
- PEDROSA JUNIOR, Marcio. A universalidade (ampliada) e as restrições à compensação de prejuízos nas regras brasileiras de tributação de lucros no exterior. In: *Estudos de direito tributário: 40 anos de Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados*. São Paulo, 2018, p. 383-403.
- ROCHA, Sergio André; LAURENTIIS, Thais de. Lucros de controladas no exterior, tratados internacionais e seu debate atual no CARF. *Consultor Jurídico*, 10 ago. 2022.
- ROCHA, Sergio André. Relação entre o direito doméstico e as convenções para evitar a dupla tributação da renda no Brasil: o artigo 98 do Código Tributário Nacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 325-350.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei n. 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SANTOS, Ramon Tomazela. O princípio da universalidade na tributação da renda: análise acerca da possibilidade de atribuição de tratamento jurídico-tribu-

- tário distinto a determinados tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 28, p. 264-294.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de Renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 – Parecer. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 16, 2001, p. 203, 206 e 207.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Homenagem ao Prof. Klaus Vogel por Luís Eduardo Schoueri. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, Quartier Latin, n. 8, ano 3, 2008, p. 10.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a solução de consulta interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 219, p. 67-77.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 142, p. 39 e s.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; LAVEZ, Raphael Assef. Abusos de acordos de bitributação na jurisprudência do CARF: o que os estados contratantes acordaram? In: ALBUQUERQUE, Fredy José Gomes de (Coord.). *Tributação sobre a renda (IRPJ/CSLL)*. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 303.
- TORRES, Heleno Taveira. Tributação de controladas e coligadas no exterior e seus desafios concretos. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, v. VI, p. 435-436.
- TORRES, Ricardo Lobo. Tendências da tributação dos lucros e dos investimentos. *Revista Internacional de Direito Tributário*. Belo Horizonte: ABRADT e Del Rey, v. 4, p. 46.
- XAVIER, Alberto. *Direito internacional tributário do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Advance Pricing Agreements in Brazil: Reflections in Light of the Introduction of New Transfer Pricing Rules Aligned with the OECD Standards

Alina Miyake

Master Candidate in Tax Law at the University of São Paulo. Tax Lawyer.

Initial remarks

Advance Pricing Agreement (APA) programs¹ enable taxpayers and tax administration to negotiate the most appropriate set of criteria applicable to a controlled transaction for transfer pricing (TP) purposes². These programs were implemented worldwide on a unilateral basis several decades ago: the first one was implemented in Japan in 1987 as Pre-Confirmation System (PCS)³ and the second one in the United States (US) as Advance Determination Rulings in 1991⁴⁻⁵.

Currently, bilateral or multilateral APA (BAPA or MAPA) programs are viewed as the best solution for defining TP methodologies because they include the tax administrations of all jurisdictions involved in the controlled transaction through a mutual agreement procedure (MAP) under the terms of Article 25 of the Organization for Economic Co-operation and Development Model Convention (OECD-MC).

¹ Advance Pricing Arrangements in OECD nomenclature or Advance Pricing Agreements in the US legislation.

² See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 19. Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024; SILVA, Mauro. A Utilização do Acordo de Preços Antecipado (APA) no Regime de Controle de Preços de Transferência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Feb. 2007, no. 137, p. 93-95; MONGUILOD, Ana Carolina. As Medidas de Eliminação ou Mitigação de Disputas, os Advance Pricing Agreements e o Processo de Consulta Específico em Matéria de Preços de Transferência. *Preços de Transferência e o Padrão OCDE (Lei n. 14.596/2023 e IN n. 2.161/2023)*. Coord. Jimir Doniak Jr. et al. São Paulo: MP Editora, 2023, p. 451.

³ See MIYAZAKI, Yuko. Pre-Confirmation System. *ITPJ*, v. 6, no. 1, p. 2-7, 1999. Available from: <https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/itpj/pdf/itpj019901.pdf>. Access on: Oct. 3, 2024; GRUENDEL, Karl; et al. 17. Dispute Resolution. Japan – Transfer Pricing. *Country Guides IBFD*. 2024, item 17.3. Available from: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/tp_jp_s_17. Access on: Oct. 3, 2024.

⁴ See Rev. Proc. 91-27, 1991-1 C.B. 544.

⁵ For the history of APA, see SILVA, Mauro. A Utilização do Acordo de Preços Antecipado (APA) no Regime de Controle de Preços de Transferência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Feb. 2007, no. 137, p. 92-93; SILVA, Claudia Lucia Pimentel Martins da. *Acordo de precificação antecipada - mecanismo de prevenção de disputas - análise da legislação comparada e a sua possível implementação no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Orientador: Professor Doutor Luís Flávio Neto, p. 12-13.

Brazil is late in this trend: due to the particularities of the previous TP rules (*i.e.*, fixed margins methods), an official APA program has never been introduced (at least until now), and it was doubtful that a BAPA could be initiated although theoretically possible. With the recent introduction of TP rules aligned with the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECD Guidelines) by Law no. 14,596/2023, both APA and BAPA programs can be effectively launched. This occurs while the world discusses the BAPA's effectiveness, the introduction of MAPA programs or the OECD's International Compliance Assurance Program (ICAP) as an alternative to APAs⁶.

In this scenario, this work aims to present a summarized analysis of: (i) the OECD Guidelines guidance on APA and MAP APA; (ii) BAPA in Brazil before Law no. 14,596/2023; (iii) APA under Law no. 14,596/2023 and (iv) BAPA under Law no. 14,596/2023. It should be noted that this paper does not aim to address all discussions in connection with the selected topics but rather presents the main points of controversy on the matter as an attempt to improve the TP dispute resolution mechanisms in Brazil.

1. OECD Guidelines

TP rules are complex and naturally lead to litigation, especially in the scenario that they have been recently introduced. These rules are the ones that better translate the economic complexity of business transactions into law. The rules are based on principles with high indeterminacy and subjectivity⁷. Difficulties in the interpretation (and consequently, double taxation) may arise even if the OECD Guidelines are applied in good faith. The APA is a good alternative when doubts are arising from: (i) complex transactions, which involve a high level of

⁶ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Bilateral Advance Pricing Arrangement Manual*. Paris: OECD Publishing, Sep. 28, 2022. Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/09/bilateral-advance-pricing-arrangement-manual_95a24b53/4aa570e1-en.pdf. Access on: Sep. 20, 2024; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Manual on the Handling of Multilateral Mutual Agreement Procedures and Advance Pricing Arrangements*. Paris: OECD Publishing, Feb. 1, 2023. Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2023/02/manual-on-the-handling-of-multilateral-mutual-agreement-procedures-and-advance-pricing-arrangements_0bfa6af5/f0cad7f3-en.pdf. Access on: Sep. 20, 2024; MARKHAM, Michelle. The Search for Certainty in Dispute Resolution in International Tax: An Evaluation of OECD Statistics and Initiatives. *Bulletin for International Taxation*, v. 78, n. 9/10, p. 362-367, 2024. Available from: <https://doi.org/10.59403/3abqq31>. Access on: Sep. 20, 2024; ARMITAGE, J. Clark. *et al.* International - Is ICAP a Viable Alternative to APAs? *International Transfer Pricing Journal*, v. 30, no. 5, p. 251-253, 2023. Available from: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/collections/itpj/html/itpj_2023_05_int_2.html. Access on: Sep. 20, 2024.

⁷ See TOMAZELA, Ramon. *Manual dos Preços de Transferência: A adoção integral do padrão arm's length no sistema tributário brasileiro pela Lei nº 14.596/2023*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 425.

risk or value; (ii) the absence of comparable transactions due to the particularities of the transaction or business sector or (iii) use of an alternative set of criteria⁸. APA and MAP APA are exceptional measures that should only be considered for transactions that are not simple and/or common (*i.e.*, with easy identification of an arm's length parameter)⁹.

Among the MAP inventory reported to the OECD, 52.85% of the cases involved TP controversies in 2022, including cases involving (i) the attribution of profits to a permanent establishment under Article 7 of the OECD-MC or (ii) the determination of profits between associated enterprises under Article 9 of the OECD-MC¹⁰.

Chapter IV of OECD Guidelines examined a series of approaches to be adopted by tax administrations to avoid litigation on TP matters, including the APA and the APA negotiated in the scope of a MAP (which can be a BAPA or a MAPA). It is worth mentioning that the other administrative approach listed in this chapter is the corresponding adjustment to profits to be made in the other contracting State under Article 9(2) of the OECD-MC when an adjustment has been made under Article 9(1)¹¹. Although (i) the non-contentious spirit of the corresponding adjustment under a MAP is the same one of a BAPA and (ii) an APA can lead to a primary adjustment (and consequently to a corresponding adjustment)¹², the analysis of this sort of proceeding is beyond the scope of this paper.

1.1. APA

Under the OECD Guidelines, APA is viewed as a non-contentious solution for taxpayers to solve controversial aspects of defining the appropriate set of criteria

⁸ For example: Section 11, VI of Law no. 14,596/2023.

⁹ See TOMAZELA, Ramon. *Manual dos Preços de Transferência: A adoção integral do padrão arm's length no sistema tributário brasileiro* pela Lei nº 14.596/2023. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 427; PIMENTEL, Claudia Lucia. *Acordo de Precificação Prévia. Preços de Transferência: Rumo à Convergência com o Padrão OCDE*. Coord. Ana Carolina Monguilod et al. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 452.

¹⁰ 2,853 TP cases out of 5,398 cases in the worldwide inventory (see ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *2022 Mutual Agreement Procedure Statistics*. 2022. Available from: <https://web-archive.oecd.org/temp/2023-11-14/417871-mutual-agreement-procedure-statistics.htm>. Access on: Oct. 1, 2024).

¹¹ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 181-198 (Paragraphs 4.29-4.78). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

¹² See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 21. Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

applicable to a controlled transaction (*e.g.*, method, comparable transactions, proper adjustments, critical assumptions applicable to future events) for determining the transfer pricing of this transaction for a fixed period¹³. This non-contentious solution is grounded in the negotiation between the taxpayer and the tax administration.

The scope of an APA is more than determining a profit margin: it defines the appropriate set of criteria (*i.e.*, the TP methodology), which includes the method and other legal and economic variables. The critical assumptions considered in an APA are a futurology essay, which depends on legal, macroeconomic and microeconomic inputs for determining a future margin¹⁴. For example, in an intra-group loan, it is much more reasonable to determine that the interest rate will be LIBOR plus a determined spread, adjusted by the company's credit rating (flexible approach), than simply fixing an interest rate of x% (static approach)¹⁵. Only one tax administration should agree with the variables in a unilateral APA. Two or more tax administrations should concur with the variables in a BAPA or MAPA. Because of that, a unilateral APA is generally viewed as the second-best solution once the tax administrations involved in the case can still consider different methodologies for the same case (which would result in double taxation or the denial of a corresponding adjustment). Thus, the most adequate solution for solving this kind of problem is the APA conducted in the scope of a MAP, where the involved tax administrations solve a case¹⁶.

¹³ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 19. Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

¹⁴ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 213 (Paragraphs 4.134-4.135) and 529-530 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 43-46). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

¹⁵ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 213-214 and 220 (Paragraphs 4.136-4.137 and 4.160). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

¹⁶ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 214-215 and 219-220 (Paragraphs 4.141, 4.156 and 4.159). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

APA programs require a collaborative approach: this means that taxpayers generally (i) are entitled to submit documentation supporting their APA/BAPA/MAPA request, including information on the business sector, markets, jurisdictions involved in the transaction, identify business competitors, details of the controlled transaction and the multinational enterprise (MNE) business, including the demonstration of costs and risks incurred, a functional analysis of the transaction, forecasts, business plans, financial performance *etc.*¹⁷ and (ii) participate in the APA process by attending meetings with tax authorities (including ones before the case is effectively installed and even informal no-name basis consultations¹⁸⁻¹⁹) presenting the case, negotiating with the tax administration, providing further clarifications and/or documents in a non-adversarial environment²⁰. When concluding the APA, the tax administration grants that no TP adjustment would be required if the taxpayer follows the terms of the agreement²¹.

The negotiation of an APA may cover one or all controlled transactions of the taxpayer, varying in the domestic legislation of each country, for a certain period (with the possibility of rolling back the APA results for calendar years not included in the APA request provided that no statute of limitations has been operated)²².

¹⁷ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 215 (Paragraph 4.144) and 520 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 18). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

¹⁸ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 524-525 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 29-32). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

¹⁹ US example: Rev. Proc. 2015–41, section 2.02(5).

²⁰ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 215-216 and 218 (Paragraphs 4.145 and 4.154). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024; BOSSA, Gisele Barra; NOVASKI, André Araújo de Matos; BOIN, André Otávio Ferreira. Advance Pricing Agreement (APA) e Mutual Agreement Procedure (MAP) na Lei nº 14.596/2023. *Preços de Transferência e o Padrão OCDE* (Lei n. 14.596/2023 e IN n. 2.161/2023). Coord. Jimir Doniak Jr. et al. São Paulo: MP Editora, 2023, p. 423.

²¹ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 216 (Paragraph 4.146). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

²² See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing,

APAs are generally monitored and may be renegotiated (if any of the variables change), canceled or revoked²³.

Finally, it is worth mentioning that OECD/Group of 20 (G20) Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action 5 qualified unilateral APA as rulings issued by tax administrations once they can grant special taxation regimes to specific taxpayers²⁴. Because of that, the automatic exchange of information (AEOI) of APA summaries has been included as a minimum standard for the jurisdictions participating in the BEPS inclusive framework.

1.2. MAP APA

MAP is the controversy solution mechanism provided by Article 25 of OECD-MC. This mechanism is used for solving any disputes involving the application or interpretations of tax treaties, including the ones between taxpayers and tax administrations (Article 25(1)(2)) as well others between tax administrations (in this case called competent authorities) (Article 25(3)). This remedy is independent of any dispute resolution mechanism provided by the domestic law of the contracting States. The effectiveness of MAP is an issue that has been primarily discussed among policymakers and tax administrations²⁵. The main concern is that the competent authorities are not obliged to reach a consensus, keeping the MAP indefinitely on hold. In this scenario, arbitration is a possible solution for unsolved tax treaty disputes²⁶.

Jan. 2022, p. 216 (Paragraph 4.147. Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

²³ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 216-217 (Paragraphs 4.148-4.149). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

²⁴ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 47-50. Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/10/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance-action-5-2015-final-report_glg-58ce5/9789264241190-en.pdf. Access on: Sep. 28, 2024.

²⁵ See MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável em Sentido Estrito e a Experiência Brasileira: os Caminhos Necessários entre a Evolução Normativa e a Eficácia Prática do Instituto no País. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito. (coord.). *Anais – IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional – Tributação internacional e recuperação econômica: o papel dos países emergentes*, 26, 27 e 18 abr. 2022. IBDT: São Paulo, 2022. p. 521-530. Available from: <https://skybox.skymail.net.br/s/k9fmDYenqF-WfwcM>. Access on: Sep. 30, 2024

²⁶ See GOMES, Bruno; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável: uma análise da posição do Brasil à luz das recomendações do Projeto BEPS e da Instrução Normativa RFB nº 1.669/2016. In: BA-

In 2016, the members of the BEPS inclusive framework included several measures for ensuring the effectiveness of MAP programs. One of them is the issuance of country guidance on MAP. After that, the Forum on Tax Administration Mutual Agreement Procedure Forum (FTA MAP Forum) started collecting comprehensive data on the proceedings initiated and terminated, the countries and subjects involved.

MAP APA, in turn, is an APA that counts with the participation of all administrations involved in the controlled transaction. As a result, a BAPA or a MAPA is much more efficient for eliminating double taxation with a higher level of legal certainty²⁷. A BAPA is based on one bilateral MAP and a MAPA is supported by two or more MAP²⁸. For this purpose, the jurisdictions participating in the MAPA must have executed tax treaties with each other²⁹.

Differently than a usual MAP, BAPA and MAPA should count with the taxpayer's participation in the whole proceeding³⁰. The taxpayers are responsible for providing enough information for the competent authorities to understand the case under analysis. Because of that, the taxpayer should be the one presenting the BAPA/ MAPA proposal to be reviewed by the tax administrations.

In our view, the BAPA should be based on Article 25(2) of the OECD-MC once it deals with a situation in which the taxpayer seeks guidance on an individ-

TISTA, Michel Siqueira; et. al. *Estudos de Tributação Internacional*, 1st ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 316-317.

²⁷ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 214-215 and 219-220 (Paragraphs 4.141, 4.156 and 4.159). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

²⁸ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 516 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 5). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

²⁹ For a different approach: see ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 517 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 7). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

³⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 523 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 28). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

ual dispute³¹. However, the OECD Guidelines provide that one alternative for administrative rules is to be grounded on Article 25(3) of the OECD-MC³²⁻³³. In our view, there is no coherence in setting Article 25(3) of the OECD-MC as the legal basis for the BAPA once this MAP modality is of competent authorities' initiative (even if it has an individual case in the background³⁴). In our view, the resource of accessing a BAPA through Article 25(3) should be used only when domestic legislation has a restrictive approach to this dispute resolution mechanism³⁵ (which shall not be the case in Brazilian legislation).

Tax authorities are generally entitled to the right to decide which cases would be adequate for a MAP APA on a case-by-case basis³⁶. The fact taxpayers desire to avoid double taxation is not enough to initiate a MAP APA. For the exercise of

³¹ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version (as it read on 21 November 2017)*. Paris: OECD Publishing, 2017. p. C(25)-18 (Paragraph 38.5 of the Commentaries to Article 25). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/04/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g1g972ee/g2g972ee-en.pdf. Access on: Sep. 18, 2024; SILVA, Mauro. A Utilização do Acordo de Preços Antecipado (APA) no Regime de Controle de Preços de Transferência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, Feb. 2007, no. 137, p. 97-98.

³² See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version (as it read on 21 November 2017)*. Paris: OECD Publishing, 2017. p. C(25)-28 and C(25)-29 (Paragraph 52 of the Commentaries to Article 25). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/04/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g1g972ee/g2g972ee-en.pdf. Access on: Sep. 18, 2024; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 217 (Paragraph 4.150). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

³³ Supporting this position: SILVA, Claudia Lucia Pimentel Martins da. *Acordo de precificação antecipada - mecanismo de prevenção de disputas – análise da legislação comparada e a sua possível implementação no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Orientador: Professor Doutor Luís Flávio Neto, p. 16.

³⁴ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version (as it read on 21 November 2017)*. Paris: OECD Publishing, 2017. p. C(25)-28 (Paragraph 50 of the Commentaries to Article 25). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/04/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g1g972ee/g2g972ee-en.pdf. Access on: Sep. 18, 2024.

³⁵ See SPORKEN, Eduard. *et al.* 2. Transfer Pricing Controversy Management. *Transfer Pricing Controversy*. Amsterdam: IBFD, 2024, p. 34. Available from: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/linkresolver/static/tpdrtp_gen_c02&refresh=1728259469523%23tpdrtp_gen_c02. Access on: Sep. 20, 2024.

³⁶ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 520-521 and 526 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 20 and 26). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

this discretionary power, tax authorities should (i) balance the limited financial and human resources available as well as the likelihood of double taxation; (ii) evaluate in what stretch the methodology follows the OECD Guidelines; (iii) assess whether the controlled transaction is an ongoing one or a limited life project; (iv) check whether the transaction is effectively in place or a hypothetical one and (v) verify if an ongoing tax inspection in relation to the case is in place. If there is a high likelihood of double taxation, the MAP APA proposal follows the OECD Guidelines, the controlled transaction is continued and indeed in place and the chances of the installation of MAP APA are greater. If there is a tax inspection in place, it could be easier to solve this problem with a MAP APA.

For more complex transactions, the installation of multiple BAPA (*i.e.*, a MAPA)³⁷ tends to be less burdensome for the MNE group. This is so because this proceeding would harmonize the TP methodology to be applied for three or more jurisdictions.

2. BAPA under Normative Ruling no. 1,846/2018 (before Law no. 14,596/2023)

In 2016, in the context of complying with BEPS Action 14 minimum standards required by the inclusive framework³⁸⁻³⁹, RFB issued Normative Ruling RFB no. 1,669/2016 regulating the proceedings for a taxpayer initiating a MAP under articles 25(1) (unilateral MAP) or 25(2) (bilateral MAP) of the OECD-MC. It provided no specific guidance on the installation of a BAPA. These proceedings had been further updated by Normative Ruling no 1,846/2018 to modify some procedural aspects. This is the guidance currently in force. Its main steps can be summarized by the following:

- (i) The taxpayer should file a MAP requirement before the RFB office (Sections 4 and 5). The requirement should be presented within five years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the tax treaty (three years in case of the tax treaties

³⁷ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 521-522 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 22). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

³⁸ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective – Action 14: 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 18. Available from: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241633-en.pdf?expires=1728147988&id=id&accname=guest&checksum=F24D47A4699E01EB3CEBE8D84E-B7E4BB>. Access on: Sep. 20, 2024.

³⁹ See MARKHAM, Michelle. Action 14 of the BEPS Project: Taking the Pulse of Tax Certainty and Determining the Effectiveness of the Peer Review Process Five Years On. *Bulletin for International Taxation*, v. 76, no. 2, p. 98-101, 2022.

- with Argentina, China, and Finland and two years in case of the treaties with Belgium, Equator, and Portugal⁴⁰). The MAP requirement can be presented by the taxpayer who is resident in the other contracting State in the cases of treaties executed with Argentina, Switzerland, and Uruguay⁴¹;
- (ii) If the issue under discussion involves a tax credit (*i.e.*, the tax has already been paid), the taxpayer should file a reimbursement request at the same time the MAP requirement is filed (Section 7);
 - (iii) The RFB analyzes if the taxpayer complied with the formal requirements (Section 8);
 - (iv) The RFB informs the competent authority of the other contracting State that the MAP request has been filed (Section 8, Paragraph 2);
 - (v) If the requirement complies with the formal requirements, the RFB notifies the taxpayer that the unilateral MAP has been initiated;
 - (vi) The RFB analyzes the requirement deciding either (a) for a unilateral solution of the controversy (*i.e.*, the RFB solves the case, issuing a decision without the participation of the competent authority of the other contracting State) (Section 3, I/ Article 25(1) of the OECD-MC) or (b) for the continuation of the MAP upon the installation of the bilateral MAP (Section 3, II/ Article 25(2) of OECD-MC);
 - (vii) The RFB notifies the taxpayer of the decision mentioned in (vi);
 - (viii) The bilateral MAP is installed if the RFB opts for the path described in item (vi)(b) above. The MAP under Brazilian tax treaties does not have a result obligation. This means that the proceeding can take years without a final solution. Brazilian tax treaties currently do not adopt arbitration clauses⁴²;
 - (ix) If the competent authorities reach a consensus, a MAP decision is drafted, and the RFB notifies the taxpayer, informing the MAP outcome and the termination of the proceeding (Section 12, I). No appeal applies to the MAP cases (Section 14);
 - (x) The taxpayer and the other parties involved in the controversy should accept the MAP solution (Section 13, I), and the taxpayer must withdraw all pending litigation discussing the same controversy (in Brazil) (Section 13, II) within 30 calendar days counted from the notification mentioned in (ix) (Section 13, Paragraph 1);
 - (xi) If the taxpayer and other parties do not comply with the obligations mentioned in (x), the MAP will be terminated (Section 13, Paragraph 2).

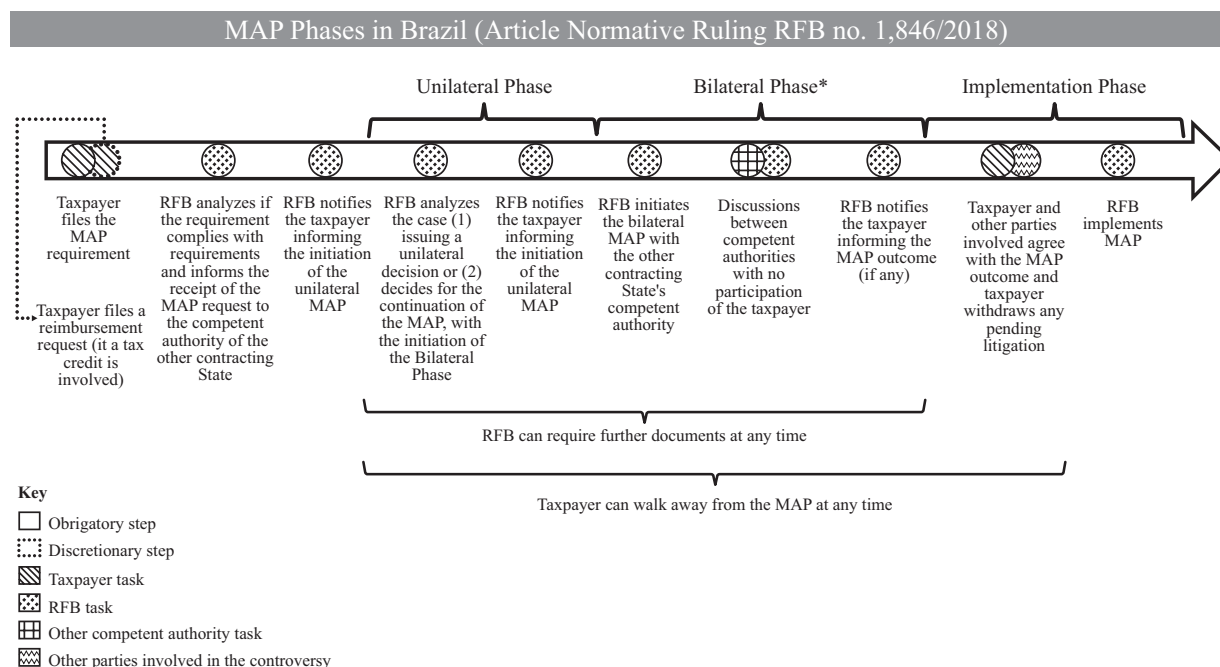
⁴⁰ See Annex III of Normative Ruling RFB no. 1,846/2018.

⁴¹ In this sense, the tax treaties were executed with Sweden and Colombia (not in force).

⁴² See GOMES, Bruno; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável: uma análise da posição do Brasil à luz das recomendações do Projeto BEPS e da Instrução Normativa RFB nº 1.669/2016. In: BATISTA, Michel Siqueira; et. al. *Estudos de Tributação Internacional*, 1st ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 316-317.

The RFB should implement the MAP outcome if they comply with the obligations.

These MAP phases can be illustrated by the timeline below:



*No other controversy solution mechanism is provided by Brazilian tax treaties (exception made by Brazil-UK tax treaty, not in force)

Figure 1: MAP timeline (designed by the author)

In addition, it is worth mentioning that (a) the RFB can require further information and documentation at any time during the MAP, and the proceeding can be terminated if the taxpayer does not answer the RFB's requests⁴³; (b) the taxpayer can walk away from MAP with the consequent termination of the proceeding⁴⁴ and (c) no fees are charged from the taxpayer for initiating a MAP.

Narrowing our scope of analysis to the BAPA, one should notice that despite the adoption of fixed margins, both Normative Rulings RFB no. 1,669/2016 and 1,846/2018⁴⁵ expressly granted access to MAP in cases discussing TP rules, including the ones involving APA entered with competent authorities of the other contracting State. This normative ruling expressly regulated Article 25(1)(2) of the OECD-MC.

The inclusion of this disposition in the normative rulings is the result of the commitment made by Brazil to grant access to MAP in cases involving TP rules in

⁴³ Under Section 9 of Normative Ruling RFB no. 1,669/2016 and Normative Ruling RFB no. 1,846/2018.

⁴⁴ Under Section 12, II and Sole Paragraph of Normative Ruling RFB no. 1,669/2016 and Normative Ruling RFB no. 1,846/2018.

⁴⁵ Under Section 5, Paragraph 2 of Normative Ruling RFB no. 1,669/2016 and Normative Ruling RFB no. 1,846/2018.

the scope of BEPS Actions 8-10⁴⁶⁻⁴⁷. This is a point of compliance with item 11 of best practices proposed in BEPS Action 14⁴⁸, which was not an obligatory item but a desirable one. Between 2010 and 2017, RFB informed that there were active proceedings involving the application of TP rules⁴⁹.

As Mateus Calicchio Barbosa and Luís Eduardo Schoueri stated, despite the formal alignment with the best practices, in practice, Brazilian competent authorities were obliged to follow the domestic legislation (*i.e.*, fixed margins), which was conflicting with arm's length standards⁵⁰. In this sense, only when there were market comparable prices (*i.e.*, transactions with third parties, competitors, or mercantile exchange negotiations) would there be a legal possibility of reaching a negotiated solution to the dispute through the application of the comparable uncontrolled price method (CUP), the quotation price method in import transactions (PCI), or the resale price method in export transactions (PVE_x). This is if the competent authority of the other State agreed.

Because of that, the possibility of accessing a MAP in cases involving the previous TP rules faced difficulties. An APA negotiated abroad could not be accepted by RFB even if theoretically possible in the context of Normative Ruling RFB no. 1,846/2018 and Article 9 of the OECD-MC⁵¹. This was recently confirmed by a

⁴⁶ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *BEPS Action 8-10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 185. Available from: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_9789264241244-en. Access on: Sep. 30, 2024.

⁴⁷ See MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável em Sentido Estrito e a Experiência Brasileira: os Caminhos Necessários entre a Evolução Normativa e a Eficácia Prática do Instituto no País. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito. (coord.). *Anais – IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional – Tributação internacional e recuperação econômica: o papel dos países emergentes*, 26, 27 e 18 abr. 2022. IBDT: São Paulo, 2022. p. 517. Available from: <https://skybox.skymail.net.br/s/k9fmDYenqFWfw-cM>. Access on: Sep. 30, 2024; GOMES, Bruno; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável: uma análise da posição do Brasil à luz das recomendações do Projeto BEPS e da Instrução Normativa RFB nº 1.669/2016. In: BATISTA, Michel Siqueira; et. al. *Estudos de Tributação Internacional*, 1st ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 312-313.

⁴⁸ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective – Action 14: 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 37. Available from: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241633-en.pdf?expires=1728147988&id=id&accname=guest&checksum=F24D47A4699E01EB3CEBE8D84E-B7E4BB>. Access on: Sep. 20, 2024.

⁴⁹ Information obtained by Alina Miyake through the public transparency law (Law no. 12,527/2011) – Administrative Proceeding no. 10030.000258/1215-79. See GOMES, Bruno; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável: uma análise da posição do Brasil à luz das recomendações do Projeto BEPS e da Instrução Normativa RFB nº 1.669/2016. In: BATISTA, Michel Siqueira; et. al. *Estudos de Tributação Internacional*, 1st ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 337-338.

⁵⁰ See SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. MAP Guidance Released by Revenue Service. *International Transfer Pricing Journal*, v. 24, n. 4, p. 4, Jun. 22, 2017. Available from: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itpj_2017_04_br_1. Access on: Sep. 30, 2024.

⁵¹ In this sense GOMES, Bruno; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável: uma análise da posição do Brasil à luz das recomendações do Projeto BEPS e da Instrução Normativa RFB nº 1.669/2016.

RFB representative⁵². In view of this practical obstacle, it seems to us that it was not necessary to issue further guidance on the initiation of BAPA before the enactment of Law no. 14,596/2023, especially the ones in connection with (i) the definition of which documents and information that could support the negotiations; (ii) the sharing of documents and/or information with tax inspection teams and (iii) the participation of the taxpayer in the BAPA negotiations.

In addition, one could highlight that it is not possible to identify any publication of the MAP decisions (or their summary) under the argument that the publication of these documents would violate Law no. 12,527/2011, Section 23, Decree no. 7,724/2012, Section 69, I and Law no. 5,172/1966 (National Tax Code), Section 198 and harm international negotiations of tax nature⁵³. RFB granted access to some proceedings initiated under Article 25(3) of the OECD-MC for interpretation and/or application of the tax treaty⁵⁴. Still, no information regarding the conclusion of MAPs under Article 25(2) has been published (which, in our view, would be the basis for a bilateral APA).

Finally, one should mention that the RFB position in MAP should follow administrative and court rulings on the same matter issued in proceedings or lawsuits to which the taxpayer is party⁵⁵. In the past, this did not seem to be an issue because the Brazilian BAPA program was only formally implemented.

3. APA under Law no. 14,596/2023 and RFB public consultation: criticisms to the draft proposed by RFB

3.1. Law no. 14,596/2023

Law no. 14,596/2023⁵⁶ modified Brazilian legislation on Corporate Income Tax (IRPJ) and Social Contribution on Net Profits (CSL), introducing new TP

In: BATISTA, Michel Siqueira; et. al. *Estudos de Tributação Internacional*, 1st ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 342-343.

⁵² See ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO FINANCEIRO. *Preços de Transferência - consulta pública e perspectivas - 10/09/2024 - 9 h*. Sep. 10, 2024, after 27:14. Available from: https://www.youtube.com/live/G6GuYqRYQtA?si=wJPcwoR3AYjSX_p-. Access on: Sep. 30, 2024.

⁵³ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Full Version (as it read on 21 November 2017)*. Paris: OECD Publishing, 2017. p. P(25)-2 and P(25)-3 and C(25)-29 (Paragraph 9 of the Positions on the Commentary to Article 25). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/04/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_glg972ee/g2g972ee-en.pdf. Access on: Sep. 18, 2024; GOMES, Bruno; MIYAKE, Alina. Procedimento Amigável: uma análise da posição do Brasil à luz das recomendações do Projeto BEPS e da Instrução Normativa RFB nº 1.669/2016. In: BATISTA, Michel Siqueira; et. al. *Estudos de Tributação Internacional*, 1st ed. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 338.

⁵⁴ Information obtained by Alina Miyake through the public transparency law (Law no. 12,527/2011) – Administrative Proceedings no. 03005.006296/2023-15 and 03005.006296/2023-15.

⁵⁵ Under Section 10 of Normative Ruling RFB no. 1,846/2024.

⁵⁶ Conversion into law of Provisional Measure no. 1,152/2022.

rules aligned with the OECD Guidelines. This law resulted from several years of joint study of the Brazilian Revenue Service (RFB) and the OECD⁵⁷, which resulted in radical modifications to the TP regime previously in force, abolishing the fixed profit margins methods⁵⁸ and introducing methods that follow the arm's length standard. Adopting new TP rules was voluntary as of January 1st, 2023 and obligatory as of January 1st, 2024.

Until Law no. 14,596/2023, there was no legal basis for APA in Brazil⁵⁹. The only possibility of discussing the fixed margin to be adopted by the taxpayer in applying TP methods provided by Law no. 9,430/1996 was the proceeding provided by the Ministry of Finance Ordinance no. 222/2008. Under this rule, in theory, it was possible to discuss the adequate margin under cost plus method (CPL) and resale price method (PRL) in import transactions as well as the acquisition or production cost plus taxes and profit margin method (CAP), wholesale price in the country of destination less profit margin method (PVA) and retail price in the country of destination less profit margin method (PVV). Despite the existence of this ordinance, it is safe to say that adopting the collaborative route was not popular among Brazilian taxpayers.

Section 38 of Law no. 14,596/2023 allowed the RFB to introduce a “special consulting procedure” to define the adequate TP methodology to be adopted by the taxpayer. This proceeding intends to be equivalent to an APA program with the following characteristics:

- (i) The methodology to be adopted by the taxpayer refers to the criteria applicable for determining the terms and conditions that would be established by independent parties, including: (a) the selection and application of the most appropriate method; (b) the selection of comparable transactions and adequate comparability adjustments; (c) comparability factors deemed as relevant for the circumstances of the case and (d) critical assumptions for future transactions. This is different from the

⁵⁷ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Transfer Pricing in Brazil Towards Convergence with the OECD Standard. Highlights*. Paris: OECD Publishing, s.d.. Available from: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-oecd-standard-brochure.pdf>. Access on: Sep. 30, 2024; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *The New Transfer Pricing Framework: enhancing Brazil's tax system while fostering trade and investment*. Paris: OECD Publishing, 2023. Available from: <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-sub-issues/transfer-pricing/the-new-transfer-pricing-framework-enhancing-brazils-tax-system-while-fostering-trade-and-investment.pdf>. Access on: Sep. 30, 2024.

⁵⁸ Provided by Law no. 9,430/1996 as amended.

⁵⁹ In an opposite sense: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O Preço de Transferência no Brasil e a Experiência Internacional. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Tributos e Preços de Transferência*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 14.

establishment of a profit margin, but the parameters for reaching the profit margin;

- (ii) The ruling may be deemed as null and void at any time, with retroactive effects from the date of its issuance, if it is based on erroneous, false, or misleading information or in cases of taxpayer's omission;
- (iii) RFB is authorized to review the ruling, either *ex-officio* or at the taxpayer's request, if there is (a) a relevant modification of critical assumptions that served as the basis for the case or (b) changes in legislation that modify any aspect of the ruling. In the former case, the ruling will become invalid from the date the alteration occurs unless RFB states otherwise;
- (iv) RFB may authorize the application of the methodology resulting from the assessment of periods, provided that the relevant facts and circumstances of those periods are the same as those considered for the issuance of the previous ruling;
- (v) If the consultation request is accepted, the taxpayer must pay a fee of BRL 80,000.00 within 15 days and
- (vi) The ruling will be valid for four years, extendable for an additional two years, upon the taxpayer's request and approval by the competent authority. The extension of time is conditioned to the payment of a fee amounting to BRL 20,000.00 to be paid within 15 days.

3.2. Criticisms to the normative ruling under public consultation

At this stage, only some aspects of Law no. 14,596/2023 had been regulated by Normative Ruling RFB no. 2,161/2023, and others had not been regulated, which is the case of APA. In this scenario, the RFB has recently published a public consultation⁶⁰ asking for comments and suggestions for the draft of a normative ruling for regulating an APA program in Brazil. The RFB will receive comments on the draft up to October 15th, 2024⁶¹. The main aspects of this draft can be summarized by the following:

- (i) The normative ruling draft named the outcome of the special consultation proceeding as APA ("*acordo de precificação antecipado*", adopting the American terminology);

⁶⁰ Published on August 28th, 2024, available since August 29th, 2024. See SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Receita Federal abre Consulta Pública sobre Instruções Normativas em Matéria de Preços de Transferência*. Aug. 28, 2024. Available from: <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/assuntos/noticias/2024/agosto/receita-federal-abre-consulta-publica-sobre-instrucoes-normativas-rfb>. Access on: Sep. 30, 2024; SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Consulta Pública nº /2024*. Aug. 29, 2024. Available from: <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/assuntos/noticias/2024/agosto/receita-federal-abre-consulta-publica-sobre-instrucoes-normativas-rfb/consulta-publica-servicos-e-apa.pdf>. Access on: Sep 30, 2024.

⁶¹ The original deadline was September 30th, 2024.

- (ii) Clarification that the APA is restricted to the definition of the methodology to be adopted by the taxpayer (methodology meaning something similar to what the OECD guidelines call “appropriate set of criteria”) (Section 1);
- (iii) The adequate mechanism for requiring tax authorities to provide further clarification on the interpretation of TP rules is the consultation procedure⁶², the same route applicable to the interpretation of federal tax legislation (Section 2);
- (iv) It clarifies that the “critical assumptions” for future transactions are the economic and operational conditions taken into account in the APA, which will impact the controlled transactions in a way that the agreed methodology does not reflect the arm’s length standard (Section 4);
- (v) The APA is not obligatory from tax administration and taxpayer standpoints. This means that the RFB can opt for not concluding an APA, communicating to the taxpayers the reason why such APA has not been executed and the taxpayer is allowed to walk away from the consultation procedure before the execution of the APA (Section 5);
- (vi) The taxpayer is required to participate in the Brazilian cooperative tax compliance programs for at least six months (Section 6);
- (vii) The RFB will determine the maximum amount of APA that can be concluded in each calendar year (Section 6, Sole Paragraph);
- (viii) There is no appeal to the APA (Section 7);
- (ix) The APA can comprise one or all controlled transactions carried out by the taxpayer (Section 8);
- (x) The RFB will not accept APA proposals with evidence of tax avoidance (in Portuguese, *elisão fiscal*) (Section 8, Paragraph 2);
- (xi) The APA has prospective effects as a general rule (from the beginning of the tax period mentioned in the agreement). It can have retroactive effects at the RFB’s discretion (Section 10);
- (xii) The taxpayers are obliged to present any documents required by the RFB. The RFB must not disclose any information received in connection with financial, commercial, technical, and tax data in compliance with tax secrecy and functional rules (Section 12);
- (xiii) AEOI concerning APA decisions (deemed as ruling) in compliance with the minimum standards of BEPS Action 5, following the same approach adopted for consultation procedures⁶³ (Section 13);
- (xiv) The draft provides the APA phases:

⁶² Regulated by Law no. 9,430/1996, Sections 48 and 49, Decree no. 70,235/1972, Section 46-53, 64-A and 64-B and Normative Ruling RFB no. 2,058/2021.

⁶³ See Normative Ruling RFB no. 2,058, Section 15, Sole Paragraph.

- (a) *Preliminary phase* (Sections 14-18): the taxpayer files the preliminary assessment requirement. The RFB will evaluate the possibility of entering an APA. The taxpayer should present the information described in Section 16. If the RFB accepts the requirement, the BRL 80,000.00 fee is due by the taxpayer;
- (b) *Analysis Phase* (Sections 19-30): after the payment of the fee, the RFB can require at its discretion: (1) information and documents in addition to the ones presented in the *Preliminary Phase*; (2) analysis of methods alternative to the one presented suggested by the taxpayer and (3) inclusion of transactions that are related to the one subject to the APA. Within 90 calendar days from the notification, the taxpayer should file its APA proposal complying with the formal requirements and documents listed in Sections 22-25 (keeping them updated under the terms of Section 32). The RFB may require further documents and information at its discretion. Taxpayers and tax authorities may schedule meetings to discuss the case. In specific cases, the RFB may (1) require third-party experts to assess the APA proposal or (2) interview the taxpayer's or the counterparty's staff;
- (c) *Conclusion Phase* (Sections 31-34): after the analysis of the APA proposal, the RFB can either (1) agree with the proposal content; (2) present a counterproposal or (3) reject the APA proposal. In the case of (2) or (3), the taxpayer can (4) agree with the RFB proposal or (5) discuss adjustments. If these discussions result in an agreement, the RFB will draft a new APA proposal. If the discussions do not result in an agreement, the RFB will draft a document formalizing why the APA has not been executed. In this case, the taxpayer's information and documents in the APA scope can be shared with other departments of the RFB. The APA instrument should comply with the formal requirements listed in Section 33 and the relevant departments of the RFB will be informed of its conclusion and
- (d) *Follow-up Phase*: the taxpayer must present an annual report concerning the application of the APA. Tax authorities will verify whether the facts of the transaction/ data presented remain the same, the agreed method has been consistently applied, and the critical assumptions will remain valid (Sections 37-38);

The following timeline can illustrate these APA phases:

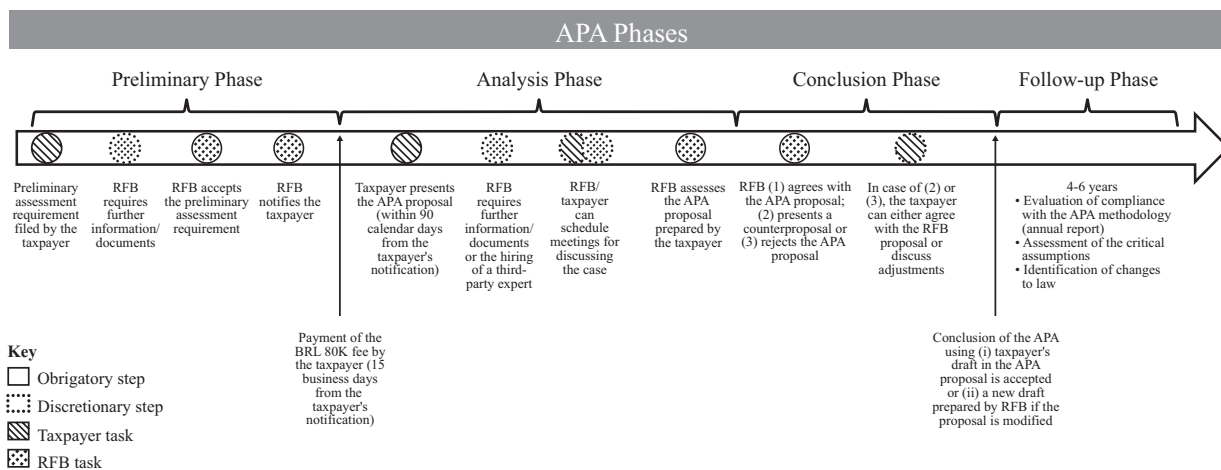


Figure 2: APA timeline (designed by the author)

- (xv) The RFB, *ex-officio*, can review the APA if the critical assumptions or the legislation is changed (Section 39);
- (xvi) The APA can be revoked if (a) there has been no review of the APA; (b) the taxpayer has not informed the change of critical assumptions and (c) the RFB identifies that the taxpayer has complied with certain APA obligations (Section 40);
- (xvii) The APA can be canceled with retrospective effects if (a) it is grounded on wrong, false, or misleading information or (b) there are omissions by the taxpayer (Section 41) and
- (xviii) The APA normative ruling will be in force as of January 1st, 2025 (Section 42).

In our opinion, this draft fulfills the mission of addressing most of the recommendations provided by the OECD Guidelines as described in item 1.2. above. The unilateral APA, as constructed, is indeed a possibility for taxpayers and tax authorities to reach a collaborative solution for TP cases in which there is a certain doubt about the method and/or methodology to be applied. However, we believe several criticisms can be made of the draft proposed by RFB. It is certainly a work-in-progress document that will be perfected after the acceptance of public comments. We listed below some of the aspects that we understand that should be taken into account by the RFB in the official draft:

- (i) Adopting the OECD nomenclature of APA (“*arranjo de precificação antecipado*”), clarifying that the intention is to be aligned with OECD Guidelines;
- (ii) Allow taxpayers and tax authorities to schedule meetings in the preliminary and reviewing phases (including some kind of communication on a no-name basis through legal representatives). It seems to us that the participation of taxpayers is relevant for the tax administration’s understanding of the business activities and particularities of the controlled transaction;

- (iii) The draft provides (a) a requirement of enrollment in Federal collaborative compliance programs and (b) that the RFB can establish a maximum number of APA to be analyzed. These are measures reflect the limited resources of the RFB. In our opinion, the RFB should grant access to a higher number of taxpayers through the alleviation of such measures (at least in a second moment);
- (iv) No domestic law parameters currently characterize tax avoidance in Brazil (such as a general anti-avoidance rule – GAAR⁶⁴). In this scenario, it seems that the RFB would not have grounds not to accept an APA based on tax avoidance. Considering the lack of general parameters for disregarding tax avoidance schemes in Brazil, we understand that it is advisable to only include the non-compliance with TP rules or other specific anti-avoidance rules (SAAR) existent in the Brazilian legal framework (such as thin capitalization, use of tax havens/ privileged tax regimes *etc.*) as hypotheses in which an APA cannot be accepted. The RFB is concerned about using APA to legitimize structures that dodge economic and/or commercial rationality. In this scenario, one alternative could be limiting the APA scope to revising TP methodology and its coherence with the arm's length standard. Whenever this requirement is not met, the RFB could reject the APA proposal;
- (v) The possibility of APA competent authorities sharing documents and information with tax inspection can be an obstacle for taxpayers initiating an APA. There is an evident concern that this sensitive information could be used to support a tax assessment (not only for TP matters) if the taxpayer does not accept the RFB's APA counterproposal or walks away from the APA for any reason. In our opinion, the regulations should make it clear (a) which situations the documents and information will be shared; (b) which documents will be shared and (c) how the documents will be shared (*e.g.*, through an administrative federal proceeding);
- (vi) Define which portion of RFB staff will be allocated to APA, demonstrating the independence of the APA function from the tax inspection function. In our view, this should be evaluated because the RFB tends to segregate its staff according to their specialization in certain business sectors (*i.e.*, financial institutions, major taxpayers, international affairs *etc.*);
- (vii) It is essential to give some publicity to APA: there would be sensitive commercial and industrial information in the agreement. In the case of Brazil, RFB could publicize an extract of the agreement with the iden-

⁶⁴ See Brazilian Supreme Court (STF) ruling in the Direct Unconstitutionality Lawsuit (ADI) no. 2,446.

tification of the parties involved and minor information regarding the transaction that does not qualify as a trade secret. One interesting example of the public announcement of a BAPA case that did not breach trade secrets is the one made by the IRS in 2007 about the negotiations made with the government of China in relation to Wal-Mart Stores, Inc.⁶⁵. It would also be important to publicize APA statistics (*e.g.*, number of new cases, cases solved, cases rejected *etc.*);

- (viii) The normative instruction should make it clear that the APA is indeed a unilateral one, issuing further regulations and/or guidance on BAPA (see item 4 below);
- (ix) Section 40, III of the draft provides that the APA will be revoked if the taxpayer does not comply with any relevant term or condition of the arrangement. In our view, the RFB should notify the taxpayer prior to the effective revocation. In addition, the annual report could be part ;
- (x) It is important to include a rule stating that no tax inspection would be initiated during the APA. It is likely that the RFB would not allocate two teams (inspection and APA) to the same TP case, but the draft does not make it clear that the inspections would be suspended until the APA is concluded. It is also important to state that a tax inspection in course would not prevent the taxpayer from initiating an APA.

4. BAPA under Law no. 14,596/2023

Article 39 of Law no. 14,596/2023 provided that tax authorities must review, *ex-officio*, the agreements reached through MAP, including ones in connection with matters not regulated by this law, to implement the agreed result in compliance with the regulations issued by the RFB. At this stage, the normative ruling draft says nothing regarding the interaction of MAP and APA. The APA created by the normative ruling draft is essentially unilateral. The existing MAP regulations are the same as described in item 2 above. In theory, BAPA proceedings were already possible under Article 25(2) of OECD-MC even before Normative Ruling RFB no. 1,669/2016, and the draft has regulated no further details of the BAPA proceeding.

In this scenario, it seems that the issuance of APA regulations would be an excellent opportunity for RFB to regulate Sections 38 and 39 of Law No. 14,596/2023. In our opinion, the regulation of the Brazilian BAPA program based on Section 39 could comprise the following:

- (i) This program should be grounded on Article 25(1)(2) of OECD-MC, qualifying as a MAP of taxpayer's initiative. As a result, Brazil should

⁶⁵ See INTERNAL REVENUE SERVICE. *First Bilateral Advance Pricing Agreement Concluded Between the United States and the People's Republic of China*. Jan. 12, 2007. Available from: <https://www.irs.gov/pub/irs-news/ir-07-009.pdf>. Access on: Sep. 30, 2024.

formalize its position on Paragraphs 50 and 52 of the OECD-MC Commentaries stating that the domestic guidance on BAPA would not follow them;

- (ii) The normative ruling could clarify BAPA guidance using two possible routes:
 - (a) Amendment of Normative Ruling RFB no. 1,846/2018 to include an express reference to the particular proceedings for initiating a MAP involving TP methodology (*i.e.*, BAPA) or
 - (b) Issuance of another normative ruling (it could be the APA normative ruling or not) (1) including the BAPA guidance and (2) amending Paragraph 2 from Section 5 of Normative Ruling RFB no. 1,846/2018 stating that the specific proceedings for a BAPA are specific and prevail over the general MAP guidance;
- (iii) Regardless of the path chosen by the RFB, we understand that it would be adequate to formalize which documents and information would be required for the installation of a BAPA in line with the content of an APA proposal described in the OECD Guidelines⁶⁶;
- (iv) Another aspect that should be considered is the participation of the taxpayer. In the MAP proceeding, the taxpayer assumes a passive role after filling the MAP requirement (see item 2 above). In APA, the taxpayer generally participates in discussions and holds meetings with the competent authorities. This is an aspect not regulated by Normative Ruling RFB no. 1,846/2018;
- (v) It is not reasonable that a BAPA initiated through Normative Ruling RFB no 1,846/2018 would be free of charge, while a unilateral APA would be conditional to the payment of a fee. The effort made by the tax administration in evaluating an APA and a BAPA is the same or higher in the case of a BAPA. Still, Law no. 14,596/2023 only provides a charge in case of a unilateral APA. One possible solution for this issue is establishing that every BAPA is initiated as an APA and converted into a BAPA at the RFB's discretion. This approach seems similar to the one described by the OECD Guidelines for limiting the access to BAPA⁶⁷.

In view of the above, we understand that one possible procedure for a BAPA program in Brazil – adding elements to the MAP proceeding, observing the par-

⁶⁶ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 526-527 (Annex II to Chapter IV, Paragraphs 38-39). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

⁶⁷ See item 1.2. above.

ticularities of the negotiation of TP methodology – could be described by the following timeline:

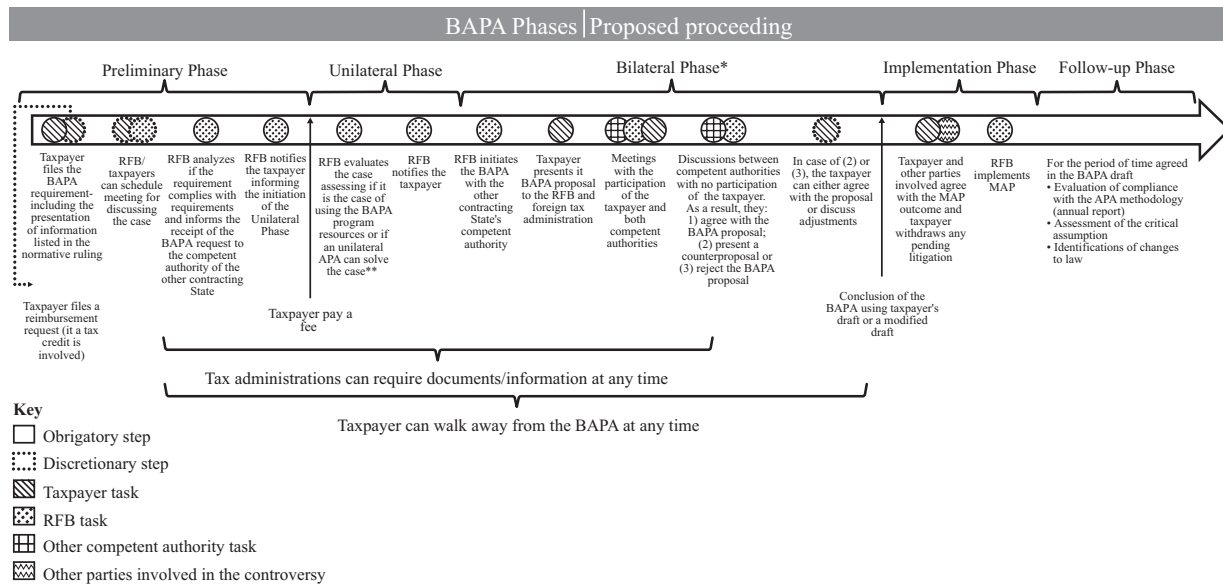


Figure 3: BAPA proposal (designed by the author)

Finally, it is worth mentioning that it is a matter of fact that Brazil has a narrow tax treaty network, including 37 treaties that are currently in force⁶⁸ and 3 new tax treaties that are pending approval by the National Congress⁶⁹. Some relevant economic partners, such as the US and Germany, are not treaty partners. Because of that, one possible solution to avoid double taxation is filing for unilateral APA in both countries, making the tax authorities of the second country agree with the outcome of the first APA⁷⁰. This approach is not a BAPA but will grant taxpayers a higher level of legal certainty. Now that Brazilian legislation follows the OECD Guidelines, this is a possible route for taxpayers to follow.

⁶⁸ Tax treaties executed with Argentina, Austria, Belgium, Canada, Czech Republic, Chile, China, Denmark, Ecuador, Finland, France, Hungary, India, Israel, Italy, Japan, Luxemburg, Mexico, Netherlands, Norway, Peru, Philippines, Portugal, Russia, Singapore, Slovakia, Spain, South Africa, South Korea, Sweden, Switzerland, Trinidad and Tobago, Turkey, United Arab Emirates, Uruguay and Venezuela.

⁶⁹ Tax treaties executed with Colombia, Poland and the United Kingdom.

⁷⁰ In this sense: see ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, Jan. 2022, p. 525 (Annex II to Chapter IV, Paragraph 34). Available from: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/01/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_57104b3a/0e655865-en.pdf. Access on: Sep. 30, 2024.

Final remarks

One should conclude that the APA and the BAPA represent a new form of solving TP disputes in Brazil concerning the determination of the applicable methodologies. This new solution represents a change of paradigm for taxpayers and tax administration, who are used to an adversarial environment⁷¹. This environment seems to be changing in Brazil, especially in connection with the introduction of the new TP rules: first, with the call for inputs⁶⁷, and after, with the public consultations for the normative rulings⁷². In addition, it seems that the RFB is building a path for a collaborative tax administration, with the introduction of new collaborative compliance programs⁷³ and the participation of RFB staff in public events⁷⁴.

This paper intends to reflect on the key elements that we deem necessary for the successful introduction of APA and BAPA programs in Brazil. The introduction of APA regulations seems to be a great opportunity for also formally introducing a BAPA program, respecting the characteristics of a BAPA (which are not the same ones of a MAP) and granting the legal certainty long desired by taxpayers and tax administration.

⁷¹ See VASCONCELOS, Breno. *et al. Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2019 - Ano de referência 2018*. São Paulo: Insper, Jul. 2020. Available from: <https://repositorio-api.insper.edu.br/server/api/core/bitstreams/344b387e-abaf-43c5-a832-f85c9379c3f3/content>. Access on: Oct. 3, 2024.

⁷² See SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Consulta Pública nº 1/2023*. Jul. 3, 2023. Available from: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/arquivos-e-imagens/noticias-do-site/consulta-publica.docx&ved=2ahUKEwi5j_bltfiIAxWrppUCHSyyCy0QFnoECBIQA-Q&usq=AOvVaw18aGLb_QnvR80OxNoBTilt. Access on: Sep. 10, 2024; SECRETARIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Consulta Pública nº /2024*. Aug. 29, 2024. Available from: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2024/agosto/receita-federal-abre-consulta-publica-sobre-instrucoes-normativas-rfb/consulta-publica-servicos-e-apa.pdf>. Access on: Sep 30, 2024.

⁷³ Such as CONFIA, SINTONIA, OEA-Conformidade, Receita de Consenso, among others.

⁷⁴ For example: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO FINANCEIRO. *Preços de Transferência - consulta pública e perspectivas - 10/09/2024 - 9 h*. Sep. 10, 2024. Available from: https://www.youtube.com/live/G6GuYqRYQtA?si=wJPCwoR3AYjSX_p-. Access on: Sep. 30, 2024; FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO. *X Congresso Brasileiro de Direito de Tributário Internacional: Desafios atuais da tributação internacional*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Sep. 11, 2024 to Sep. 13, 2024.

Shifting Environmental and Social Costs through Taxation

Allison Christians¹

Abstract

Carbon taxes are not necessarily the only or even the best way to address environmental and social destruction. Income tax systems are potentially capable of fulfilling these goals with fewer political constraints and, given recent developments respecting global minimum corporate taxes, with less international competition as well. This paper explains how and why this is so. Part I explains the appeal and limitations of stand-alone carbon taxes. Part II explains the case for income-tax-based approaches to externalized costs. Part III examines the relative challenges and political realities of using the income tax instead of carbon taxes. The paper concludes by examining what would be needed to understand whether an income-based approach would ultimately achieve the desired goals more effectively.

1. Introduction

Carbon taxes are dominant conventional policy choices around the world, but they are not necessarily the only or even the best way to use the tax system to respond to environmental and social destruction. The mischief that carbon taxes seek to correct is a common market failure, namely market prices failing to reflect the full costs of production. In brief, when businesses contribute to environmental and social destruction, some of their profit represents costs that are borne by the public. Socially and environmentally damaging goods and services are thus over-produced relative to those that produce less damage or internalize the costs of the damage they produce².

¹ Allison Christians is the H. Heward Stikeman Chair in the Law of Taxation at McGill University in Montreal, Canada. I am grateful to Luis Eduardo Schoueri, Flávio Basile, and the conveners of the Brazilian Congress on International Tax Law at the University of São Paulo, September 11-13, 2024. This article derives from and reflects my prior work on the subject, especially Allison Christians, “Designing a More Sustainable Global Tax System,” 44:1 *Dalhousie LJ* 19 (2021); Allison Christians and Laurens van Apeldoorn, *Tax Cooperation in an Unjust World* (Oxford University Press 2021); Allison Christians, “Carbon Pricing and the Income Tax,” 70 *Can. Tax J.* 97 (2022); and Allison Christians and Tarcisio Magalhaes, “The Case for Taxing Away Unsustainable Profits,” 91 *Geo. Wash. Law Review* (2023). This research is supported by a grant from the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada. Thanks for research assistance go to Hannah Flake and Jenna Daley.

² See, e.g., Robertson C. Williams, “Environmental Taxation” in *The Economics of Tax Policy* (Alan J. Auerbach & Kent Smetters eds., 2017) (“The basic idea is simple. A negative externality—a case in which production or consumption of some good harms someone other than the buyer or seller of that good—represents a market failure because the buyer’s and seller’s decisions fail to take into account that external cost. Consequently, an unregulated free market will generally result in

Stand-alone taxes such as those on carbon can and do internalize some costs but they are hampered by both domestic political constraints and international competition among regulating jurisdictions³. Domestically, industries impacted by carbon taxes can undermine the political appetite for addressing environmental destruction by appealing to public concerns about the short-term price effects of such taxes on key consumer needs such as heating and transportation. Similarly, political leaders are amenable to industry concerns about competition with firms from other jurisdictions that do not impose similar taxes. In public discourse, these concerns all too often drown out the concerns of those who understand the long-term cost of failing to respond to environmental and social destruction despite the shorter-term political and competitive factors.

Potentially less well-understood by the public (including some political leaders), an income tax system is equally capable of internalizing externalized costs⁴. It is capable of doing so because internalizing costs is an exercise in establishing fair market value, and finding fair market value is a central concern in the operation of an income tax⁵. Thus, an income tax will generally feature a rule for the regulatory body to adjust pricing in specified circumstances, and in particular to do so to get at fair market value when there is reason to suspect that the stated price does not reflect such value⁶.

Using the income tax to internalize carbon and other costs would likely reduce the readiness of the public to accept industry advocacy focused on short-term consumer impact such as that seen around carbon taxes. Even if industry advocates can be expected to oppose the tax no matter what form it takes, the technical rules surrounding the computation of business profits are far more complex and therefore opaque to the public than a surcharge that is readily visible at the cash register. As such, the relative obscurity of the income tax versus an excise tax will have a significant impact on public discourse, which in turn impacts political feasibility.

Moreover, given recent developments respecting a global minimum corporate tax system, income tax systems could potentially address environmental and

an inefficiently high quantity of any good with an associated negative externality. Imposing a tax on the externality-generating good can correct the externality.”).

³ Allison Christians, “Designing a More Sustainable Global Tax System,” 44:1 *Dalhousie LJ* 19 (2021); Allison Christians and Laurens van Apeldoorn, *Tax Cooperation in an Unjust World* (Oxford University Press 2021); Allison Christians, “Carbon Pricing and the Income Tax,” 70 *Can. Tax J.* 97 (2022); Allison Christians and Tarcisio Magalhaes, “The Case for Taxing Away Unsustainable Profits,” 91 *Geo. Wash. Law Review* (2023).

⁴ Christians (2021) *supra* note 3.

⁵ Allison Christians, *Introduction to Tax Policy Theory* (2018), at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3186791.

⁶ Christians and Magalhaes, *supra* note 3.

social destruction with less international competition as well⁷. While it is not yet fully realized, to the extent a global minimum tax on business income becomes a reality, it recalibrates expectations surrounding the expected tax revenues that will be collected on multinational business profit. At the same time, this recalibration also has the effect of reorganizing the distribution of such tax revenues across jurisdictions⁸. Potentially unintended by the drafters of the global minimum tax, this reorganization presents an opportunity to work environmental and social cost distribution into the mechanisms of the income tax⁹.

The income tax might accordingly be a more sustainable mechanism for addressing environmental and social destruction than stand-alone carbon taxes. This article explains how and why. It begins by explaining the appeal and limitations of carbon taxes. It then explains the case for an income-tax-based approach to cost internalization. Finally, it examines the relative challenges and political realities of addressing environmental and social destruction with income taxes instead of carbon taxes. The paper concludes by examining what further study would be needed to establish whether income taxes would in fact be better than carbon taxes to achieve the desired goals.

2. The appeal and limitations of carbon taxes

It is easiest to begin exploring why carbon taxes are appealing to lawmakers by considering what kind of taxes they are and what language policy makers use for this kind of tax. In brief, carbon taxes are “excise” taxes: that is to say that they are taxes added to the price of a particular good or service¹⁰. While any tax imposed at the point of sale could be described as an excise tax (such as a general consumption or sales tax on goods and services), excise taxes are typically targeted at a specific category of good or service. The choice of goods and services upon

⁷ OECD, Global Minimum Tax, at <<https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/global-minimum-tax.html>>; OECD, Global Anti-Base Erosion (GloBE) Model Rules, at <<https://doi.org/10.1787/782bac33-en>>.

⁸ Christians and van Apeldoorn, *supra* note 3.

⁹ Christians (2021) *supra* note 3.

¹⁰ Christians (2018), *supra* note 5. An excise tax might be referred to interchangeably as an *ad valorem* tax (meaning “according to value”), a consumption tax, a surtax, a sales tax, a tariff, or, as explored below, colloquially, a sin tax. In any case what distinguishes an excise tax from an income tax is that an excise tax is charged as a percentage (usually a flat rate) on a retail price, usually at the point of sale, and collected by the vendor for payment to the government, while an income tax is computed on the net income, profits, and gains earned within a year and paid directly by the taxpayer that earns the income (whether individual or corporate). See also OECD, Consumption Tax Trends (2020) <<https://perma.cc/L2X9-J7BB>> (outlining three general features of excise taxes: “Excise duties are generally calculated by reference to the weight, volume, strength, or quantity of the product, combined in some cases with the value, but sometimes on a value basis only. [Second, e]xcise duties normally become payable when the goods enter free circulation. Transfers of ownership of excisable goods can take place within a controlled warehousing environment or between registered operators without creating an excise charge”).

which governments tend to use these taxes is thus informative to understanding their appeal.

In particular, policymakers often impose excise taxes on goods and services the consumption of which they seek to discourage. This feature makes some excise taxes “Pigouvian,” named after economist Arthur Pigou who documented the behavioral effects of consumption taxes and advocated for their targeted use¹¹. Since the point of Pigouvian taxes is to correct overconsumption of inefficiently over-produced goods and not to raise revenue, a core feature is that these taxes are intentionally self-defeating: if they are successful, they will no longer be collected.

Historically, lawmakers have won popular support for Pigouvian taxes that discourage consumption for moral or social reasons. For example, moral concerns motivated the historical popularity of taxes on such items as alcohol and tobacco¹². The moral quality of the target of the tax historically led lawmakers and policy observers to describe certain excise taxes as “sin taxes”; a colloquialism that continues to be applied in contemporary situations¹³. With this pejorative moniker in place, we can understand the political appeal of excise taxes: it is relatively easy for policymakers to use this kind of rhetoric to signal that opposition to such taxes involves some sort of moral failing.

Aside from their superficial political appeal, however, policymakers often favor sin taxes for other reasons. First, the behaviors that these taxes targeted are presumed to have significant public costs, such as those related to public health or welfare¹⁴. For example, alcohol and tobacco consumption impose costs on society to the extent the public bears the additional health care services necessary to treat conditions associated with the use of these products¹⁵. By increasing the cost

¹¹ Arthur C. Pigou, *THE ECONOMICS OF WELFARE* (1920), available at <http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html>. Pigouvian taxes are sometimes intended to raise money to compensate the victims of behaviours that have dispersed social effects. Difficulties include properly identifying the perpetrators and the victims, and assessing the relative contributions to harms, and harms suffered, respectively.

¹² Jendi B. Reiter, “Citizens or Sinners—The Economic and Political Inequity of Sin Taxes on Tobacco and Alcohol Products” (1996) 29:3 *Colum JL & Soc Probs* 444.

¹³ See, e.g., Bloomberg News, “Beer and Booze Go to Battle as Brazil Wraps Up Tax Overhaul,” April 26, 2024 (“A new “sin tax” is splitting Brazil’s alcoholic beverage industry as beer producers and liquor manufacturers wrangle over how much they should have to pay.”).

¹⁴ See generally Sijbren Cnossen, ed., *Theory and Practice of Excise Taxation: Smoking, Drinking, Gambling, Polluting, and Driving* (Oxford Univ. Press 2005).

¹⁵ The evidence is mixed. For a discussion, see Joseph Heath, *Filthy Lucre: Economics for People Who Hate Capitalism* (2009). The view that there may be social costs seems to drive more contemporary equivalents to such taxes, such as those on sugar or sugary drinks. See, e.g., Andrew Jacobs, “Two Top Medical Groups Call for Soda Taxes and Advertising Curbs on Sugary Drinks,” *New York Times* (25 March 2019), online: <nytimes.com/2019/03/25/health/soda-taxes-sugary-drinks-advertising.html>; Sarah Antle, “Ahead of new sugary beverage tax, N.L. launches Rethink Your Drink campaign,” *CBC News* (12 August 2022), online: <cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/rethink-your-drink-campaign-1.6548570>.

of consumption, policymakers aim to reduce the behavior, thus reducing the funding needs for public health and other services. Thus even if the tax is self-defeating, the revenues lost as people adjust their behaviors is theoretically made up in reduced costs of public health care and their services.

Additionally, sin taxes place (at least some of) the financial burden of consumption directly on the individuals that engage in the targeted behavior. The design ensures that those responsible for the socially costly actions face at least some of the consequences¹⁶. Taxing a given product does not necessarily ensure that the individual's tax contribution exactly matches their share of the broader societal impact, but the tax at least aims toward that goal¹⁷. When individuals pay more to engage in targeted behaviors, they internalize the costs of such behavior whether they realize it or not. Thus, to the extent that people consume less of the targeted products to avoid the tax, the tax counters the otherwise externalized costs that lead to overproduction or overconsumption of harmful goods¹⁸.

Finally, even if intentionally self-defeating, sin taxes generate public revenue that can be used to fund services or offset other forms of taxation. That said, it should be acceptable to lawmakers if revenue diminishes or even disappears given the underlying motivations of the tax. Whether aiming to curb immoral behavior or create a more efficient and healthier society, the primary goal is to reduce the targeted activity, not to maintain a steady source of tax revenues¹⁹. Accordingly, sin taxes can be set at high rates because the political rhetoric surrounding them concerns their intention to address social harms rather than provide a source of money to the government²⁰.

The growing momentum around carbon taxes might be explained by their comparability to sin taxes in the public imagination, as the harms of social and environmental destruction become increasingly evident. Certainly, carbon taxes address the same issues of market inefficiency and socially harmful behavior as other sin taxes²¹. In the case of carbon taxes, the harm comes from greenhouse gas emissions, which contribute to environmental degradation and climate

¹⁶ There may be disproportionate effects of these taxes on already vulnerable communities, but political leaders do not generally acknowledge these issues. Reiter *supra* note 12.

¹⁷ Michael Wenzel, "The Impact of Outcome Orientation and Justice Concerns on Tax Compliance: The Role of Taxpayers' Identity," (2002) 87:4 *Journal of Applied Psychology* 630-631 and 641.

¹⁸ Ian Parry, Simon Black & Nate Vernon, "Still Not Getting Energy Prices Right: A Global and Country Update of Fossil Fuel Subsidies" (IMF, Working Paper No. WP/21/236, 2021).

¹⁹ Reiter, *supra* note 2 at 443.

²⁰ Leslie Young, "Sin Taxes Work and Don't Disproportionately Harm the Poor, Study Says" *Global News* (4 April 2018), online: <<https://globalnews.ca/news/4123758/sin-taxes-work-and-dont-disproportionately-harm-the-poor-study-says/>>; also possibly Ted O'Donoghue and Matthew Rabin, "Optimal Sin Taxes" (2006) *Journal of Public Economics* 90 1839-1840.

²¹ Pierre André and Alice Pirlot, "When Are Carbon Border Adjustment Measures Just?" (2024) *Pol Studies* 5 (forthcoming).

change²². By placing a financial burden on carbon emissions, these taxes aim to reduce the behavior and promote more sustainable practices, while remaining indifferent to whether or not they generate significant revenue.

However, carbon taxes differ from typical sin taxes in key ways. One of the main distinctions is that carbon emissions are not as easily individualized to the consumer. Unlike alcohol or tobacco consumption, which can be attributed to specific individuals, carbon emissions are embedded in a wide range of economic activities, making it harder to pinpoint responsibility on a personal level. Moreover, carbon taxes are highly politicized, often sparking debate over their economic and social impacts, particularly on industries and regions that are heavily dependent on carbon-intensive activities²³.

Despite these complexities, there is growing global attention to the intersection of sustainability and tax policy that suggest carbon taxes are here to stay. Carbon taxes have gained significant traction globally, with over thirty countries implementing them in various sectors²⁴. While traditionally applied to industries like energy and transportation, the scope of carbon taxes is now expanding to include areas such as agriculture and shipping, reflecting the growing emphasis on sustainability across multiple economic activities²⁵.

²² Government of Canada, “Global Greenhouse Gas Emissions: Canadian Environmental Sustainability Indicators” August 2024, online: <<https://www.canada.ca/content/dam/ecccc/documents/pdf/cesindicators/global-ghg-emissions/2024/global-greenhouse-gas-emissions-en.pdf>>; Ministry of the Energy Transition, “French policies to tackle climate change,” 2023, online: <<https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/edition-numerique/chiffres-cles-du-climat-2023/en/19-french-policies-to-tackle-climate>>; United States Environmental Protection Agency, “Inventory of U.S. Greenhouse Gas Emissions and Sinks, 1999-2022,” <https://www.epa.gov/system/files/documents/2024-04/us-ghg-inventory-2024-main-text_04-18-2024.pdf>; IPCC, 2023: Sections. In: Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, pp. 35-115, doi: 10.59327/IPCC/AR6-9789291691647, <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf>.

²³ Ian Austen, “Why a Liberal Premier Wants to Pause a Carbon Tax Increase” *New York Times* (13 April 2024), online: <<https://www.nytimes.com/2024/04/13/world/canada/newfoundland-premier-andrew-furey.html?searchResultPosition=3>>; Matthieu Goar, “Backtracking on Climate Policy is a Sign of Populist Pressure” *Le Monde* (10 April 2024), online: <https://www.lemonde.fr/en/opinion/article/2024/04/10/backtracking-on-climate-policy-is-a-sign-of-populist-pressure_6668029_23.html>; Kenza Bryan, “Traders place record bets ahead of UK election on carbon credits price jump” *Financial Times* (7 June 2024), online: <<https://www.ft.com/content/bdb-d165c-c830-43a6-89c1-3ce2bec08b51>>.

²⁴ Tatiana Falcão, *Highlights of the United Nations Handbook on Carbon Taxation* (2021) 49:11 Intertax 990 (this source confirms a list of less than 30 countries that have committed to Carbon Tax through the Paris Agreement); Alex Mengden, “Carbon Taxes in Europe, 2024” *Tax Foundation Europe* (18 June 2024), online: <<https://taxfoundation.org/data/all/eu/carbon-taxes-europe-2024/>>.

²⁵ Alisa Spiegel, Claudia Heidecke, Julio G. Fournier Gabela, Davit Stepanyan, Mareike Söder, Florian Freund, Alexander Gocht, Martin Base and Bernard Osterburg, *Climate Change Mitigation*

Prominent examples of carbon taxation include the European Union's Green Deal, which outlines ambitious climate targets supported by a comprehensive carbon pricing system²⁶. Canada has developed a federal carbon tax framework designed to reduce emissions while addressing concerns about fairness across regions²⁷. Similarly, China has launched a national carbon market, marking a major step by the world's largest emitter in aligning with global environmental goals²⁸.

In addition to carbon taxes, other forms of environmental taxation are emerging. Plastic taxes, waste management levies, and chemical taxes are becoming more common as governments look to address broader environmental challenges beyond carbon emissions²⁹. These taxes aim to reduce pollution, improve waste management, and incentivize the development of eco-friendly alternatives.

The proliferation of excise taxes across countries, including at very high rates and on a broadening list of targets, provides evidence that “sin” can be an effective political rhetoric for advancing tax policy. However, it is not clear whether the rhetoric of sin is generalizable. If industry advocates can point to social benefits of consumption or broader macro-economic impacts of imposing a domestic tax in the context of global competition, the case for carbon as a sin tax might be questioned. There appears to be less political risk in applying excise taxes to other goods and services whose “sinful” quality is more obvious.

Carbon taxes and other environmental levies face more challenge in this respect, as can be seen in ongoing debates about the merits of national policy-making in the absence of multilateral coordination. A major concern is equity—how these taxes affect different income groups and nations. In particular, carbon

in Agriculture Beyond 2030: Options for Carbon Pricing and Carbon Border Adjustment Mechanisms (2024) 23:1 EuroChoices 19; Tsung-Chen Lee, Young-Tae Chang, and Paul T.W. Lee, Economy-wide impact analysis of a carbon tax on international container shipping (2013) Transportation Research Part A 58, p. 92.

²⁶ European Union, Communication from The Commission to the European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM(2019) 640 final, online: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>>.

²⁷ For a discussion, see Allison Christians and Kimia Towfigh, Tax and the Canadian Constitution, Rev. of Int'l and Euro. Econ. Law 2:3 (2023), pp. 59-78; Allison Christians, Carbon Pricing and the Income Tax, 70 Can. Tax J. 97 (2022).

²⁸ Kaile Zhou and Yiwen Li, Carbon Finance and Carbon Market in China: Progress and Challenges (2019) Journal of Cleaner Production 214, p. 537.

²⁹ KPMG, Plastic Tax: Reduce, Reuse, Recycle, online: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/09/plastic-tax.pdf>>; Waste - Louise Dunne, An Investigation Into Waste Taxes and Charges (July 2024) Planning and Environmental Policy Research Series, PEP/04/04, p. 3.; Chemical - Patrik Söderholm and Anna Christiernsson, Policy Effectiveness and Acceptance in the Taxation of Environmentally Damaging Chemical Compounds (2008) Environment Science & Policy 11, p. 240.

taxes may disproportionately burden low-income populations or countries with fewer resources to transition to cleaner technologies³⁰.

Finally, the effectiveness of a carbon tax depends on it being set at a rate that is high enough to achieve the desired behavior change, but recent studies suggest that prevailing rates are far below where they would need to be to achieve this mandate³¹. Policymakers must continuously assess whether these taxes are achieving their intended impact by meaningfully reducing emissions and encouraging sustainable practices across industries and communities.

In summary, carbon taxes are increasingly popular and seem to be gaining political momentum around the world, but they also face significant challenges in terms of achieving the desired outcomes as well as surviving changes in political acceptance. Their visibility makes them vulnerable to broad social and ideological swings as well as to campaigns by advocates seeking to undermine political support. If there is doubt that a given excise tax is appropriately affecting targeted behavior, the political support for such taxes risks falling away. For these reasons, it seems worthwhile to at least consider whether the goals underlying carbon taxes could be achieved by other means that are less susceptible to swings in popular support. The next section accordingly turns to the income tax to explore why it provides such an alternative approach.

3. The case for using the income tax to internalize costs

In my view, a better approach is to recognize that profits generated by externalizing costs onto society should be seen as windfalls rather than earnings. As windfall profits, they can be taxed—even at relatively high rates—without harming market efficiency, since they arise from shifting costs—such as environmental degradation or public health impacts—onto the broader public³². Where possible, the income tax system could be the primary vehicle for capturing externalized costs.

To achieve this, I suggest leveraging transfer pricing rules, which govern the allocation of profits and costs among related entities, particularly in multinational corporations. These regimes also effectively apply to unincorporated entities via the permanent establishment concept (and could be expanded to cover unrelated parties on the same principle). The idea is that transfer pricing rules are subject to detailed valuation standards that can be adapted to incorporate externalized costs.

I have explored this idea over the past several years in the course of a book and several articles that considered the normative and technical connections be-

³⁰ Raphaël Semet, *Coordinating Social Equity and Emissions: Challenges in Carbon Tax Policy* (2024) *Energy Policy* 185, p. 2.

³¹ See, e.g., Parry, Black & Vernon *supra* note 18.

³² Christians and Magalhaes *supra* note 3.

tween tax and sustainability³³. As a broad summary of that prior work, the core argument is that (1) economic analysis informs income allocation rules (in particular U.S. transfer pricing regulations and OECD transfer pricing guidelines); (2) externalized costs are capable of measurement through specialized economic tools; and therefore (3) these tools could be used in the context of inter company prices, possibly without even needing to make legislative amendments. Each of these three components is explained in brief below.

First, economic analysis already informs income allocation rules, and in particular within the U.S. transfer pricing regulations³⁴ and OECD transfer pricing guidelines³⁵. Both rely on the principle of accurately reflecting income and expenses between related entities in different jurisdictions, as the point of transfer pricing is to allocate profits in accordance with economic value creation. Transfer pricing methods are informed by economic analysis, which ensures that transactions between related parties reflect market prices as if they were between independent actors.

Second, externalized costs are capable of measurement using specialized economic tools. In particular, these tools include life cycle assessments (LCAs), which are advanced methods for measuring the cost of unsustainable business activities³⁶. Developed in the field of environmental engineering, LCAs focus on costing negative externalities, going beyond carbon emissions to account for all forms of impact in the environmental impact of goods and services³⁷. The idea is to measure the full cost of production, including resourcing, manufacturing or alteration, distribution, consumption, and disposal. The use of LCAs to evaluate

³³ See Christians (2021), Christians and van Apeldoorn, Christians (2022); and Christians and Magalhaes, *supra* note 3.

³⁴ Transfer pricing rules laid out in IRC Section 482 and accompanying regulations allocate income and deductions among related entities in accordance with the arm's length principle, to ensure that the economic substance of transactions is properly reflected.

³⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (2022) (integrating economic analysis into a global framework, focusing on elements such as functions performed, assets used, and risks assumed by the different entities within the corporate group).

³⁶ See, e.g. Int'l Org. for Standardization, International Standard 14040, at iii (1997) ("[Life Cycle Assessment] studies the environmental aspects and potential impacts throughout a product's life (i.e., cradle-to-grave) from raw material acquisition through production, use and disposal. The general categories... include resource use, human health, and ecological consequences."); Walter Klöpffer & Birgit Grahl, *Life Cycle Assessment (LCA): A Guide to Best Practice 1-2* (2014), (citing International Standard ("ISO") 14040 and other standards and explaining that standard life cycle assessment focuses on ecological impacts and not economic or social impacts). For a discussion of the use of LCAs in the tax context, see Christians and Magalhaes *supra* note 3.

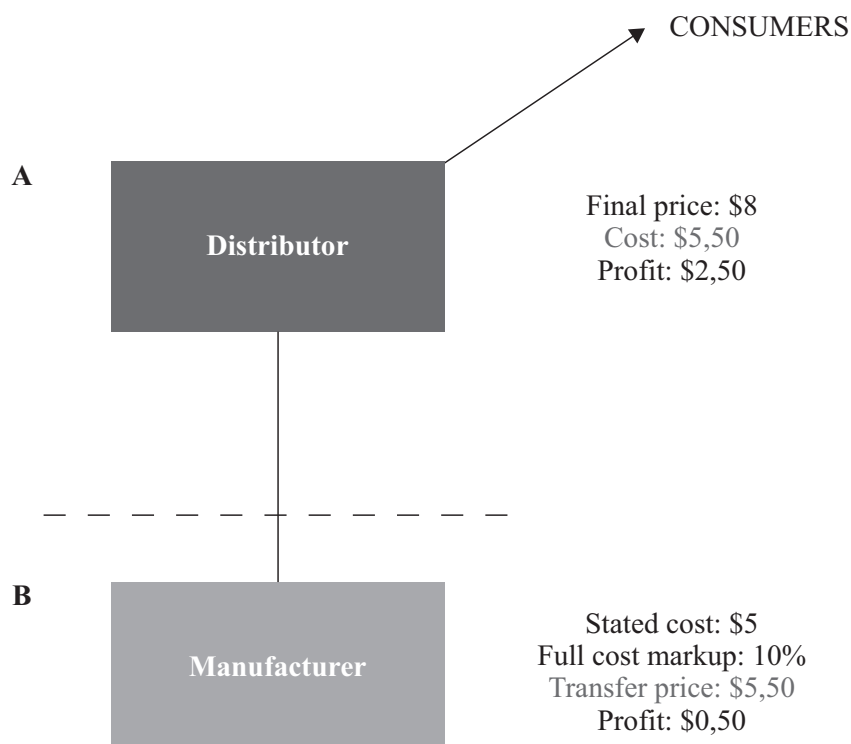
³⁷ For example, see Camillo de Camillis and Malgorzata Goralczyk, "Towards Stronger Measures for Sustainable Consumption and Production Policies: Proposal of a New Fiscal Framework Based on a Life Cycle Approach," 18 Int'l J. Life Cycle Assessment 263, 264 (2013) (proposing a life cycle assessment methodology with the intention of adapting VAT rates in accordance with the measured ecological footprints of products).

costs is not new, but the methodologies are constantly advancing as externality-measuring techniques are continuously devised, tested, debated, and improved with application in various practical contexts.

Finally, there is a direct route to incorporating the principle of externalized costs into the income tax by applying these tools to inter-company prices. This route would use LCA tools to quantify externalized costs across the entire production and consumption chain, and use these quantified costs to reprice the transfer prices assigned to sales, applying current transfer pricing standards. The effect would be to shift income across the value chain to the places where production creates social or environmental harm. Further, once reallocated to the production country, the profits thus internalized could be subject to a surtax over and above the regular corporate tax rate (possibly to be implemented gradually as the global minimum tax becomes more stable over time).

To explore the basic contours of this idea, imagine that Manufacturer, a firm in country B, produces goods at the market price of \$5, and sells the product to Distributor, its wholly owned parent company located in country A, at a price of \$5.50. The tax authorities in both countries accept this price because it follows the cost-plus transfer pricing method, and the arm's length standard markup for comparable products is 10%. Accordingly, Manufacturer's profit is \$0.50. Distributor then sells the product to consumers at \$8.00, earning a profit of \$2.50. Figure 1 illustrates.

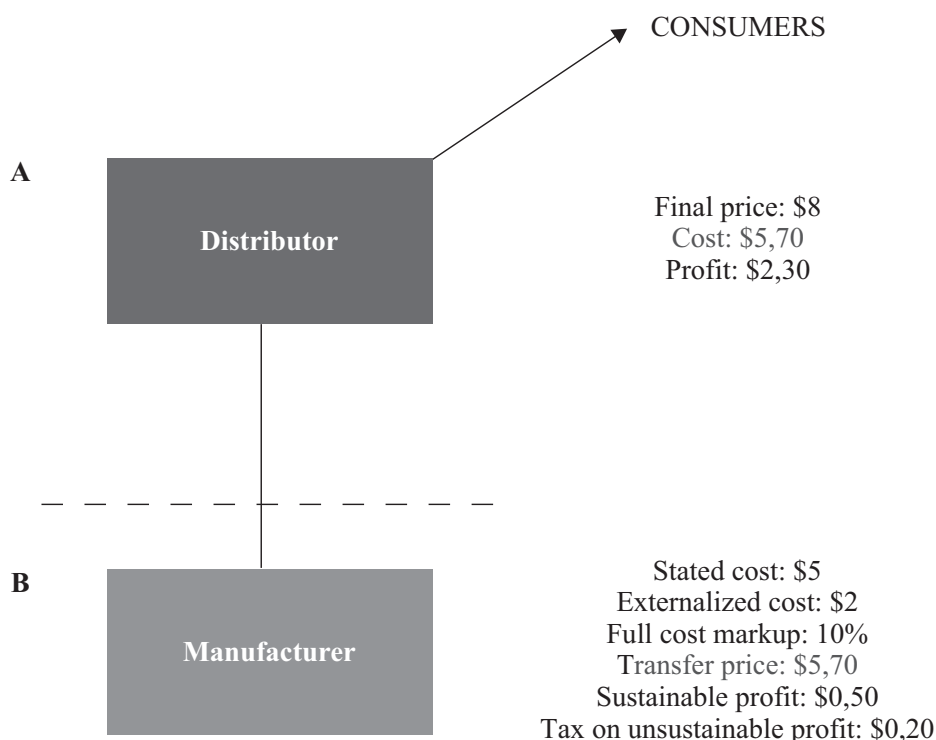
Figure 1: Simple transfer pricing scenario



Now imagine that after undertaking a life cycle assessment, Manufacturer learns that the goods it is selling to Distributor are harmful to the environment, and that the cost to produce the goods sustainably would be an additional \$2 per unit³⁸. This \$2 is the sustainability gap between a unit that is produced with costs externalized (as in Figure 1) and one that would be produced if costs were internalized. Having quantified the sustainability gap, the argument is that the cost of the good is not \$5.00 per unit as originally thought, but instead it is \$7.00, as adjusted to reflect the sustainability gap.

On this new assumption, the Manufacturer would apply the 10% cost markup to the sustainability-adjusted unit cost of \$7, yielding \$0.70 instead of \$0.50 as in the original scenario. Added to the original cost of \$5.00, this yields a sustainable transfer price of \$5.70 instead of \$5.50. The \$2 sustainability gap itself is not charged to the Distributor, because that \$2 was not actually paid by Manufacturer—it is a phantom cost. But what the transfer pricing adjustment does is re-allocate the profit associated with the phantom cost out of the Distributor's jurisdiction and back to the jurisdiction where the underlying externality produced such cost. Figure 2 illustrates.

Figure 2: LCA-adjusted transfer pricing scenario



³⁸ For a detailed review of how life cycle assessment would help determine such a conclusion, see Christians and Magalhaes *supra* note 3 at 142-145 (explaining LCA studies measuring the environmental and social costs associated with various products and showing through the example of a study of blue jean production how LCA analysis establishes the cost difference between an unsustainable and a sustainable good).

Having provided this simple illustration, a few observations may be made. First, the introduction of sustainability-based adjustments within the transfer pricing realm yields a smaller change than would occur if Manufacturer was obliged to charge the full cost of the product including the sustainability gap determined under the LCA. It may be that charging phantom costs to producers is theoretically ideal, but doing so is less feasible without changing the applicable tax rules (in addition to being a drastic departure from the foundational principles of income taxation).

On the other hand, it is possible that accounting for the sustainability gap in the chosen transfer pricing method could be accomplished in many countries without enacting new legislation and without altering any existing tax treaty arrangements. This is because transfer pricing is a standard rather than a set of detailed legal rules in most cases, making its implementation subject to interpretation. The domestic tax authority that wishes to incorporate LCA analysis in intercompany pricing could presumably issue guidance that, under its view of what constitutes arm's length transfer pricing, the sustainability gap must be included³⁹.

4. The relative challenges and political realities of using the income tax instead of carbon taxes

There are several advantages to addressing externalized costs through the income tax system instead of via a separate carbon tax. First, using LCA opens the economic analysis to environmental and social destruction beyond greenhouse gases. The LCA is comprehensive, considering not only what kinds of destruction takes place during production but also the environmental consequences of use and disposal of goods. LCAs are also capable of measuring externalized social costs such as those associated with the underpayment and unfair exploitation of labor.

Second, using the existing framework of income taxes, which have been a stable source of taxation and regulation in many countries for at least a century, avoids the complexities and challenges of creating new, stand-alone tax instruments and institutions to implement and police them. Policymakers may achieve greater consistency, potentially avoiding some of the political manipulation that often arises with separate environmental or social taxes. The involvement of technical experts in determining how externalized costs are integrated into transfer pricing follows the same process used for other tax challenges, ensuring a degree of continuity in administration.

Third, the technically complex nature of income taxes may reduce the kind of uncritical public opposition that industry advocates provoke by appealing to

³⁹ To the extent taxpayers or treaty partners disagreed, they would turn to either competent authority procedures or courts to resolve the disagreement.

short-term consumer preferences without admitting to the long-term economic impacts of continued cost externalization. As the work of applying and interpreting transfer pricing rules and life-cycle assessment tools will be carried out by subject matter experts, the system may be more resilient to political pressures that often derail more politically vulnerable taxes.

A final potential benefit of using the income tax system is the international distributive impact. By taxing externalized costs in a way that considers where environmental and social damage occurs, there could be a redistribution of profit that favors lower-income countries, compared to carbon taxes which are collected in countries where consumption takes place. Using the income tax to internalize costs might thus allow for a more equitable distribution of tax burdens and benefits globally, although further research and analysis is required to confirm this point.

On the other hand, there are several potential downsides to using the income tax to internalize costs. One significant challenge is that doing so pushes against the current trend toward carbon and other excise taxes to address environmental and social harms. With global momentum, carbon taxes may offer a more immediate and practical solution simply by already existing in many jurisdictions. In contrast, incorporating externalized costs into the income tax system would take time to implement, potentially slowing progress on urgent environmental issues.

Further, this approach adds more complexity to an already intricate tax system. While the income tax is comprehensive, it is also notoriously complex. Introducing life-cycle assessments and externalized costs into transfer pricing rules—and from there extending by principle to unincorporated entities and in situations involving arm's length parties—would only increase the level of difficulty for tax administrators and taxpayers alike. Transfer pricing disputes are already a major issue worldwide, with tax authorities and corporations often engaged in lengthy disagreements over profit allocation. Adding externalized costs into the mix could exacerbate these disputes, further burdening an already strained system. This would increase the administrative costs and legal challenges for both governments and businesses, potentially leading to delays in implementation.

There is also a risk of resistance, particularly from wealthier nations in the Global North, if the international distributive effects of internalizing costs are seen to favor lower-income countries. Should research confirm that this approach results in more tax revenue being directed toward countries where environmental and social damage occurs, wealthier nations may oppose it. Apathy or active resistance from these nations could undermine international cooperation, making it harder to enforce and standardize this approach across borders.

That said, given the complexity of regulating carbon emissions and dealing with other global environmental problems, and given the current state of institutional disruption and possible changes in international tax governance, complexity is probably unavoidable no matter what course of action lawmakers choose to pursue.

5. Conclusion

On balance, the income tax system seems to offer several advantages over stand-alone excise taxes on carbon, both from a normative perspective and in terms of long-term political, if not necessarily technical, feasibility. Addressing externalized costs within the income tax system may more effectively target the root cause of market inefficiencies surrounding social and environmental costs, while relying on a stable revenue source and relatively well-established domestic and international institutions and processes for implementation.

However, a major challenge lies in convincing policymakers to adopt this more innovative approach, perhaps especially when there is growing momentum for carbon taxes. While not fully internalizing costs to date, carbon taxes have the benefit of already being implemented and gaining traction globally. Their mere existence may make them the better option at least in the immediate term, following the common adage that an old tax is a good tax. While constant political pressure may erode their effectiveness over time, multilateral coordination along the lines of the global minimum tax would make carbon taxation a stable policy choice going forward⁴⁰. Current trends suggest that multilateral coordination is possible. Even so, reliance on the outcome of successive domestic political contests in key jurisdictions presents a major risk to viability.

A key factor in deciding whether the income tax or a stand-alone tax is more sustainable over time will be the ability to assess the relative international distributive impacts of each approach. Understanding how each method affects different regions and income groups is essential to making an informed policy choice. There is a strong case for conducting future feasibility and efficiency studies that compare the likely international distributional effects of excise-based carbon taxes with those of an income-based transfer pricing approach. These studies would provide valuable insights into how either approach might impact low-income countries and regions disproportionately affected by environmental and social damage.

⁴⁰ See, e.g., Tatiana Falcão, Chapter 3. Providing Environmental Taxes with an Environmental Purpose, in *Market Based Instruments: National Experiences in Environmental Sustainability* (Edward Elgar 2013); Tatiana Falcão, Highlights of the United Nations Handbook on Carbon Taxation, *Intertax*, Volume 49, Issue 11 (2021).

Some Aspects About Beps And the Status of the Developing Countries

André Elali

Professor of Tax Law at UFRN, Brazil. Visiting Scholar at the Queen Mary University of London (2016-2018). Visiting Scholar at the Max-Planck-Institut für Steuerrecht (2008-2009).

Abstract

The subject of international taxation and the integration of the economy has become even more complex. Also the issue of tax-motivated income shifting or base erosion and profit shifting (BEPS) has attracted increasing global attention in recent years. There is a need to analyze the implications for policy and how the governments of different countries must – or must not – cooperate. Also the international *status* of a large number of countries facing financial crisis, the decision of Britain to exit the European Union and the actions taken by international organisms to reform or control the tax issues in the international level demonstrate that this subject is quite current and important for academic research. The author aims to analyze in this research the current situation of the international tax competition and its relation to the BEPS discussion. Specifically, this work aims to compare the position of the so called developing countries in the international phenomenon and how the tax policies should be addressed. At the same, it will try to examine the current *status* in the European Union and in the World Trade Organization.

I. Introduction

There is a recognition that the countries simply may not decide to adopt any tax, financial or competition policy without considering the market and the international law, especially the international treaties regarding free trade¹. Also it seems to be clear that the multinational organisms have been trying to combat the international tax competition² and the grant of subsidies in the international

¹ See Wolfgang Schön. *Taxation and State Aid Law in the European Commission*. In: CMLR, 1999, p. 911; Reuven S. Avi-Yonah. *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*. In: Public Law and Legal Theory Working Paper n. 73. Michigan: University of Michigan, 2007, pp. 8-11.

² See Alain Steichen. *Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan*. In: Tax Competition in Europe. Organizador: Wolfgang Schön. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, pp. 44-45; More recently: See OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013; A. J. Weichenrieder. *Profit Shifting in the EU: Evidence from Germany*. In: International Tax and Public Finance 16, pp. 281-297; H. Grubert. *Foreign Taxes and the Growing Share of US Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, Are Being Globalized*. In: National Tax Journal 65, p. 247; Dhammika Dharmapala. *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*. Chicago: Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper n. 702, 2014, pp. 3-33; M. Gilleard. *Google Hauled Before UK PAC Again, But International Tax Framework Cited as Real Villain*. In: International Tax Review, 2013, available at: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3208706>. Access in June 28th, 10:48; See also G-20

trade in order to: i) the abolishment of tax havens and favorable tax systems that impact on free competition; ii) the abandon of tax sparing credit rules in international treaties that foster double non-taxation; iii) the improvement of the neutrality on international taxation³; iv) to avoid the negative impacts of multinational tax planning over different jurisdictions⁴.

A cycle of financial crisis and the international competition have been both affecting the integration of the economies and causing discussions around the method of regulation by the States. The principles and implementation of human rights are important when they serve to the “Social State” but the “market” is better when the global issues are noticed⁵. This is key – as noticed by Ziegler – for the current discussions around taxation and public finance. The need to increase equality in a complex market is a premise for any developed society as the unfair and inefficient taxation can cause irrevocable damages. Another issue is noticed in the subject of tax planning. Although it is a problem the abusive tax planning by multinationals (smart money), it is also a problem the abusive position of the States with no respect to the legality⁶. A clear and non-abusive methodology is needed to avoid inequality of taxation and to avoid market’s failures⁷. Important authors have been noticing this complex issue as such as Fernando Zilveti⁸. Many multinational enterprises have been paying very little taxes to the countries they operate and because of the impact of this fiscal situation there is a major concern of international organizations as OECD⁹. So there is a need of analysis of proper

communiqué: <http://www.telegraph.co.uk/g20-summit/9343250/G20-Summit-communiqué-full-text.html>. Access in 2019, June 28th, 11:37.

³ See Michael Devereux. *ETPF – Economic Theory of the Optimal Taxation of Multinational Profit*. Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation – European Tax Policy Forum, 2016, p. 20.

⁴ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*. Oxford: Hart, 2015, p. 162.

⁵ See Fernando Zilveti; André Elali. *Planejamento Tributário – Resistência ao Poder de Tributar*, in: *Planejamento Tributário*, Coordinators: Hugo Machado & Hugo Machado Segundo; ZIEGLER, Jean. *Das Imperium der Schande, der Kampf gegen Armut und Unterdrückung*. München: Random House, 2008, p. 303.

⁶ Cf. Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas. *Direito Tributário Sancionador. Culpabilidade e Segurança Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 77.

⁷ See Fernando Zilveti; André Elali. *Planejamento Tributário – Resistência ao Poder de Tributar*, in: *Planejamento Tributário*, Coordinators: Hugo Machado & Hugo Machado Segundo; Franz Josef Haas. *Der Missbrauchstatbestand des § 42 AO – ein unkalkulierbares Risiko für die unternehmerische Gestaltungspraxis? In Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl*. Org.: Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Cologne: Dr. Otto Schmidt, 2006, (13/26) p. 13.

⁸ Cf. Fernando Zilveti. *A Evolução Histórica da Teoria da Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

⁹ See Reuven Avi-Yonah. *Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals*. Michigan: University of Michigan – Public Law and Legal Theory Research Paper Series – Paper n. 364, April 2015, p. 2; See Michael Devereux. *The OECD Harmful Tax Competition Initiative*. In: *International Tax Competition – Globalization and Fiscal Sovereignty*. London: Commonwealth Secretariat, 2002, p. 93.

policies for the countries. And there are different points of view between the developed and the developing countries¹⁰.

The problem is that the agenda of those organisms may protect the developed countries and could not support the policies of some developing countries which need to use financial mechanisms to compensate the economic externalities of their systems¹¹. The organisms, at the same time, protect the members and may or/and may not do it with the non-members. The policies thus need to be examined case by case and should not be general to all the players in the international level¹². There is a need of adjustments between the different levels of developments of the countries which must be taken into consideration for the social and economic problems to be solved and not increased¹³.

Another complementary aspect is that competition has been increasing over the last decades in every sense of the concept. Competition between companies, blocks, regulators and States is a consequence of the integration of the economy

¹⁰ “[...] in the OECD countries the corporate tax is a relatively unimportant source of revenue, that has generally not been true in developing countries, where it frequently amounts to over 25 percent of total revenues. Because developing countries find it very difficult to collect the individual income tax, taxing multinationals is crucial for them because otherwise they would have to rely entirely on the regressive Value Added Tax (VAT). From the perspective of a developing country the uncertainty regarding the incidence of the corporate tax is less important because some of the likely bearers of the burden (providers of capital and consumers) are residents of other countries. Moreover, even if one presumes that the corporate tax falls on labor in the developing country, taxing the multinational may be a more efficient way of collecting revenues than attempting to tax individual workers. Finally, in the case of multinationals in developing countries a lot of the corporate profit may be rents for the exploitation of country-specific resources and that is an efficient tax for the country to impose. [...] Corporations are such important actors in any modern economy that the ability to regulate their behavior is crucial to achieving economic goals and the corporate tax has since its inception been seen as an important vehicle to regulate corporate behavior. The tax can provide disincentives for behavior the legislator deems to be undesirable behaviour (investments incentives, hiring incentives, clear energy incentives, etc.). A lot of the complexity of the corporate tax stems from these ‘tax expenditures.’” See Reuven Avi-Yonah. *Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals*. Michigan: University of Michigan – Public Law and Legal Theory Research Paper Series – Paper n. 364, April 2015, p. 5.

¹¹ See André Elali. *Incentivos Fiscais Internacionais – Concorrência Fiscal, Crise do Estado e Mobilidade do Capital*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 73; André Elali/Marcos Nóbrega. *Infrastructure and Investments in Brazil – Economic and Legal Aspects*. Natal: Anote, 2015, p. 128.

¹² See Gilberto Dupas. *Economia Global e Exclusão Social – Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, pp. 103-115.

¹³ “La economía de mercado es un modo de regulación económica que sólo emerge y se desarrolla en el seno de un sistema social y político determinado que es inseparable de la realización de la libertad y del Estado de Derecho. El Estado de Derecho es un instrumento necesario para la seguridad jurídica, sin la cual no puede funcionar el mercado. [...] Seguridad jurídica, igualdad y libertad son principios sin los cuales un mercado competitivo no puede desarrollarse. Estos principios sirven a su vez de soporte a las instituciones que constituyen la base del mercado y de la economía: la propiedad privada, el contrato y la libertad de empresa.” See Jaime Abella Santamaría. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 27-29.

and has been considered a key foundation of an interdependent system¹⁴⁻¹⁵. Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri brings different alternatives for a possible conflict between the OECD initiatives and the international (trade and investment) law¹⁶. It is noticed by the author the distortions of the tax instruments used in the common markets. Competition is considered an instrument available for the States to promote development which is a process of concretization of rights¹⁷. It is also an important mechanism for the economic integration¹⁸. In terms of financing the governments, it is also a fact that the most efficient method is still the taxation¹⁹ which is stable and offers a secure system for the society. There is, however, a current use of taxes and other financial measures for the governments to attract investments and companies²⁰. This process, if not well managed, can damage the fiscal and financial systems becoming a true “race to the bottom” between the tax jurisdictions²¹.

¹⁴ See John H. Jackson, William J. Davey e Alan O. Sykes Jr. *Legal Problems of International Economic Relations – Cases, Materials and Text*. 3. ed. St. Paul, Minnesota, 1995, pp. 1-7; See Herald Baum. *Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses*. In: *Legal Aspects of Globalization – Conflicts of Law, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*. Org.: Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono. Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 80-81.

¹⁵ See Calixto Salomão Filho. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 55-ss.

¹⁶ “The hypothesis of the present work posits that the BEPS Action 5 MNA violates trade and investment law in two different levels. First, should a preferential IP regime be considered non-harmful in connection with the BEPS Action 5 MNA, in certain circumstances it might still qualify as state aid under EU Law and/or actionable subsidy under WTO Law. Moreover, such regime might violate the non-discrimination obligations assumed under EU Law (fundamental freedoms), WTO Law, and IIAs (national treatment). Second, should a preferential regime be considered harmful in connection with the BEPS Action 5 MNA, then the defensive measures suggested by the OECD reports on Harmful Tax Practices and in connection with the EU list of non-cooperative jurisdictions might again violate the non-discrimination obligations assumed under EU Law (fundamental freedoms), WTO Law, and IIAs (most favored nation and national treatment obligations).” See Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, pp. 3-4.

¹⁷ See Paula A. Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, pp. 190-192.

¹⁸ See Roland Weinrauch. *Competition Law in the WTO – The Rationale for a Framework Agreement*. Wien: BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, p. 17; Ricardo Thomazinho da Cunha. *Direito da Defesa da Concorrência – Mercosul e União Européia*. São Paulo: Manole, 2003, p. 26.

¹⁹ See José Joaquim Teixeira Ribeiro. *Lições de Finanças Públicas*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 30; Luís Eduardo Schoueri. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1

²⁰ See Peggy B. Musgrave. *Taxation and American investment abroad: the interests of workers and investors*. In: *Tax Policy in the Global Economy – Selected Essays of Peggy B. Musgrave*. Northampton: USA, 2002, p. 115

²¹ See Jason Cambell Sharman. *Havens in a Storm – The Struggle for Global Tax Regulation*. New York: Cornell University Press, 2006, pp. 149-161; Wolfgang Schön. *Tax Competition in Europe – General Report*. In: *Tax Competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Docu-

The grant of any financial aid²² to corporations and investors is a very complex subject because: i) it has a hidden aspect which is the expenditure correspondent to the aid; ii) it must be granted only after a technical examination of the effects in different sides: on the financial public system, on the competition and on the other principles of the legal system (reduction of externalities, search of employment, protection of consumers, protection of the environment according, for example, to the majority of the West countries Constitutions); iii) it must be granted according to the international regulation in case the countries are members of organizations or have signed international treaties²³. Subsidies, then, can be considered negative taxes and have effects on the public expenditures²⁴.

mentation, 2003, pp. 3-ss.; Carlo Pinto. *Tax Competition and EU Law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003, pp. 18-ss.; Ben. J. Kiekveld. *Harmful Tax Competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax / Foundation for European Fiscal Studies – Erasmus University Rotterdam, 2004, p. 37; Jorge Martín López. *Competencia Fiscal Perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 33-46.

²² See Hanno E. Kube. *National Tax Law and the Transnational Control of State Aids*. San Domenico: European University Institute, 2001, p. 27.

²³ See Clarisse Fräs-Ehrelid. *Grants and Incentive Programmes in the ten new EU-Member States*. Wien: Linde International, 2005, p. 28; G. Fernández Farreres. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 39.

²⁴ “Subsidies as negative taxes - What of common proposition that subsidies can be thought of as negative taxes? There are some good reasons for taking this line. Taxes and subsidies may be substitutes in many cases for achieving particular ends; the budget balance is the same whether taxes are treated as positive revenue or negative expenditure, and whether subsidies are treated as positive expenditure or negative revenue. Many difficulties of definition are similar in the two categories: it is all too easy to omit taxes or subsidies which have to be imputed. And the formal apparatus of micro-analysis is the same: the distribution of both tax losses and subsidy benefits can be analysed in terms of the relative elasticities of demand and supply with, for instance, the loss (benefit) from a tax (subsidy) being larger the more elasticity of demand. Despite these resemblances, there are cogent reasons why in practice all such items cannot be lumped together. First, there is a difference in nature: taxes contain an element of compulsion lacking in subsidies; no one is legally forced to accept a subsidy in the same way as he is forced to pay a tax. Second, it is not very helpful to talk of a negative analogue of all taxes lumped together. But, once begins to distinguish between types of government revenues and look for the negative counterpart, difficulties arise. Subsidies might be said to be the counterpart of indirect taxes as conventionally defined; but this is not very helpful if the conventional definition of indirect taxes is itself unsatisfactory. And it is quite clear that many taxes simply do not have negative counterparts in practice: for example, one might have a negative income tax or a system of capital grants, but they would hardly correspond to a truly general tax on income or on capital. Similarly, to distinguish between government expenditure and to ask for their counterpart is soon to run into trouble; in most countries there is no comparison between the role played by the free provisions of goods and services on the expenditure side and any corresponding payment in kind on the revenue side. Thus the mirror-image analogy between taxes and subsidies looks rather tarnished when examined closely. [...] So there seem to be a number of reasons why some attention to the concept of a subsidy is desirable. [...] One of the most intractable areas is the distinction between some types of taxes and some types of subsidies. A closely related one is between subsidies paid in cash and those which need to be imputed. [...] There is no reason why the word ‘subsidy’ must be attached to one category of government transaction rather than another. We are concerned solely to distinguish between the various types of such transactions; it is open to anyone to argue, if he wishes,

There is a very complex relation between the current global financial crisis, the economic integration²⁵, the international tax competition and the combat to “BEPS”. Therefore, we will discuss the format of the current tax systems in most countries vis-à-vis the intense competition for international capital and for economic activities, affecting the tax base of national states and endangering their own sovereignty. We will try to evaluate the competition between countries as a result of globalization and as one of the causes of the crisis of several countries and also the disintegration of the EU with “Brexit”²⁶.

Thus, it is needed to analyze the possible impoverishment of modern states as a result of economic integration, with repercussions for the provision of public services and social security of citizens. However, as this process is still in its infancy, it carries no decisive weight in the face of the crisis that currently affects the world economy. Without doubt, the aggregative trend that was highly emphasized is likely to gather speed. Thus, it is noted that, due to the constant integration of economic relations, there is the natural strengthening of international bodies and policies, which affects the sovereignty of all states²⁷. There is a clear relationship between the financial crisis that most of the countries are facing and the institutional competition for capital and economic activities, requiring that states adopt financial and tax incentives that may, if not properly controlled and planned, degrade public finances and undermine the level of public services provided to citizens. So, it is extremely common to see the use of the so-called “stimulative tax rules”, which have a regulatory purpose, driving economic agents to desirable behaviors.

Although the most developed countries keep criticizing the use of subsidies and tax incentives, it has been proved that all the major countries of the WTO and OECD keep granting these measures. Even in the European Union it has become common the litigation between the members because of indirect State Aid or other mechanisms to help to develop certain areas or sectors of the market. Michael Devereux has presented some important conclusions about the sub-

that the term ‘subsidy’ could be attached to any one of them. There is no monopoly of nomenclature.” See A. R. Prest. *How Much of Subsidy? A Study of the economic concept and measurement of subsidies in the United Kingdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 1974, pp. 16-19.

²⁵ See Rafael Leal-Arcas. *International Trade and Investment Law – Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2010, 72.

²⁶ It is important to mention that even before “Brexit”, the academic researches on taxes demonstrate that in the European Union, “there are significant disparities which cause incoherence”. See Ionna Mitroyanni. *Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2007, p. 214.

²⁷ “Europe does not currently seem determined to engage in pioneering action. Considering this, a failure to convince all Member States to adopt the group taxation scheme should be faced as a probable occurrence.” See Ionna Mitroyanni. *Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2007, p. 316.

ject years ago which keep coherent with today's *status* and without research²⁸.

The planned OECD timescale is significantly shorter in taking action against jurisdictions defined as 'tax havens' than it is against its own member countries which have 'preferential regimes'; The threats to those jurisdictions judged to be 'tax havens' seem more severe than those against 'preferential regimes' in OECD countries; The OECD has not succeeded in making a definition of 'harmful' as opposed to 'not harmful' tax competition; By analogy with economic markets, the OECD is akin to cartel of high prices firms seeking to undermine competition; There is no evidence that OECD countries are facing a reduction in corporation tax revenues as a result of tax competition – either 'harmful' or 'not harmful'; 'Tax havens could accept more transparency and exchange of information with the OECD to the extent that there is no illegality involved in the financial activity within their jurisdiction; The 'defensive measures' threatened by the OECD may be difficult to enforce; Jurisdictions which feel obliged to raise their tax rates may face a very significant outflow of capital and hence reduction in welfare.

In Brazil, the use of "tax rules as incentives" aimed at "reducing" the harmful effects of the global crisis and was adopted with incentives with a reduction in the taxation of economic activities considered a priority for the market and the economic system. With respect to this topic, it is worth highlighting the incentives for the auto industry and retail sector, which ultimately characterizes a strong state intervention in the economic order, stimulating consumption to maintain jobs and to strengthen the economic process as a whole. The problem is that, after years of various tax incentives and subsidies, the country is facing one of its biggest public crisis as the expenditures of the federal government were not well managed and are now subject to urgent adjustments. It is clear that there was not a proper and technical methodology of control of the consequences and of the expenditures.

Clearly, the position of the countries is different if they do not integrate a common market as the European Union²⁹. So the subject keeps becoming more and more complex. Some countries might need to grant tax incentives or other financial measures to solve social and economic problems until certain levels of

²⁸ See Michael Devereaux. *The 'OECD Harmful Tax Competition' Initiative*, p. 106.

²⁹ An important aspect is registered by Rafael Leal-Arcas in regard of the relation between Brazil and the EU: "What can the EU offer Brazil? The EU could grant tariff preferences in agriculture and other goods where Brazil is competitive, such as biofuels and ethanol as environmental goods. Brazil is by far the world's most important producer of fuels made from plants and it has the greatest potential worldwide for affordable biofuels." See Rafael Leal-Arcas. *International Trade and Investment Law – Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2010, p. 91. Although since 2010 there was a major change in the oil prices, the affirmation remains current, especially now after "Brexit" which effects are still not well known as they will depend on the negotiations between Britain and EU.

development³⁰. By the opposite, in a large number of cases the use of State Aids/ State subsidies in general will impact on the financial balance of the states and/ or will disintegrate the neutrality of the free trade.

II. Problems of international tax competition and its effects on public finance, fairness and social and economic rights

The international tax competition is a phenomenon of great economic importance, with major implications for taxation given the ongoing integration of economies, which ends up being emphasized by numerous factors that affect the movement of capital, goods and services, production factors and technology factors³¹. That is, the key elements of this complex relationship between global economic integration and taxation are the competition, coordination and harmonization, because, in some cases, there will be unilateral practices of governments that will ultimately affect the economic activities outside of their territories, and, in other cases, there will be the establishment of common fiscal policies³².

In recent decades, the economic globalization has produced a series of positive results, such as: (i) more efficient allocation of production factors; (ii) increased availability of goods in the market to consumers; (iii) reduction in capital costs; (iv) reduction in transport costs; and (v) greater exchange of information, knowledge and technology³³. There has also been the inclusion of many poor countries in this new supranational market, as is the case of Latin American countries, which ended up increasing their competitiveness³⁴. In this sense, Baum argues that the economic integration offers undeniable benefits for the development of nations³⁵.

³⁰ See Yonit Manor-Percival. *Bilateral Investment Treaties in a Harmonious World: China's Paradigm*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2014, p. 121.

³¹ See Vito Tanzi. *Taxation in a Integrating World*. Washington: The Brookings Institution, 1995, pp. 6-7.

³² A critical view on Keynesian views is noticed by Hugo Radice and explains some of the reasons of the global crisis: “Most of the *theoretical* criticism has been aimed at Keynesian views about the behaviour of particular economic agents in a capitalist economy. The *practical* difficulties of Keynesianism, however, have equally arisen from the growing exposure of national economies to international economic forces beyond the control of individual governments. The growth of trade as proportional of national income, the internationalisation of industrial and banking capital, and the disorder in the world economy since the demise of the Bretton Woods system, have all undermined the efficacy of the conventional Keynesian policy tools.” See Hugo Radice. *Global Capitalism – Selected Essays*. New York: Routledge, 2015, p. 71.

³³ See Ben. J. Keikebeld. *Harmful Tax Competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax / Foundation for European Fiscal Studies - Erasmus University Rotterdam, 2004, pp. 3-4.

³⁴ See John H. Mutti. *Foreign Direct Investment and Tax Competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003, p.5.

³⁵ See Harald Baum. *Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses*. In: *Legal Aspects of Globalization - Conflicts of Law, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*. Org.: Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono. Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 79-80.

However, as Radice declares, after examining the global crisis in 2008/2009, the integrated economy “meant that the ‘contagion’ of credit market failure spread across the world in 2007-2008 with unprecedented rapidity. It did not take long to realise that the collapse of the US sub-prime mortgage market was threatening banks not only in the USA, but all over the world, especially in continental Europe where the search of higher yields had been even more pressing than in Anglo-Saxon economies. [...] The ‘globalisation consensus’ was shaken, if not shattered, and it seemed that national solutions needed to be sought, rather in the manner of Keynes in the early 1930s”³⁶. As noticed, the economic integration process also produces numerous negative effects, especially the increased mobility of economic activities, which ultimately results in impacts that cannot be easily controlled and which internationalizes problems that before were only related to domestic issues³⁷. This has led to the further impoverishment of many underdeveloped countries and has hindered the financial balance, which is a prerequisite for any developed economic system, because without such value, investments are unlikely to be made by economic agents.

Although the economic integration process presents itself as inevitable, it eventually produces harmful effects that must be overcome. In this context, it is important to adopt public policies that are in accordance with constitutional provisions and international agreements. Also the measures need to respect the public finance and fiscal accountability. Due to the mobility of economic activities, doubt is cast on the taxation of some economic bases, such as capital. In other words, the mobility of capital and economic activities in general ends up pressuring countries to reduce their taxes and/or to grant economic and financial advantages and this phenomenon is changing every day³⁸. This affects the governments’ budgets and the fiscal policies as remedies³⁹.

³⁶ See Hugo Radice. *Global Capitalism – Selected Essays*, p. 183.

³⁷ See José María Martínez Selva. *Los Paraísos Fiscales – Uso de las Jurisdicciones de Baja Tributación*. Madrid: Difusa, 2005, pp. 24-25.

³⁸ The “Brexit” is a proof of the complexity of the subject as there will be a large range of changes in the disputes between Britain and the UE and this will clearly affect the operations between corporations. “Currency volatility and market uncertainty typically put the brakes on deal activity and the day’s events are rippling across major global indices. [...] There are other more mundane, but still economically significant areas that will be affected by the Brexit, most notably cross border taxation. The tax implications of a UK exit from the EU depend on what other agreements the UK is able to hammer out post exit. In general terms, not being in the EU would remove the UK’s powers to impact EU level tax matters and a Brexit would not leave a footprint on the UK’s extensive double tax treaty network. The UK would, therefore, still benefit from, and be compelled by, the double tax treaties already in force. The most significant consequence of the Brexit will be in relation to indirect taxes, most notably VAT (Value Added Tax), a European tax. Currently the UK’s VAT legislation must be directly in line with the EU; this tax coordination with other EU Member States facilitates European trade. However, in the world of a Brexit, UK VAT would no longer be governed by EU law and the UK could make possibly far reaching changes to the VAT system. It would be open to the UK to change how VAT is charged in the UK, or even to

That is where one will find the practice of international tax competition, which, for the specialized doctrine, is referred to as the reduction in the tax burden and/or the granting of direct aid to promote the economy of a country, with an increase in the competitiveness of domestic businesses, and/or to attract international investments⁴⁰. However, it should be noted that the “tax competition” expression had been used in the U.S. doctrine for decades to define the tax dispute between the states of that federation, calling attention to possible competitive distortions and imbalances in regional fiscal policies and attracting severe criticism⁴¹. At the international level, the debate over tax competition has intensified as a result of economic integration policies, as in the case of the European Union, and the perspectives of globalization and consequent internationalization of markets. Also there might be a change because of recent “Brexit”⁴². The UK has reduced the corporate tax and France and Germany have started to complain. The WTO has also mentioned that the tax cut is a proof of international tax competition from the UK⁴³. And the basis of this phenomenon is the search for lower tax costs on the part of international economic subjects, explained by the idea that tax is one of the burdens of the economic activity and by the interest in wealth maximization⁴⁴.

replace it with an altogether different tax.” <http://www.forbes.com/sites/mattporzio/2016/06/24/uk-brexit-will-significantly-impact-global-ma/#467c4dc12ec8>.

³⁹ See Hassan Bougrine. *Fiscal Policy and the Current Crisis: are Budget Deficits a Cause, a Consequence or a Remedy? In: The Economics of Public Spending*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000, p. 25.

⁴⁰ About the influence of incentives on decision-makers, see Rebecca Brown. *The Ethics of Using Financial Incentives to Encourage Healthy Behaviour*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2013, pp. 103-158.

⁴¹ See David Bronori. *State Tax Policy – A Political Perspective*. Washington: The Urban Institute Press, 2001, p. 31.

⁴² It is under discussion at the time of this report that the UK will reduce the corporate tax up to 15% in order to be more competitive in the international level. Although this level of taxation could never be considered a harmful tax practice, it demonstrates that the countries need to “play” this competition in order to avoid more economic and social problems with the capital flow for other markets. The tax cut was mentioned even before “Brexit” (see <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/budget-2015-corporation-tax-just-got-the-lowest-rate-in-the-10375238.html>). Access in July 12, 10:37 am. But now it might be even more. According to the Government, the corporate tax rate will be reduced every year by 2020. The WTO Chief, Pascal Lamy, has declared, in response to UK’s tax cut, recently that: “The UK is already activating one of the weapons in this negotiation, which is the tax dumping, tax competition. I can understand why he [Mr. Osborne] does that, because obviously investors are flowing out from the UK, and he wants to provide them with some sort of premium that would make them think twice before they leave the United Kingdom.” See <http://www.bbc.co.uk/news/business-36699642>. Access in July 12, 10:57 a.m.

⁴³ See *Financial Times*, London, July 12, 2016, p. 2. Many studies in the UK have suggested to “move the taxation of international profit to a destination basis.” See Michael Devereaux. *Economic Theory of the Optimal Taxation of Multinational Profit*, p. 20.

⁴⁴ See Erich Kirchler. *The Economic Psychology of Tax Behaviour*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 197.

As mentioned before, “Brexit” has been changing the *status* regarding the use of tax and financial measures between EU and the UK (and also protective measures) as there will be not any control on State Aid depending on the decisions regarding the ongoing process. Also there are many changes in the international taxation regarding operations in Britain and the EU. The EU-Members have started to complain about the UK’s tax policy in regards of competition years ago. The conflicts are ongoing between the Governments as noticed recently and it might continue until the negotiations finish between the UK and the EU leaders⁴⁵. Also “Brexit” forces Ireland to deal with the EU-Members in a different way, as the country remains in the bloc and can become the “leader of the union’s north Atlantic wing”⁴⁶.

In other words, companies, especially multinationals, are taking advantage of this international dispute to increase their production and ensure greater participation in global markets, even negotiating, through international bodies, guarantees for their investments, which have been increasingly free and sovereign. Here, it is worth mentioning the example of tax havens, which, in face of their natural economic hardship, eventually adopt measures to attract investments and capital, being severely criticized by developed countries. And the use of such “tax-favored jurisdictions,” previously restricted to large investments, has grown steadily due to the liberalization of capital movement. And now, it is estimated that: (i) about 3 to 3.5% of all the global wealth is in tax havens; (ii) between one third and half of all international financial transactions move through the so-called offshore economy, since all the major financial institutions are present in an offshore world. Moreover, tax havens are defined as places where there is not too much inspection and where the information of account holders is kept secret, and this ends up boosting the demand from agents that have a large amount of financial capital for the implementation of tax plans or for the actual tax evasion. It is important to remember that, among the measures adopted by tax havens, the most famous one is the non-taxation of the residents’ income, and it is extremely easy to obtain residence in such territories.

In this respect, it is worth highlighting the accurate lesson of Reuven S. Avi-Yonah, when he said that there has been tremendous growth in the practice of international tax competition for capital and international investment - foreign direct investment - since 1980, now representing the possibility of multinationals

⁴⁵ “France’s finance minister has warned that the UK’s plan to cut corporate taxes could hit Britain’s negotiations with the EU following the country’s vote to leave the bloc. [...] France and Germany are both concerned that the UK will be tempted to establish itself as a low-tax offshore jurisdiction on the EU’s outskirts in response to the Leave vote. Britain’s corporate taxes are already lower than the two continental countries. While France’s socialist government has vowed to cut the corporate tax rate from 33 per cent to 28 per cent, Germany applies a 30 per cent rate. The average rate is 23 per cent.” *Financial Times*, London, 12 July 2016, International, p. 2.

⁴⁶ See Vincent Boland. *Global Insight*. In: *Financial Times*, London, 12 July 2016, p. 2.

avoiding paying tax on their incomes⁴⁷, as shown in the example of Intel Corporation, which establishes different stages of its activities in various countries, taking advantage of tax systems that are more attractive from the viewpoint of final cost. It is also a fact that the international tax community is “dominated by a high-level debate on topics such as tax avoidance, aggressive tax planning, corporate social responsibility, tax governance, transparency and exchange of information”⁴⁸. In this moment, all these subjects are related to international tax competition and BEPS as the increase of globalization has increased the possibility for erosion of the domestic tax base. Also the economic crisis over a large number of countries has exacerbated the heavy burdens⁴⁹.

However, it is important to emphasize that it is not only the granting of tax incentives that draws attention in this competition between countries. The granting of direct subventions (labeled as grants), which is a common practice, for example, in the U.S., also affects the corporate and institutional competition, being severely criticized by several experts, who even suggest the possible bankruptcy of the U.S. State⁵⁰.

In all cases, tax competition is observed by a logical explanation: in both countries where there is the exercise of economic activities, with establishments, including the production and the actual circulation of industrial products, when the same practical case is considered, the states are concerned, because if they levy taxes, they may be replaced by others⁵¹. This demonstrates the mobility of economic activities, which started to analyze countries on the basis of numbers. The fact is that the maintenance of the tax advantages ends up being one of the reasons for the granting of additional incentives, with an allusion, in the doctrine, to the “race to the bottom.” Thus, tax competition ultimately denotes international pressures exerted on a national government during the establishment of its tax policy. The expression is linked to the pressure to reduce the level of taxation based on other countries, since individuals and corporations see taxes as elements that determine their profits.

⁴⁷ See Reuven S. Avi-Yonah. *Tax Competition, tax arbitrage, and the future of the international tax regime*. In: International Tax as International Law. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 184.

⁴⁸ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*. Oxford: Hart, 2015, p. 4.

⁴⁹ See Amir Pichhadze. *Exposing Unaddressed Issues in the OECD's BEPS Project: What About the Roles and Implications of Contract Interpretation Law and Private International Law in the Transfer Pricing Arm's Length Comparability Analysis?* (2015) - In: 7 World Tax Journal, p. 106. See Reuven Avi-Yonah; Kimberly Clausing. *Business Profits (Article 7 OECD Model Convention)*. In: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 9.

⁵⁰ See Daniel N. Shaviro. *Taxes, Spending, and the U. S. Government's March Toward Bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 3.

⁵¹ See Heleno Taveira Torres. *Tendências da tributação dos lucros e do investimento*. In: Revista Internacional de Direito Tributário n. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 33.

For a long time, international tax competition was seen as beneficial, based on the model developed by Charles Tibeout, in 1956. After the thesis of Tibeout, there was widespread criticism, most of which was based on the following grounds: (i) the possible need to respect the redistributive role of taxes; (ii) the evident crisis that would result from the granting of unrestricted incentives, with the consequent increase in public spending, with allusions being made to “sub-taxation,” since, as pointed out by Nabais, the states, “in an attempt to attract foreign investment, are led to levels of expenses and taxes that are below what is desirable, particularly for the maintenance of a social state, even if it is a lean one”; (iii) the model would completely disregard the different mobility of production factors, moving the “taxes on capital to labor and, within labor, the taxes on the income of qualified labor (and consequently more nomadic) to the taxes on less qualified labor (and consequently more sedentary)”⁵². It should be noted that Tibeout, considered the father of studies on tax competition between states in the U.S., was criticized for not extending his thesis (the efficiency in the allocation of public and private resources) to firms and for not properly addressing the issues from an international viewpoint, referring only to individuals and efficiency issues in the purely domestic environment of the dispute between units of the U.S. Federation.

Among the main critics of Tibeout’s ideas, it is worth highlighting Peggy Musgrave, from the University of California, and Richard Musgrave, from Harvard University, for whom the model examined “breaks down when public goods are financed through general, rather than benefit taxation, and coordinating measures will be needed to protect diversity of preferences for social goods, while securing fiscal neutrality with respect to location of work, investment, residency and consumption”⁵³.

According to the scholars in question, initially one can say that tax competition results, in some situations, in economic efficiency and accountability of governments with respect to public expenditure. However, in a more accurate analysis and taking into account the mobility of economic factors, including capital, investment, consumption and labor, this reality changes, thus creating a series of distortions, especially for the budgets of countries, including: (i) the migration of resources and capital to areas with advantageous tax treatments, distorting the regional allocation of resources and influencing private decisions; (ii) this migration, especially of capital, will eventually allow owners that reside in the country with higher taxation to act as free riders, enjoying a high level of public services without contributing to the respective costs; (iii) economic agents will eventually

⁵² See José Casalta Nabais. *A Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas*. In: Estudos de Direito Fiscal: Por um Estado Fiscal Suportável. Coimbra: Almedina, 2005, p. 203.

⁵³ See Peggy B. Musgrave; Richard A. Musgrave. *Fiscal Coordination and Competition in an International Setting*, p. 81.

change their choices vis-à-vis costs, tariffs and tax incentives granted by individual countries; and (iv) in the absence of coordination, there will be a decrease in the supply and/or quality of public services, distorting the relationship between residents and the state.

Also according to the thesis of the American authors cited, tax competition does not have the power to ensure the harmony of public finances vis-à-vis international issues, whether with respect to efficiency, or with respect to the notion of equity (justice). Therefore, it is impossible to apply the theoretical model of Adam Smith to the competition between governments. In another study dedicated to a comparison between the positive and negative effects of tax competition, Peggy B. Musgrave said that the issue has been debated in the U.S. since 1986, with the development of economic theories that ultimately demonstrated that Tiebout's thesis was unsustainable, when international aspects are examined⁵⁴. Thus, according to the majority doctrine, international tax competition is a harmful phenomenon when there are no criteria of legitimacy and economic efficiency (reduction in regional inequalities, development of poor areas, for example), since it ends up placing a large burden on states that give incentives, besides manipulating the economic process. As explained by John Douglas Wilson, "tax competition may force changes in the way tax burdens are allocated within jurisdiction and the amount and nature of public goods provided there"⁵⁵.

So, a large portion of the doctrine is critical of this dispute between countries, referred to by many as a non-cooperative game, which ultimately manipulates business decisions and distorts the economic process by creating inefficiencies in the long term. Thus, international tax competition policies involve instituting policies of competition between different tax jurisdictions through tax incentives and concessions, to attract businesses and individuals, with the possibility of such policies being characterized as detrimental to international integration and competition in the free market, with an allusion, in this case, to harmful tax competition. So, it is observed that tax competition ends up being understood, by a large portion of the doctrine and governments, as a phenomenon that is contrary to market competition, since it distorts the allocation of financial resources and is detrimental to the countries' tax systems. For this reason, today much of the literature ends up differentiating between tax competition and tax harmonization, which is the process of adaptation of national tax systems, to bring them into line with the common economic directions.

One conclusion seems to be obvious: as a result of tax competition, tax systems have become increasingly similar, in order to be competitive in attracting

⁵⁴ See Peggy B. Musgrave. *Merits and Demerits of Fiscal Competition*. In: *Tax Policy in the Global Economy*, p. 338.

⁵⁵ See John Douglas Wilson. *Theories of Tax Competition*. In: *Foundations of International Income Taxation*. Editor: Michael J. Graetz. New York: Foundation Press, 2003, p. 519.

economic activities. As a consequence, there is the possible tax degradation of a large portion of countries that grant incentives in search of international investments, since the most evident consequence of this process is the impoverishment of such states, except for some countries that rely on investment. In a different way, the issue may end up leading countries to a conflict that has no end and no winners, because the only consequence will be the increasing migration of taxation from capital to labor, as it has occurred in the European Union, where there have been successive increases in the last twenty years, in addition to a drop in the level of public services. So, as a result, tax competition acts as a game in which firms manipulate the jurisdictions against each other, choosing, at the end, the best offer to carry out their economic activities. In this sense, it is worth highlighting the fundamental lesson of Reuven Avi-Yonah, for whom the result of international tax competition will eventually be dramatic. According to Avi-Yonah, the dispute between countries started with two historic movements: (i) suspension of withholding tax on gains on investments made by non-residents, as occurred in the U.S. in 1984, with its tax reform; (ii) tax benefits were established by developing countries, and some of them even created tax havens⁵⁶. The first fact is linked to three different aspects of the U.S. economy: (i) the tax reform adopted by the government of Ronald Reagan, in the movement to reduce the size of the government, with a reduction in the tax burden to attract investments, mainly from Japan; (ii) the tax treaty between the U.S. and Japan levied a withholding tax of 10% (ten percent) on gains on investments, while treaties with other countries did not levy any taxes; (iii) the U.S. terminated the treaty with the Netherlands to avoid paying tax on interest, solving both the government's problem and the multinationals' problem, also encouraging foreign investment in the country and facilitating access to funding without tax cost⁵⁷.

This practice of the U.S. government eventually led to this dispute that is nowadays labeled as tax competition, inaugurating the so-called "race to the bottom," because soon after these U.S. measures, virtually all developed countries adopted the same practice. Germany, for example, between 1988 and 1991 ended up being harmed by the taxation of gains on capital investments, incurring huge losses with the migration of funds to Luxembourg. As a consequence, Germany was forced to adopt a mechanism to solve the problem, keeping said taxes, but not on its residents, and allowing investors in Luxembourg to receive the same treatment as German residents. The fact is that the reduction of taxes, directly or indirectly, leads to what the doctrine calls financial flows or capital flows, with tax systems being considered a structural data of the global market, although its in-

⁵⁶ See Reuven S. Avi-Yonah. *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crises of the Welfare State*, p. 532.

⁵⁷ See Leonard Schneidman. *U. S. Taxation of Foreign Portfolio Investors*. Boulder, USA, 2006, pp. 1-13.

fluence on economic activities is limited. This tax dispute, which, in a comparison to the market's operation, involves the reduction in the "prices" that represent taxes and tax systems of countries, eventually benefits taxpayers, by reducing their obligations in countries with high taxation and good structure of public services, enabling tax planning and the adoption of evasive measures.

Therefore, the issue ends up involving the so-called international tax planning, since major investors almost always create tax arrangements to reduce their tax burden, to the detriment of tax revenues of the countries in which they reside. Take, for example, an investor from a country that, through a company located in a tax haven, transfers his resources to the U.S. Even if there is treaty between the U.S. and his or her country of residence, it will be impossible, without the help of the tax haven, with the issuance of financial information, to identify the operation and levy taxes. In this line of thought, studies have shown that, in the 1980s alone, Latin American countries transferred to developed countries between \$15 and \$60 billion a year, about \$300 billion of which entered as investment in the U.S. only. Developed countries, such as Germany and Japan, also ended up being involved in this capital mobility by virtue the measures aimed at granting preferential regimes, with the operation of resources in other countries and without taxation in their residences.

The second point, in turn, is related to the actual international economic integration, with the evolution of technology and communication, facilitating the exchanges between countries and the formation of a new market, aspects of globalization. The international tax competition is so evident that, in 1998 alone, when the OECD report on harmful tax competition was published, there were at least 103 countries using preferential tax regimes or advantages to attract investment. As a result, there has been an effective migration of tax bases, with an overall decrease in taxes on income and on capital, in view of the so-called mobility. And, at the opposite end of the scale, an extremely worrying fact has been the increase in the levy on less volatile bases, such as wages and consumption. And the problem arises with this change in tax bases, because the taxation eventually leads to economic and social problems. After all, as emphasized by Avi-Yonah, high taxes on labor discourage work; high payroll taxes discourage job creation and contribute to unemployment; and high taxes on consumption of goods and services drive consumption overseas⁵⁸. Avi-Yonah also argues that, since countries cannot tax the income of capital in light of this international movement, their only recourse is to cut social security nets and their public services, thereby creating a dilemma about globalization itself⁵⁹.

⁵⁸ See Reuven S. Avi-Yonah. *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crises of the Welfare State*, p. 534.

⁵⁹ See Reuven S. Avi-Yonah. *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crises of the Welfare State*, p. 534.

Thus, the so-called tax degradation involves the reduction in governmental tax revenues, which ultimately restricts the capacity to fund public policies⁶⁰, leading governments, due to the need for resources, to increase taxes on less volatile economic bases, especially, in this case, on the income of workers and on consumption, as previously seen. Andreas Haufler⁶¹ presents three externalities resulting from the use of competition between the countries: (i) the tax base externality; (ii) the tax exporting externality; and (iii) the terms of trade externality. The first hypothesis has to do with the effects of the reduction and/or increase in the taxes of a country on its neighbors, which can lead to positive externalities for some economic players. The so-called tax exporting externality, in turn, occurs when foreigners derive benefits, in their countries of residence, from non-coordinated fiscal policies. Also according to Haufler, these non-coordinated fiscal policies lead to capital fluctuations and, with the reduction in taxes on profits, for example, negative externalities may be caused for neighboring countries, with the volatility of the tax base. With respect to the terms of trade externality, the taxation of certain activities can be used as a mechanism to influence prices in the international market, such as the prices of commodities, in favor of some countries and at the expense of foreign economic agents. And as Haufler warns, “countries can impose domestic taxes on capital in order to influence the world rate of return, i.e., the inter-temporal terms of trade”⁶².

All the situations described and exemplified by Haufler are understood, by the legal-economic doctrine, as failures of the so-called market mechanisms, because they ultimately distort the proper allocation of resources and change the tax policy of countries involved in the process of market integration. Every day, the literature, politicians and economists reiterate their concern over the constant migration of tax bases, because the states, in need of resources, have to maintain their revenues by levying taxes, more and more often, on less mobile bases, such as labor, wages, property and consumption⁶³.

Therefore, it becomes evident that international tax competition is one of the causes of the crisis that lots of countries are facing nowadays, because it prevents, in fact, the adoption of better criteria for inspection and taxation of interstate operations. If the capital moves more and more in a tax-free way, states are faced with the need to attract capital and, in order to maintain their financial struc-

⁶⁰ See Andrew L. Yarrow. *Forgive Us Our Debts: The Intergenerational Dangers of Fiscal Irresponsability*. Michigan: Library of Congress Data, 2008, p. 69.

⁶¹ See Andreas Haufler. *Taxation in a Global Economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 33.

⁶² See Andreas Haufler. *Taxation in a Global Economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 33.

⁶³ See Andreas Haufler. *Taxation in a Global Economy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001, p. 33.

tures (after all, they are fiscal states), they have to tax other bases, such as wages and consumption, generating tax regressiveness and economic and social inequality, as a more pragmatic consequence.

The competition between companies increases by virtue of differences in the economic and fiscal structures of countries. And, if on the one hand, companies in developed countries benefit from globalization, on the other, they end up preferring to invest in countries with lower costs. Thus, the effects of globalization are highly asymmetrical. The most immediate consequence of the competition between countries is the shift in the tax bases in many of these countries. That is, there has been more and more tax on less mobile bases, such as consumption, property and labor and, on the other hand, there has been less and less tax on capital and international investment. In the end, the ones that benefit are the large international taxpayers, who, without thinking twice, transfer their resources to the most favorable tax environment, creating an economic and financial imbalance for countries that need to provide public services and ensure the basic rights of their citizens.

Every day, countries around the world have to find ways to keep their tax revenues, the financial surplus and the share in the global market of their economic agents. On one hand, there has been an increase in the international economic movement headed by transnational corporations. On the other hand, there has been a considerable increase in social exclusion, since the impoverishment of states leads to a reduction in wealth distribution policies, making it difficult to solve scarcity problems (that is why there is the allusion to social exclusion).

This process of increasing internationalization of companies and financial capital has forced states, including the most developed ones, to make tax reforms and to reduce public spending, in order to keep their territories attractive and competitive, by alleviating the taxation on investments. However, if these changes are poorly planned, they can lead to what experts call a fiscal degradation, with serious crises, as what happened in Russia, for example, and now in Brazil, with the impoverishment of countries and the progressiveness of taxation, which affects the economy and generates huge social distortions.

Based on everything that has been seen, it seems that, in addition to other equally important aspects (method of international regulation, control mechanisms, lack of liquidity, etc.), it is essential to correlate the global financial crisis with international tax competition. A consequence of globalization itself, the competition between countries to attract capital and investments eventually imposed obvious limitations on the sovereignty of countries, increasingly pushing supervision and taxation away from financial transactions, leading states, for the sake of survival, to levy higher taxes on less volatile economic bases, such as production, wages and domestic consumption. This ends up worsening the fiscal degradation of less developed countries, which, in an increasingly economically integrated world, become trapped in a real race to the bottom.

This means that national states are and will increasingly be hostages to the global economic system, preventing them from providing, in the intended manner, public services and ensuring the welfare of their citizens. The lack of control over international financial businesses and the reduced regulation on international tax competition are also indisputable causes of the crisis, which, serving as the basis for changes at a global level, must lead to the imposition of greater control over capital mobility. Otherwise, it will be increasingly difficult for states to provide public services to ordinary people, with the “search for social rights” being driven away from material reality.

The granting of tax incentives and direct subsidies, instead of something harmful to countries, ends up being one of the only ways to keep them in the path of world investments. Eliminating tax incentives and/or subsidies means harming economic environments for competitors, because, in practice, all developed and developing countries grant state incentives to the market (despite the ranting against such incentives). If there is no effective global control, either by a body to be created or by the WTO itself, countries concerned with the growth of their economies should continue granting such incentives, otherwise, these countries may be left out of the global economic process. However, such governmental incentives must not be granted without legitimacy criteria, such as equality (i.e., non-discrimination, in a more practical sense) vis-à-vis the free competition. This is probably the major problem in this subject. In order to help the economy and the society, the countries shouldn't grant incentives or subsidies without a technical study of the expenditures, the post-benefits, the impacts on the competition and on the international relations.

III. Base erosion and profit shifting

The recent researches on international taxation – subject which is also considered an “esoteric world”⁶⁴ – show that there is an unprecedented attention⁶⁵ being paid to the issue of base erosion and profit shifting⁶⁶. OECD's agenda and actions against this phenomenon aim to facilitate multilateral cooperation among governments⁶⁷. The multinationals tax planning schemes have been subject to a

⁶⁴ See Dhammika Dharmapala. *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*, pp. 3-27.

⁶⁵ See Yariv Brauner. *What the BEPS?* In: Florida Tax Review, Volume 16, Number 2, 2014, p. 55.

⁶⁶ See Wolfgang Schön, Hugh J. Ault, Stephen E. Shay. *Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform*. In: Bulletin for International Taxation. The Netherlands: IBFD, 2014, p. 275.

⁶⁷ See Arthur Cockfield. *BEPS and Global Digital Taxation*. In: *Tax Notes International*, September 15, 2014, p. 933. Defends the author that “The OECD must begin a more focused discussion on the ways that Internet technologies could help enforce tax laws to inhibit aggressive international tax planning while ensuring that any new regime protects important interests such as taxpayer privacy.”

general criticism⁶⁸. Pedro Schoueri has noticed the conflicts and inconsistencies between the trade and investment law and the practices by the international organisms⁶⁹:

“Throughout the analysis, the most challenging aspects related to the relevance of tax discrimination for the trade and investment framework, as well as the possible justifications that each framework is ready to accept.

Regarding the relevance of tax discrimination, the findings of the present analysis are rather similar to those discussed in Part II: while the issue is well established with regard to EU law, the contradictory case law on the TRIPS Agreement does not allow a firm assessment and the IIAs contain significant taxation carve-outs. The discussion under the GATS will depend on the lists of specific commitments and possible horizontal limitations, and the GATT provisions, while covering tax advantages, are considerably limited by the scope of the Agreement to trade in goods.

In this regard, the limitation of scope of the agreements seem to largely exempt concerns with CFC defensive measures. First, trade and investment agreements do not cover discrimination against a country’s own nationals, which is the case with CFC legislation. From an EU standpoint, these measures are covered by the freedoms of establishment, which does not offer protection to third country scenarios (though at an intra-EU level the conflict remains possible).

Therefore, withholding tax and non-deductibility defensive measures are those with the highest potential for conflict with the trade and investment framework. In this respect, the variety of taxation carve-outs mentioned above makes a firm assessment on the existence of such conflicts dependent on a case-by-case analysis – but the possibility of conflict is established, at least where the extent of those carve-outs is limited.

Besides, given the visibility of the discriminatory elements of withholding tax and non-deductibility defensive measures, the matter of justifications gained particular relevance. This exercise highlighted important parallels and inconsistencies between the frameworks.

First, in the EU context, much of the discussion focuses on the unwritten rule of reason, which includes a proportionality test. On the other hand, the GATT and GATS rely on the written justifications of articles 20(d) GATT and 14(c) and (d) GATS, which also include a proportionality test. While the coverage of the GATT and GATS proved to be much more restricted, the arguments used in the justification stage were parallel to those used at EU level: the prevention of abuse and measures securing compliance with laws and regulations are not to be used dis-

⁶⁸ See Charles Duhigg; David Kocieniewski. *How Apple Sidesteps Billions in Taxes*. *New York Times*, April 28, 2012, available at <http://nytimes.com/2012/04/29/business/apples-tax-strategy-aims-at-low-tax-states-and-nations.html?r=0>.

⁶⁹ Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, pp. 187-188.

proportionally, offering shelter to measures that in effect restrict the respective free movement rights. [...] At EU level, for instance, the teeth of the state aid provisions is arguably used to enforce the CoC criteria. In principle, it is possible to conceive a similar complementary relation between the FHTP and the ASCM (or even PTAs with broader subsidy rules). In this sense, it is possible to conceive the relationship between the hard and soft frameworks in constructive rather than destructive terms. [...]

Finally, as a byproduct, the present analysis also indicated important inconsistencies within the trade and investment law framework.”

It sounds quite clear the affirmation of Pedro Schoueri who has appointed that “the coordination efforts between the frameworks are weak, to say the least, so that conflicts are more likely to arise. [...] It is possible and even likely that similar conflicts of frameworks occur in other areas of international tax law, e.g. involving other BEPS Actions or involving other international agreements”⁷⁰.

Actually, the BEPS action plan is based on the premise that “BEPS is a global problem which requires global solutions” and its main purpose is to provide the countries “the tools they need to ensure that profits are taxed where economic activities generating the profits are performed and where value is created, while at the same time give business greater certainty by reducing disputes over the application of international tax rules, and standardising requirements”⁷¹. It is important to analyze what the OECD is doing in regards of BEPS⁷². Also it is

⁷⁰ Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, p. 217, p. 220.

⁷¹ Available at <http://www.oecd.org/tax/beps-about.htm>.

⁷² “So what can the OECD do? It can provide a fórum in which those issues can be discussed, common interests can be identified, and political compromises aimed at establishing a compatible set of practices can be established. In many situations, the countries are in a kind of prisoner’s dilemma: They recognize that all are better off if they can cooperate in certain areas but there has to be some way to define those areas and also to prevent defections. Here the OECD has the potential to play a key role. Take the case of patent boxes, reducing the rate of tax on intangible income to attract headquarters companies to the domestic jurisdiction or to prevent domestic activities from leaving. [...] The expansion of the OECD membership and the inclusion of nonmember countries in the discussions of these issues increase the potential scope for constructive dialogue while enhancing, not sacrificing, the OECD’s hard-won legitimacy as an objective arbiter of international issues. It may be possible to agree on what can be agreed on and also to agree on the differences. This can provide the basis for working out in a logical, coherent, and uniform manner the implications of those principles in concrete situations and help to ensure that the basic principles can be consistently applied. Not everything is politics, but not everything is logical deduction from agreed starting points and purely conceptual reasoning (*Begriffsjurisprudence*) either. Rather, what is needed is a complex mix of policy decisions and then the logical working out of those principles in concrete situations. [...] The BEPS political discourse shows that something is in motion, but do not underestimate the inertia effect resulting from the existing domestic tax rules and treaties.” See Hugh J. Ault. *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*. In: Tax Notes International, Vol. 70, N. 12, June 17, 2013, p. 10.

needed to examine the current model of regulation of the international tax competition based on the actions of the OECD. As registered by Christiana Panayi, “the OECD has spent a considerable amount of time dealing with the phenomenon of harmful tax competition in the late 90s”⁷³, as the OECD project on harmful tax competition was launched in 1996 with reports in 1998, 2000, 2001, 2002, 2006 and 2007⁷⁴.

The main concern of the OECD is that the harmful tax competition has a major impact on the free trade and development of countries. However, as mentioned before, the members still grant tax incentives and financial aids to different sectors of the economy and corporations which are not, in some cases, coherent to the OECD’s rhetoric. Also it is important to notice that most of the subjects included in the BEPS action plan are related to corporations’ tax planning or abuses, as such as the decision between debt or equity finance (with tax base possible erosions)⁷⁵, triangular structures⁷⁶ and the use of beneficial systems⁷⁷ (that could or could not be abusive).

Business restructurings are also a subject related to the BEPS action plan as there are lots of examples that the main purpose could be tax planning or tax avoidances. It has been a common practice in many countries the application of legal measures by the countries – which authorities are reluctant to give up the share of profits they used to tax before any restructuring – to counter the so-called “abusive structures”, “without even having specific legislation available”⁷⁸. This is actually the same situation in Brazil because the methodology used by the tax authorities is to verify the “business purpose” and if there is not one, the legal

⁷³ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 6.

⁷⁴ See OECD Reports. Available at <http://www.oecd.org/tax/>.

⁷⁵ See René Offermanns; Boyke Baldewsing. *Anti-Base-Erosion Measures for Intra-Group Debt Financing*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 103.

⁷⁶ See René Offermanns; Boyke Baldewsing. *Anti-Base-Erosion Measures for Intra-Group Debt Financing*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 116. For some authors, some of the anti-abusive measures are similar to measures included in the US treaties. “This clause is based on the assumption that the tax payer is seeking to obtain treaty benefits by setting up a company in a treaty country and shifting the income to a PE located in a country which does not have a treaty with the source state.” See Alexander Rust; Viktoria Wöhrer. *Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Situated in Third Countries*. In: *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – The Proposals to Revise the OECD Model Convention*. Editor: Michael Lang. Wien: Linde, 2016, p. 109, p. 130, p. 131.

⁷⁷ See René Offermanns; Boyke Baldewsing. *Anti-Base-Erosion Measures for Intra-Group Debt Financing*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 120.

⁷⁸ See Madalina Court; Laura Ambagtsheer-Pakarinen. *Business Restructurings: The Toolkit for Tackling Abusive International Tax Structures*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 217.

structure will probably be considered abusive⁷⁹.

The problem is there is not a definitive concept of what is and what is not abusive in tax avoidance. In the EU, this is a very complex issue as it involves the freedoms inside the Community (freedom of movement). In tax law, it is said that “three connecting factors are generally used to allocate (and to prevent avoidance of) a state’s jurisdiction to tax: nationality, residence and origin of income”⁸⁰.

The academic researches, although in a very short-time after the BEPS action plan was launched, demonstrate that some of the recommendations are relevant. One important fact is that the prevention of “double non-taxation” is possible which limits the base erosion and profit shifting⁸¹. One of the methods mentioned is to adopt “a broad and clearly delineated definition of intangibles”⁸². Another possible abuse is the State’s abuse over the grant of subsidies without technical exam and control (rent seeking). Financial subsidies could even be considered “evaded taxes” and a cause of tax avoidance⁸³. The reports prepared by the OECD have not been able to stop the international tax competition or the grant of direct or indirect subsidies.

At the same time, the OECD reports and agenda against “harmful tax competition” has not succeeded as it has not been able to control the tax incentives or the direct subsidies. Also it has not succeeded because there is a incoherent position against “tax havens” when the OECD members countries keep granting

⁷⁹ “The tools to be used by tax authorities are not clear cut, and in some cases can be used abusively, thereby leaving taxpayers unprotected. It could be seen that the BEPS initiative is working on some actions that are relevant for business restructurings. However, as some recommendations are minimal and may not lead to the outcome of better protecting, in essence, the taxing rights of the source country, more work is expected to better safeguard the tax base of source countries. As tax authorities are very focused on applying all the tools available to them, it is advisable that more work to be targeted also at providing more certainty to taxpayers. This aspect should be at the top of the agenda, considering also that countries are playing in a very competitive field and are attempting to develop tax regimes for foreign companies to attract investment or are attempting to safeguard legal certainty.” See Madalina Court; Laura Ambagtsheer-Pakarinen. *Business Restructurings: The Toolkit for Tackling Abusive International Tax Structures*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 217.

⁸⁰ See Dennis Weber. *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p. 255. The author defends that “Tax anti-avoidance measures may be justified by ‘the need to safeguard the cohesion of a tax system’.” *Idem, ibidem*, p. 260.

⁸¹ See Ruxandra Vlasceanu. *Intellectual Property Structuring in the Context of the OECD BEPS Action Plan*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 233.

⁸² See Ruxandra Vlasceanu. *Intellectual Property Structuring in the Context of the OECD BEPS Action Plan*. In: *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abusive Measures*. The Netherlands: IBFD Tax Research Series – Volume 2, 2015, p. 233.

⁸³ See Filip Palda. *Tax Evasion and Firm Survival in Competitive Markets*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001, p. 55.

“preferential tax regimes”. Another problem is the aggressive tax planning of multinationals which improves the tax competition. This subject, that is not new, could now be considered a shifting of harmful tax competition⁸⁴. However, we do believe that the tax competition and the aggressive tax planning are very well connected. The tax competition should be not considered only between tax havens. A tax and financial competition between countries can occur without tax havens as demonstrated. At the same time, when multinationals use different tax jurisdictions to avoid taxes, they are using “legal set ups” – that could be considered abusive or immoral - according to the countries in which they are based or they operate⁸⁵. Starbucks, for example, has not paid income tax in the UK since 2009⁸⁶. Amazon has faced with similar situations after transferring the ownership of the company from the UK to Luxemburg⁸⁷. Google, at another side, has generated US\$ 18 billion revenue from the UK between 2006 and 2011 “and could only pay the equivalent of just US\$ 16 million of UK corporation taxes in the same period”⁸⁸, what is repeatedly seen in other multinationals and financial institutions (as Apple⁸⁹ and HSBC⁹⁰) operating in the global market. This situation has called attention of the OECD which, at the request of the G-20 Finance Ministers, in 2012, launched the action plan called “BEPS” to combat international tax competition which is considered to erode the domestic tax base and to shift the profit-ing. This exactly the agenda against examples as Apple’s and others. The report from the OECD was released on 12 February 2013. The BEPS action plan was launched in July 2013 which outlined 15 actions across a range of tax areas including “digital economy, transfer pricing, coherence of corporate income taxation and transparency. [...] The 15 actions were scheduled to be delivered in three phases: September 2014, September 2015 and December 2015. In general, it seems that the BEPS Action Plan is aimed at integrating or reviving several related on-going OECD projects”⁹¹. UK, Germany and France have contributed to the

⁸⁴ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 11.

⁸⁵ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 11.

⁸⁶ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 13.

⁸⁷ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 13.

⁸⁸ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 14.

⁸⁹ See www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/Corporate_Tax_Avoidance. “Apple was questioned at the US Senate for the company’s complex tax practices that reportedly led it to successful shelter US\$ 44 billion from taxation anywhere in the world. This was the result of a variety of offshore structures, arrangements and transactions to shift billions of dollars in profits away from the United States and into Ireland, where Apple has negotiated a special corporate tax rate of less than two percent.” See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 19; Also See Antony Ting. *Tax: Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*. In: *British Tax Review* 40-71, 2014.

⁹⁰ See Stephanie Johnston. *Group Challenges UK Tax Authority on HSBC Tax Scandal*. 2015 WTD 85-5, 2015.

⁹¹ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 49.

OECD with millions of Euros to show commitment and it shows that the concern with the phenomenon is much higher with the developed countries which can be damaged regarding the shifting of the tax bases.

The action plan⁹² appears to be more concerned with reforms in some categories: i) tax base allocation and the application of the source/residence doctrines to some modern-day transactions; ii) anti-abuse tackling base erosion and preventing double non-taxation; iii) procedural reforms to analyse aggressive tax planning arrangements⁹³. The issue now is to know: is there anything new in BEPS action plan? Is BEPS compatible with international tax law? The BEPS action plan aims to avoid negative externalities to the countries because of international operations. But is the same policy of the developed countries applicable to the developing countries? Although the OECD has consulted over 80 developing countries and published some specific topics, “it has been argued that cooperation is not necessarily good and its consequences are not always desirable. International taxation has thus far been based on cooperation that serves OECD countries rather than all countries”⁹⁴. It is mentioned that this is a “cartelistic cooperation”⁹⁵. However, there is a very logic point in Panayi’s conclusion in this field⁹⁶:

Whilst this may be to the benefit of OECD countries, it may not necessarily serve other countries such as the BRICs (ie Brazil, Russia, India, China and South Africa). Although these countries have a unique position of power in today’s global economy and this position grants them increasing influence and great potential, nevertheless, for the time being, BRICs countries may face many limitations in transforming the international tax landscape. It might be best if these and other developing countries embrace the BEPS project and participate in the consultations, to try and ensure as far as possible that their concerns are taken into account.

⁹² The actions mentioned in the report are the following: 1. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy; 2. Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements; 3. Strengthen CFC Rules; 4. Limit Base Erosion via Interest Payment and Other Financial Payments; 5. Counter Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance; 6. Prevent Treaty Abuse; 7. Prevent the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status; 8, 9 and 10. Transfer Pricing (Intangibles, Risks and Capital and High-Risk Transactions); 11. Establish Methodologies to Collect and Analyse Data on BEPS and the Actions to Address it; 12. Disclosure of Aggressive Tax Planning; 13. Transfer Pricing Documentation; 14. Making Dispute Resolution Mechanisms more Effective; 15. Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties. As it can be noticed, the actions are all involved to the concern of tax revenues and the avoidance of abusive measures by multilateral companies which are the entities able to use the more complex tax structures.

⁹³ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 51.

⁹⁴ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 160.

⁹⁵ See Tsilly Dagan. ‘BRICS’: *Theoretical Framework and the Potential of Cooperation*. In: BRICS and the Emergence of International Tax Coordination. IBFD, 2015.

⁹⁶ See Christiana HJI Panayi. *Advanced Issues in International and European Tax Law*, p. 160-161.

So it is much better if the developing countries are consulted before any actions start to be taken which will affect their policies and economies. But this does not mean that BEPS plan might be in their interest or not.

However, the negative implications of this phenomenon is not only for the developing countries. As many studies have mentioned, developed countries are facing serious problems because of the tax competition and the aggressive tax planning from multinationals. UK and US are both examples of the damages of this process⁹⁷.

It can be said also that the tax situation in the European Union can be considered one of the causes of the “Brexit”⁹⁸. It is clear that the public spending⁹⁹ is a matter of all countries and that the major problems in the economy nowadays do have a relation with the budget and wrong tax and finance policies¹⁰⁰. It is said that “it is virtual certainty that the global financial system would experience further global financial crises, with all their tremendous economic costs for millions of people across the globe. It might seem implausible that the status quo in global financial governance could persist over the longer term in the face of repeated crises. But it seemed just as unlikely at the height of 2008 financial crisis that so little would change in global financial governance as a result of that momentous upheaval. In the end, the existing order proved much more durable than many expected. If that massive shock to the system did not generate major transformative change, what will?”¹⁰¹ Several interpretation issues remain unclear. The OECD should clarify. Also “Several policy issues exist pertaining to the US enforcement and interpretation of its own limitation on benefits rule”¹⁰².

Developing countries must have a different agenda in reference of tax incentives as they can not be compared to the developed countries in terms of equal competition. The grant of any measure, however, needs to be subject to proper control, transparency and accountability. The use of different methods can be a

⁹⁷ See Lee A Sheppard. *Debunking the Overseas Cash Meme*. In: Tax Notes International 700, 2015.

⁹⁸ A lot of attention might be addressed to “Brexit” as it will change the integration and the tax policies between the trade in Europe within Britain. It may be considered a unprecedented change in the European Union with effects on all the aspects of the EU. About the history and integration of European countries, see Kenneth A. Armstrong. *Regulation the free movement of goods*. In: New Legal Dynamics of European Union. Edited by Jo Shaw; Gillian More. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 170.

⁹⁹ See Daniel Shaviro. *Taxes, Spending, and the U. S. Government’s March Toward Bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 27.

¹⁰⁰ See James M. Buchanan. *The Limits of Taxation*. In: Taxation – An International Perspective. Vancouver: Fraser Institute, 1984, p. 54; Jessica de Wolff. *The Political Economy of Fiscal Decisions – The Strategic Role of Public Debt*. Heidelberg; New York: Physica-Verl., 1998, p. 89.

¹⁰¹ See Eric Helleiner. *The Status Quo Crisis*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 178.

¹⁰² See Romero J. S. Tavares. *The “Active Trade or Business” Exception of the Limitation on Benefits Clause*. In: Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – The Proposals to Revise the OECD Model Convention, p. 159.

model to avoid inefficient public expenditures and more market's failures. Finally, the adoption of abusive control against tax planning is not a correct answer¹⁰³. The adoption of anti-abusive general clauses has revealed to be unfair and inefficient. The concept of the legal mechanisms need to be as more objective and technical as possible to avoid distortions and failures which can damage the economies and the tax systems.

It is also important to agree with recent researches that conclude that there are important conflicts between trade and investment law involving BEPS which remain subject to further researches and to the development of the methodology of control of an "international tax regime"¹⁰⁴.

References

- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AVI-YONAH, Reuven S. *Tax Competition, tax arbitrage, and the future of the international tax regime*. In: *International Tax as International Law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- AVI-YONAH, Reuven S. *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper n. 73*. Michigan: University of Michigan, 2007.
- AVI-YONAH, Reuven S. *Business Profits (Article 7 OECD Model Convention)*. In: *Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008.
- AVI-YONAH, Reuven S. *Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals*. Michigan: University of Michigan – Public Law and Legal Theory Research Paper Series – Paper n. 364, April 2015.
- BAUM, Herald. *Globalizing Capital Markets and Possible Regulatory Responses*. In: *Legal Aspects of Globalization – Conflicts of Law, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*. Org.: Jürgen Basedow; Toshiyuki Kono. Hague: Kluwer Law International, 2000.
- BILLIER, Jean-Cassien e MARYIOLI, Agaé. *História da Filosofia do Direito*. São Paulo: Manole, 2005.
- BOEHM, Max Hildebert. *The Riddle of Federalism: Does Federalism impact on De-*

¹⁰³ See Fernando Zilveti; André Elali, *Planejamento Tributário*, p. 22. In the mentioned article, the authors bring attention to the crisis of the policies against tax planning: Franz Josef Haas. *Der Missbrauchstatbestand des § 42 AO – ein unkalkulierbares Risiko für die unternehmerische Gestaltungspraxis?* In *Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl*. Org.: Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Cologne: Dr. Otto Schmidt, 2006, (13/26) p. 26.

¹⁰⁴ See Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/ DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018, p. 220.

- mocracy?* In: International Encyclopedia of the Social Sciences. London: Macmillan, 1932.
- BOLAND, Vincent. *Global Insight*. In: Financial Times, London, 12, July 2016.
- BOUGRINE, Hassan. *Fiscal Policy and the Current Crisis: are Budget Deficits a Cause, a Consequence or a Remedy?* In: The Economics of Public Spending. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000.
- BRONORI, David. *State Tax Policy – A Political Perspective*. Washington: The Urban Institute Press, 2001.
- BROWN, Rebecca. *The Ethics of Using Financial Incentives to Encourage Healthy Behaviour*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2013.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Tradução: A. Menezes Cordeiro.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia e tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência – Mercosul e União Europeia*. São Paulo: Manole, 2003.
- DANTAS, Rodrigo Numeriano Dubourcq. *Direito Tributário Sancionador. Culpabilidade e Segurança Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DEVEREUX, Michael. *ETPF – Economic Theory of the Optimal Taxation of Multinational Profit*. Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation – European Tax Policy Forum, 2016.
- DEVEREUX, Michael. *The OECD Harmful Tax Competition Initiative*. In: *International Tax Competition – Globalization and Fiscal Sovereignty*. London: Commonwealth Secretariat, 2002.
- DHARMAPALA, Dhammika. *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*. Chicago: Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper n. 702, 2014.
- DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social – Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- ELALI, André. *Incentivos Fiscais Internacionais – Concorrência Fiscal, Crise do Estado e Mobilidade do Capital*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ELALI, André; NÓBREGA, Marcos. *Infrastructure and Investments in Brazil – Economic and Legal Aspects*. Natal: Anote, 2015.
- FARRERES, G. Fernández. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 39.

- FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FORGIONI Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- FRÄS-EHRELD, Clarisse. *Grants and Incentive Programmes in the ten new EU-Member States*. Wien: Linde International, 2005.
- GELLHORN, Ernerst. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West Publishing Co., 1986.
- GILLEARD, M. *Google Hauled Before UK PAC Again, But International Tax Framework Cited as Real Villain*. In: *International Tax Review*, 2013, available at: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3208706>. Acess in June 28th, 10:48.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRUBERT, H. *Foreign Taxes and the Growing Share of US Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, Are Being Globalized*. In: *National Tax Journal* 65.
- GUTMANN, Daniel. *Do Direito à Filosofia do Tributo*. In: *Princípios e Limites da Tributação*. Coordinator: Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Tradução: Selma Ferraz / Roberto Ferraz.
- HAAS, Franz Josef. *Der Missbrauchstatbestand des § 42 AO – ein unkalkulierbares Risiko für die unternehmerische Gestaltungspraxis? In Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag, Steuer-und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl*. Org.: Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Cologne: Dr. Otto Schmidt, 2006.
- HART, Herbert. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Clarenton Press, 1961.
- HELLER, Heinz R. *O Sistema Econômico – Uma Introdução à Teoria Econômica*. Tradução: Terezinha Santoro. Revisão: José Paschoal Rossetti. São Paulo: Atlas, 1977.
- JACKSON, J. H.; DAVEY, W.; JR. S. *Legal Problems of International Economic Relations – Cases, Materials and Text*. 3. ed. St. Paul, Minnesota, 1995.
- KIEKBELD, Ben. J. *Harmful Tax Competition in the European Union*. The Netherlands: Kluwer Tax / Foundation for European Fiscal Studies – Erasmus University Rotterdam, 2004.
- KIRCHLER, Erich. *The Economic Psychology of Tax Behaviour*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- KUBE, Hanno E. *National Tax Law and the Transnational Control of State Aids*. San Domenico: European University Institute, 2001.
- LACOSTE, Yves. *Os Países Subdesenvolvidos*. 17. ed. São Paulo: DIFEL, 1985. Tradução: Américo E. Bandeira.

- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. Tradução: José Lamego.
- LEAL-ARCAS, Rafael. *International Trade and Investment Law – Multilateral, Regional and Bilateral Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2010.
- LÓPEZ, Jorge Martin. *Competencia Fiscal Perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MANOR-PERCIVAL, Yonit. *Bilateral Investment Treaties in a Harmonious World: China's Paradigm*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2014.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da Imposição Tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998.
- MITROYANNI, Ionna. *Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market*. (Doctoral Thesis). London: Queen Mary University – School of Law, 2007.
- MUSGRAVE Peggy B. *Merits and Demerits of Fiscal Competition*. In: *Tax Policy in the Global Economy*, 2001.
- MUSGRAVE, Peggy B. *Taxation and American investment abroad: the interests of workers and investors*. In: *Tax Policy in the Global Economy – Selected Essays of Peggy B. Musgrave*. Northampton: USA, 2002.
- MUTTI, John H. *Foreign Direct Investment and Tax Competition*. Washington: Institute for International Economics, 2003.
- NABAIS, José Casalta. A Soberania Fiscal no Actual Quadro de Internacionalização, Integração e Globalização Económicas. In: *Estudos de Direito Fiscal: Por um Estado Fiscal Suportável*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 203.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013.
- OLIVEIRA, Géstrtner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PANAYI, Christiana HJI. *Advanced Issues in International and European Tax Law*. Oxford: Hart, 2015.
- PICHHADZE, Amir. Exposing Unaddressed Issues in the OECD's BEPS Project: What About the Roles and Implications of Contract Interpretation Law and Private International Law in the Transfer Pricing Arm's Length Comparability Analysis? (2015). In: *7 World Tax Journal*, 2015.
- PINTO, Carlo. *Tax Competition and EU Law*. The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 2003.

- PREST, A. R. *How Much of Subsidy? A Study of the economic concept and measurement of subsidies in the United Kingdom*. London: The Institute of Economic Affairs, 1974.
- RADICE, Hugo. *Global Capitalism – Selected Essays*. New York: Routledge, 2015.
- REICH, Norbert. *Mercado Y Derecho*. Trad.: Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985.
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. *Lições de Finanças Públicas*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTAMARÍA, Jaime Abella. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003.
- SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2005.
- SCHMITT, Carl. La tirania de los valores. In: *Revista de estudios políticos*, n. 115, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.
- SCHÖN, Wolfgang. Tax Competition in Europe – General Report. In: *Tax Competition in Europe*. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003.
- SCHÖN, Wolfgang. *Taxation and State Aid Law in the European Commission*. In: CMLR, 1999.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *A Suave Perda da Liberdade*. In: *Direito Tributário Atual – 18*. São Paulo: Dialética / IBDT, 2004.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri. *Conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition: the Modified Nexus Approach*. Viena: Institute for Austrian and International Tax Law/DIBT – Doctoral Program in International Business Taxation WU – Vienna University of Economics and Business, 2018 (Doctoral Thesis).
- SELVA, José María Martínez. *Los Paraísos Fiscales – Uso de las Jurisdicciones de Baja Tributación*. Madrid: Difusa, 2005.
- SHARMAN Jason Cambell. *Havens in a Storm – The Struggle for Global Tax Regulation*. New York: Cornell University Press, 2006.
- SHAVIRO, Daniel N. *Taxes, Spending, and the U. S. Government's March Toward Bankruptcy*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- STEICHEN, Alain. Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan. In: *Tax Competition in Europe*. Organizador: Wolfgang Schön. The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003.
- STREETEN, Paul Patrick. *Thinking about Development*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999.
- TANZI, Vito. *Taxation in a Integrating World*. Washington: The Brookings Institution, 1995.

- TIPKE, Klaus. Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária. Tradução: Luís Eduardo Schoueri. In: *Direito Tributário: Estudos em Homenagem a Brandão Machado*. Coordenação: Luís Eduardo Schoueri & Fernando Zilveti. São Paulo: Dialética, 1998.
- TORRES, Heleno Taveira. Tendências da tributação dos lucros e do investimento. In: *Revista Internacional de Direito Tributário*, n. 4, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VIDIGAL, Geraldo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1977.
- WEICHENRIEDER, A. J. Profit Shifting in the EU: Evidence from Germany. In: *International Tax and Public Finance* 16.
- WEINRAUCH, Roland. *Competition Law in the WTO – The Rationale for a Framework Agreement*. Wien: BWV – Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- ZIEGLER, Jean. *Das Imperium der Schande, der Kampf gegen Armut und Unterdrückung*. München: Random House, 2008.
- ZILVETI, Fernando Aurélio. *A Evolução Histórica da Teoria da Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Aplicabilidade das Regras do Pillar II da OCDE no Brasil: É Possível Aproveitar o Modelo de Implementação Adotado pela Suíça?

Carolina Favrin Keri

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar e comparar as normas e entendimentos sobre a possibilidade de adoção pelo Brasil das regras GloBE, previstas no chamado Pillar 2 da OCDE, baseando-se no caso e formato operacionalizado pela Suíça, que optou por uma alteração constitucional para viabilizar que as regras se tornassem compatíveis com o seu sistema tributário.

Palavras-chave: Pillar 2, GloBE, Suíça, Sistema Tributário, Imposto de Renda.

Abstract

This article aims to analyze and compare the norms and understandings about the possibility of Brazil adopting the GloBE rules, forecasts in the so-called Pillar 2 of the OECD, based on the case and format operationalized by Switzerland, which opted for a constitutional to make it possible for the rules to become compatible with your tax system.

Keywords: Pillar 2, GloBE, Switzerland, Tax System, Income Tax.

1. Introdução

Em 18 de junho de 2023, a Suíça aprovou, por meio de referendo popular, uma emenda constitucional autorizando a alteração de suas regras então preexistentes de modo a possibilitar a adesão do país ao chamado Pillar 2 proposto pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – também conhecido como “Global Anti-Base Erosion Rules (GloBE Rules)”.

As regras do Pillar 2 têm apresentado grande relevância no cenário internacional, sobretudo diante do contexto atual da economia digitalizada e das sofisticadas estruturas globalizadas de empresas, pelas quais pode ocorrer o deslocamento do lucro tributável para jurisdições que não tributam a renda ou a tributam de forma ínfima, praticando alíquotas baixas ou benefícios fiscais extremos.

Além da Suíça, acima citada, outros países já adotaram ou estão em processos legislativos para a adoção e internalização das normas do Pillar 2, como o Reino Unido, a Alemanha, o Canadá, o Japão e o Panamá.

Ainda não há uma sinalização do governo brasileiro em adotar as normas – que têm por intenção o estabelecimento de um “imposto mínimo global”. No entanto, uma primeira análise já traz consistentes questionamentos sobre a compatibilidade das normas com a formatação atual do sistema tributário brasileiro.

Diante da sistemática adotada pela Suíça, pretende o presente estudo verificar a possibilidade de adoção de estratégia semelhante pelo Brasil, bem como identificar a compatibilidade de tais regras com o sistema tributário aqui vigente.

2. As regras GloBE: um panorama do proposto pela OCDE no Pillar 2

Em 2021, o Projeto de Combate à Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros capitaneado pela OCDE e pelo G20 disponibilizou a “Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia”.

Basicamente, o documento previu a aplicação de dois pilares para dirimir questões relacionadas a digitalização da economia e, conseqüentemente, aos seus impactos em um sistema de tributação mundial ainda bastante analógico.

Nos termos do próprio relatório emitido pela OCDE sobre o tema, os objetivos do Pillar 2 são (i) garantir um nível de tributação mínimo, evitando a dupla tributação; (ii) trazer eficiência tributária mesmo tendo em vista os diferentes tipos de sistemas tributários entre países; (iii) garantir transparência e igualdade de condições, o que indica uma forte intenção de combate aos chamados “paraísos fiscais”; e (iv) minimizar custos administrativos e de *compliance*.

Pode-se afirmar que as regras possuem uma certa inspiração nas chamadas *Global Intangible Low-Tax Income* (GILTI), adotadas desde 2017 pelos Estados Unidos, que estabelecem que os lucros do exterior paguem uma alíquota mínima estipulada de 10,5%.

Como bem resumido por Fossati¹, o Pillar 2 decorre de uma percepção da OCDE de que “o direito de tributar não necessariamente significa tributar, pois o exercício do direito pode não ocorrer (algumas jurisdições não tributam certos itens de renda) ou normas secundárias podem afastar a incidência (*e.g.* isenções, benefícios fiscais)”.

No entendimento de Becker e Englisch, a maior motivação para o Pillar 2 seria a perda de arrecadação decorrente do sistema tributário atual, que atingiria em maior parte os países da União Europeia e os países em desenvolvimento²:

There is ample evidence that multinational firms shift profits to low-tax jurisdictions and tax havens via transfer pricing, financing schemes and by relocating IP and risk. Recent studies show that, despite ongoing measures against BEPS, firms are able to shift enormous amounts into low-tax jurisdictions and tax havens. Gravelle (2015) finds that the United States loses 0.6% of its GDP in revenue to tax havens. Bruner et al. (2018) estimate, based on US national accounts data, that without profit shifting, the US GDP would be 1.5% higher, and the US operating surplus would be 3.5% higher. Torslov et al. (2018) measure an excess profit in tax havens of USD 600 billion. The main losers of profit shifting, according to their

¹ FOSSATI, Gustavo. Tributação da Economia Digital na esfera Internacional: volume 4 [recurso eletrônico] / Gustavo Fossati e Daniel Giotti de Paula. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. 1 recurso *online* (120 p.). Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/default/files/2023-02/tributacao-da-eco-digital-na-esfera-internacional_vol-4.pdf.

² ENGLISH, Joachim; BECKER, Johannes. International Effective Minimum Taxation – The GLOBE Proposal, 11 *World Tax Journal*, 2019, p. 485.

estimates, are European non-havens and developing countries; the main winners are US-owned multinationals.

Tendo em vista a expressiva perda de arrecadação enfrentada pelos países – principalmente europeus e componentes do G20, que observam a mudança de suas empresas (e consequentemente do lucro e da base tributável dessas) para países que trazem incentivos fiscais e baixa tributação –, nasceu a iniciativa de uma tributação mínima global, que combatesse a remessa da base tributável da renda para países com menores alíquotas ou com incentivos fiscais considerados como excessivos.

Por outro lado, conforme entendimento já manifestado por Avi-Yonah³, os incentivos fiscais constituem uma importante forma de desenvolvimento econômico e aumento de arrecadação para os países com menor grau de desenvolvimento. É importante destacar que a adoção das regras do Pillar 2 poderia acarretar diminuição da arrecadação e do desenvolvimento econômico dessa classe de países que detém menos riquezas e desenvolvimento econômico.

No mesmo sentido, se manifesta NAVARRO⁴, ao afirmar que a abordagem acarretaria um risco para o sistema de incentivos fiscais usualmente atrelados com a atração do capital estrangeiro.

Especificamente quanto ao Pillar 2, pode-se dividir a iniciativa em duas propostas de tributação. A primeira proposta, apelidada de GloBE (Regras Globais de Combate à Erosão da Base Tributária), pode ser entendida com as seguintes regras:

- (i) Inclusão de Renda (IIR), que estabelece um imposto complementar sobre uma entidade controladora com relação à renda tributada de uma entidade constituinte de forma reduzida;
- (ii) Pagamento de Tributação Reduzida (UTPR), que afasta a possibilidade de deduções ou exige um ajuste equivalente nos casos em que a receita tributária é reduzida ou não está sujeita a impostos conforme à IIR. Para fins de aplicação das regras IIR e UTPR, a alíquota mínima considerada é correspondente a 15% (quinze por cento).

Além das regras GloBE, o Pillar 2 também prevê a chamada Regra de Sujeição à Tributação (STTR), segundo a qual as jurisdições de fonte dos pagamentos podem imputar uma retenção tributária de forma limitada sobre certos pagamentos de partes relacionadas sujeitas a tributos abaixo de uma alíquota mínima.

Sobre as exceções, há a previsão da chamada *Carve-Out Rule* definida como uma exclusão da receita tributável, o montante equivalente a 5% do valor contábil dos ativos tangíveis e da folha de pagamento.

³ AVI-YONAH, Reuven. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal. Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review* 113/7, p. 1644.

⁴ NAVARRO, Aitor. Jurisdiction Not to Tax, Tax Sparing Clauses and the Income Inclusion Rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) Proposal: The Demise of a Policy Instrument of Developing Countries? Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper, n. 20-22, 2020.

Há a previsão de um período de transição de dez anos desde a implementação das regras, durante o qual deverá ocorrer o aumento da porcentagem da receita a ser excluída, para 8% do valor contábil dos ativos tangíveis e 10% da folha de pagamento, diminuindo em 0,2 pontos percentuais ao ano nos primeiros cinco anos e 0,4 ponto percentual nos ativos tangíveis e em 0,8 pontos percentuais para a folha de pagamento nos últimos cinco anos.

A estratégia concebida inclui, principalmente, observar a tributação sobre as empresas multinacionais (denominadas pela sigla “MNEs”), cujo rendimento ultrapassasse 750 milhões de euros, conforme determinado na Ação 13 do BEPS. Ademais, aos países signatários seria possível aplicar as regras de IIR às MNEs com sede em seu país, mesmo que estas não atinjam o limite mínimo para aplicação das regras GloBE.

Nos termos do relatório preliminar elaborado pelo IPEA⁵ sobre o Pillar 2, são formadas as seguintes conclusões sobre a sua aplicação⁶:

[...] reduzirá as diferenças nas alíquotas efetivas do CIT entre os países, que é o principal indutor da transferência de lucros das multinacionais para paraísos fiscais. Isso provavelmente as levariam a reavaliar suas estratégias de transferência de lucros, e algumas podem considerar que esses ganhos não superarão os custos (por exemplo, custos financeiros e de consultoria para o planejamento tributário, custos de reputação, etc.). Por isso, espera-se que a redução da transferência de lucros contribua significativamente para os ganhos de receita global do Pilar 2.

Percebe-se, portanto, que é coerente afirmar que a implementação do Pillar 2 em termos globais acaba por estabelecer, de fato, um imposto mínimo global, dificultando as estruturas de planejamentos tributários abusivos e de erosão da base tributária.

Tem-se, no entanto, que a implementação das regras do Pillar 2 no contexto tributário brasileiro pode representar uma afronta ao sistema constitucional atualmente firmado, principalmente quando observado o princípio da igualdade e da territorialidade, conforme passa-se a analisar neste estudo.

3. O sistema tributário brasileiro e a sua (in)compatibilidade com a adoção do Pillar 2

Como é sabido, o sistema tributário brasileiro apresenta suas bases na Constituição Federal, que prevê as espécies tributárias possíveis e os princípios que devem nortear a tributação.

⁵ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

⁶ CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. Nota Técnica DINTE: análise das propostas do plano BEPS da OCDE/G20 sobre tributação dos serviços digitais e a atual situação internacional. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10887/2/NT_PropostasPlanoBEPS_OCDE_G20_Publicacao_Preliminar.pdf.

Dentre os princípios constitucionais previstos, destaca-se o princípio da igualdade, estabelecido no art. 150, II, da Carta Magna⁷, pelo qual há uma limitação de que contribuintes em situações equivalentes recebam tratamento tributário diferenciado. No entendimento de Paulsen⁸, apenas seria possível aplicar um tratamento diferenciado no caso em que estejam envolvidas (i) razões de capacidade contributiva; (ii) razões extrafiscais relevantes.

Questiona-se, nesse momento, se o fato de uma empresa ser considerada parte de uma estrutura internacional constitui um critério válido e apto a autorizar que essa seja objeto de um tratamento tributário distinto daquele concedido a empresas que estejam totalmente livres de conexões internacionais.

Em uma primeira análise, parece que essa diferenciação não estaria abarcada pelos termos da capacidade contributiva, mas poderia ser considerada em decorrência das razões extrafiscais relevantes, desde que devidamente fundamentada.

Segundo Carvalho⁹, a função da extrafiscalidade se caracterizaria como “a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente válida, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso”.

Questiona-se, nesse momento, se a utilização de um critério extrafiscal – mesmo que de interesse internacional – seria compatível com a imposição de uma tributação mais gravosa ao contribuinte em termos constitucionais, admitindo-se, inclusive, a interferência tributária de outros países.

De qualquer forma, é possível suscitar um primeiro ponto de incompatibilidade das normas de Pillar 2 com a base do sistema tributário brasileiro, o que poderia gerar questionamentos sobre a sua inconstitucionalidade em uma eventual implementação das regras pelo Brasil.

Outro ponto que merece questionamento diz respeito ao aspecto da territorialidade inerente ao sistema tributário, segundo o qual uma jurisdição apenas poderia instituir tributos exigíveis dentro do seu próprio território.

A aplicação do Pillar 2 implicaria, de certa forma, uma flexibilização da soberania nacional dos Estados envolvidos, uma vez que poderia haver a tributação de renda gerada em território diverso daquele que a gerou.

⁷ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”

⁸ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*: completo. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 72.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

Em termos e tributação internacional, Arnold¹⁰ indica a existência de três princípios fundamentais, baseados no consenso entre as nações, sendo:

- (i) Os países têm o direito de tributar com base tanto na fonte de rendimento como com base na residência do contribuinte, ou seja, levando em conta as conexões econômicas com um país;
- (ii) O país de origem da renda, ou seja, a fonte, tem o primeiro direito de tributar esse rendimento;
- (iii) O país em que o contribuinte reside tem o direito de tributar o imposto do contribuinte. No entanto, tem a correspondente obrigação de proporcionar alívio da dupla tributação internacional de rendimentos de origem estrangeira sujeitos a imposto noutro país.

É possível afirmar que o Pillar 2 não observa critérios de conexão relacionados a fonte do rendimento ou a residência do contribuinte – uma vez que prevê a tributação de um rendimento auferido por um contribuinte que exerce as suas atividades em outro país –, de modo a estabelecer uma tributação onde não haveria, em tese, competência e jurisdição para tanto. Nesse sentido, tanto as regras IIR ou UTPR estariam em desacordo com os critérios de conexão atualmente reconhecidos pelo direito tributário internacional.

Nesse prisma, em termos de Pillar 2 haveria a necessidade de indicação de outro critério de conexão para a tributação da renda, expandindo os conceitos de residência e fonte dentro de operações internacionais de grupos econômicos, o que permitiria a tributação de um rendimento auferido em um país que não o tribute em termos considerados como suficientes no cenário internacional. Ainda, no entendimento de Becker e Englisch¹¹ o conceito de soberania apenas pode ser irrestrito em caso de políticas internas, sendo que num contexto internacional, existem externalidades, ou seja, os interesses de outras nações soberanas também são afetados por essas políticas fiscais, de modo que seria aceitável a mitigação da soberania e a flexibilização do princípio da territorialidade em prol da adoção das normas previstas no Pillar 2.

Tampouco merece acolhida a tese de que haveria o exercício da soberania diante do fato de que a empresa investida estaria na jurisdição de aplicação das regras do Pillar II. Isso porque a adoção de determinada alíquota pelo Estado de fonte ou de residência do rendimento é uma decisão derivada da análise de contexto histórico, cultural e, principalmente, econômico de determinado país. Ao

¹⁰ ARNOLD, Brian J. The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond, 73 Bull. Intl. Taxn. 12 (2019), *Journal Articles & Papers* IBFD, p. 631.

¹¹ FOSSATI, Gustavo. Tributação da Economia Digital na esfera Internacional: volume 4 [recurso eletrônico] / Gustavo Fossati e Daniel Giotti de Paula. – Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. 1 recurso online (120 p.). Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/2023-02/tributacao-da-eco-digital-na-esfera-internacional_vol-4.pdf.

impor uma carga tributária mais elevada, devida a outra jurisdição, esses conceitos intrínsecos são desconsiderados, havendo de fato uma influência ativa de terceiros Estados na política econômica e regulatória do país que optou por uma tributação reduzida.

Uma adoção das normas do Pillar 2 no contexto tributário brasileiro, portanto, implicaria sérios questionamentos sobre a sua constitucionalidade, uma vez que dá azo a cenários que são diretamente opostos aos princípios constitucionais que norteiam o sistema hoje estabelecido.

Além da questão constitucional, entraves de natureza prática também se apresentam e necessitariam de uma atenção especial sobre a compatibilidade do sistema como um todo.

Maito da Silveira¹² indica como questões que precisarão ser solucionadas: “a fixação de critérios (contábeis, por exemplo), que não necessariamente são uniformes nos diferentes países, sem falar no risco de bitributação e de desafios decorrentes da complexidade dessa solução, da necessidade de consenso e de outras incertezas correlatas”.

Percebe-se, portanto, que a eventual operacionalização das regras GloBE no Brasil demandaria também ajustes internos de natureza contábil e da própria legislação ordinária, como a necessária revisão das normas de tributação em bases universais (TBU).

Sobre esse tema, vale destacar o entendimento de Prokisch¹³, que interpreta as regras do Pillar 2 de forma muito assemelhada às *CFC Rules*, acarretando a inclusão da renda estrangeira de uma subsidiária na base tributável da controladora (Regra de Inclusão de Renda). Para o autor, diferentemente do CFC, a natureza da renda (ativa ou passiva) não seria relevante, havendo possibilidade de creditamento do imposto para evitar a dupla tributação.

Mais uma vez, verifica-se um entrave nas regras brasileiras. Conforme mencionado anteriormente, o Brasil atualmente não adota as regras CFC, utilizando o modelo de tributação em bases universais, cuja incompatibilidade com o sistema do Pillar 2 é discutida.

¹² SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Tributação internacional em tempos de economia digitalizada: entre a decisão de como alocar o direito de tributar (fonte x residência) e a realidade brasileira. *In: Anais [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19*, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2020, p. 460.

¹³ PROKISCH, Ranier. International Taxation in Times of the Digitized Economy. *In: Anais [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19*, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2020, p. 450.

No entendimento de Andrade¹⁴, não seria possível a outro país assumir o papel de outro Estado de fonte, no qual a renda é gerada para fins de UTPR, tampouco para fins de IIR, tendo em vista a afronta de tais regras ao art.7(1) dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação; e as regras atuais brasileiras de tributação em bases universais (arts. 77 e seguintes da Lei n. 12.973/2014). Sob o aspecto de política internacional, ainda destaca Schoueri¹⁵, que, para a implementação das regras do Pillar 2, também seria necessário revisar o modelo de tratados adotados, devendo incluir o art. 1(3) da Convenção Modelo nos acordos, de modo a permitir chamada a *income inclusion rule*. Atualmente, apenas o tratado firmado com o Reino Unido possui essa disposição.

Assim, percebe-se que a adoção das regras do Pillar 2 no Brasil, de modo a não haver conflitos com o sistema tributário ora vigente, implica a necessidade de grandes alterações não apenas em plano constitucional, mas também de tratados já firmados, normas contábeis internas, além das normas tributárias, dependendo de uma verdadeira reforma no sistema para homogeneização com o padrão internacional.

4. O caso suíço de adoção das regras GloBE por meio de alteração constitucional

Em meio à discussão sobre a constitucionalidade de eventual norma refletidora do Pillar 2 no Brasil, para a adaptação das normas em nível mundial, identificam-se países que também poderiam enfrentar problemas relacionados à constitucionalidade ou outras incompatibilidades com os respectivos sistemas tributários.

Identificou-se, portanto, o caso da Suíça, que, diante da incompatibilidade do seu sistema com o Pillar 2, aprovou uma emenda constitucional autorizando a alteração de suas regras então preexistentes de modo a possibilitar a adesão do país ao projeto da OCDE.

Em termos práticos, houve um referendo no qual a maioria dos cidadãos suíços aprovaram a introdução das regras do Pillar 1 e do Pillar 2 na legislação interna. A alteração constitucional forneceu a base jurídica para a implementação e a competência ao Parlamento Suíço para introduzir as regras do Pillar 1 e do

¹⁴ ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e a sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 12, ano 6, p. 133-219, São Paulo, IBDT, 2º semestre 2023.

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas fundações do direito tributário internacional? A OCDE, seus Pilares I e II e a covid-19. In: Anais [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2020, p. 82.

Pillar 2 em projetos de lei fiscais federais. Ainda, a emenda constitucional também contém uma disposição transitória que dá autoridade ao Conselho Federal Suíço para introduzir as regras do Pillar 2 por meio de um decreto até que o Parlamento Suíço aprove um projeto de lei fiscal federal sobre o tema.

A emenda constitucional prevê os princípios básicos do Pillar 2, incluindo (i) o alcance da norma para empresas com um volume de negócios anual consolidado superior a 750 milhões de euros; (ii) a alíquota de imposto mínima a ser considerada, correspondente a 15%; (iii) a forma de cálculo da alíquota efetiva do imposto; (iv) as consequências de a taxa de imposto efetiva na Suíça permanecer abaixo da taxa mínima de imposto de 15%, sendo a cobrança de um imposto complementar no valor da diferença por meio do IIR, da UTPR e de um imposto complementar nacional em provável forma de um QDMTT.

Destaca-se que também foi acrescida disposição transitória estipulando que o Conselho Federal Suíço pode alterar o estabelecido, de modo a proporcionar flexibilidade diante do desenvolvimento do Pillar 2 na OCDE e em outras jurisdições.

Mais recentemente, em dezembro de 2023, o Conselho Federal Suíço promulgou a norma de transição prevista na emenda constitucional, a fim de implementar a taxa de imposto mínima a partir de 2024.

Na referida norma, passou-se a adotar oficialmente as Normas de Contabilidade IFRS, emitidas pelo *International Accounting Standards Board* (IASB), de modo a padronizar as questões contábeis envolvidas.

Ainda, restou estabelecido que a Suíça implementaria, em um primeiro momento, apenas o Imposto Mínimo Doméstico (QDMTT), a partir de 1º de janeiro de 2024 – aplicável para exercícios comerciais iniciados em 1º de janeiro de 2024, sendo que o IIR e a UTPR serão alvo de regras posteriores, que dependerão do desenvolvimento do projeto e sua implementação mundial.

Como se pode verificar, a adoção das normas do Pillar 2 na Suíça também encontrava entraves referentes a incompatibilidades de um sistema tributário constitucional, que foram levadas à população por meio de referendo, que trouxe a aprovação das alterações necessárias.

O exemplo da Suíça demonstra a relevância do projeto em termos internacionais, tendo em vista o esforço político que tem sido adotado pelos países desenvolvidos para que haja a adoção ampla do Pillar 2 e, em consequência, a necessária influência para que a adoção das normas se alastre para os demais países, principalmente aqueles que não compõem o G20.

O modelo adotado pela Suíça de emenda constitucional, poderia ser aproveitado pelo Brasil, o que implicaria, no entanto, uma reforma sem precedentes no sistema tributário, com a flexibilização das regras de territorialidade e de igualdade tributária, além de adaptações relevantes no sistema interno de imposto sobre a renda, principalmente.

Vale lembrar que os princípios que regem o sistema tributário brasileiro, em uma primeira leitura, não são considerados como cláusulas pétreas da Carta Magna. Esse é o entendimento do próprio Senado Federal¹⁶, que entende como cláusulas pétreas o “[d]ispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais”.

A mera adoção das normas, via legislação ordinária, certamente traria discussões de cunho constitucional bastante semelhantes ao abordado no julgamento da ADI n. 2.588¹⁷, que considerou parcialmente constitucional a norma do art. 74 da MP n. 2.158-35, que regulamentava a tributação dos lucros das empresas controladas e coligadas no exterior.

Dessa forma, entende-se que a forma suíça de adoção do Pillar 2, e de internalização das regras GloBE, por meio de alteração constitucional, pode servir de interessante inspiração para o Brasil, caso haja a intenção de alinhamento ao padrão OCDE. No entanto, a mera alteração constitucional, não é suficiente para a total compatibilidade das normas, devendo também observar-se critérios contábeis, de política internacional e negociação de tratados, além das regras atuais de tributação em bases universais.

5. Conclusões

Conforme verificado no decorrer do presente estudo, as normas previstas pelo Pillar 2 têm relevância cada dia maior no cenário internacional, sobretudo diante do aspecto globalizado e digital que a economia tem apresentado.

Nesse contexto, diversas são as maneiras que tem se pesquisado para evitar o deslocamento de lucros e a evasão de tributos, diante da possibilidade de utilização de estruturas internacionais em países com baixa ou nenhuma tributação da renda. Uma das estratégias atuais é a adoção das regras GloBE, desenvolvidas no bojo da OCDE, com participação dos países que integram o G20.

¹⁶ BRASIL, Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea#:~:text=S%C3%A3o%20elas%3A%20a%20forma%20federativa,os%20direitos%20e%20garantias%20individuais>.

¹⁷ “EMENTA: TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (‘31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO’). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). APLICAÇÃO DA NOVA METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO TRIBUTO PARA A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS APURADA EM 2001. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000).”

O que se propõe, basicamente, é a instituição de um tributo mínimo global, na alíquota de 15%, que poderá ser cobrado por país diverso daquela da residência, quando não observado pela nação que deveria tributá-lo.

Em observância do sistema tributário brasileiro, entende-se que tais regras poderiam conflitar diretamente com os princípios constitucionais da igualdade e territorialidade, o que nos leva a analisar o modelo suíço de adoção do Pillar 2, que aprovou uma emenda constitucional, por meio de referendo popular, para a adoção das regras.

Embora o modelo suíço traga uma inspiração bastante interessante ao Brasil, entende-se que a adoção das regras do Pillar 2 também dependeria de uma homogeneização de regras internas e infraconstitucionais, de caráter contábil e tributário, além das políticas externas de negociação de tratados.

Fica, portanto, cada vez mais evidente a necessidade de uma política tributária brasileira que observe e esteja apta a se alinhar com grandes alterações de tributação internacional, inclusive para fins de desenvolvimento econômico.

Bibliografia

- AGÊNCIA SENADO. Cláusula pétrea. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea#:~:text=S%C3%A3o%20elas%3A%20a%20forma%20federativa,os%20direitos%20e%20garantias%20individuais>.
- ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e a sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 12, ano 6, p. 133-219, São Paulo, IBDT, 2º semestre 2023.
- ARNOLD, Brian J. The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond, 73 Bull. Intl. Taxn. 12 (2019), *Journal Articles & Papers IBFD*, p. 631-648.
- AVI-YONAH, Reuven. Globalization, Tax Competition, and the Fiscal. Crisis of the Welfare State. *Harvard Law Review* 113/7.
- ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International Effective Minimum Taxation – The GLOBE Proposal, 11 *World Tax Journal*, 2019.
- EY. Switzerland votes to amend Constitution to allow Pillar Two implementation. Disponível em: https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/switzerland-votes-to-amend-constitution-to-allow-pillar-two-impl.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. Análise das propostas do Plano Beps da OCDE/G20 sobre tributação dos serviços digitais a atual situação internacional. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10887/2/NT_PropostasPlanoBEPS_OCDE_G20_Publicacao_Preliminar.pdf.
- DOURADO, Ana Paula. The Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE) in Pillar II, v. 48, Issue 2, *Intertax*, p. 152-156, 2020.

- EUROPEAN COMMISSION. Proposal for a Council Directive on ensuring a global minimum level of taxation for multinational groups in the Union. Disponível em: https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2021-12/COM_2021_823_1_EN_ACT_part1_v11.pdf.
- FOSSATI, Gustavo. Tributação da Economia Digital na esfera Internacional: volume 4 [recurso eletrônico] / Gustavo Fossati e Daniel Giotti de Paula. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. 1 recurso *online* (120 p.). Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/default/files/2023-02/tributacao-da-eco-digital-na-esfera-internacional_vol-4.pdf.
- KPMG. Swiss Federal Council enacts Pillar Two QDMTT. Disponível em: <https://kpmg.com/ch/en/blogs/home/posts/2023/12/swiss-federal-council-enacts-pillar-two-qdmtt.html>.
- MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura; RAUSCH, Aluizio Porcaro. Um novo marco da tributação internacional: *blueprints* para os pilares 1 e 2 da OCDE. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/publicacoes/artigos/um-novo-marco-da-tributacao-internacio-nal-blueprints-para-os-pilares-1-e-2-da-ocde/>.
- NAVARRO, Aitor. Jurisdiction Not to Tax, Tax Sparing Clauses and the Income Inclusion Rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) Proposal: The Demise of a Policy Instrument of Developing Countries? Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper, n. 20-22, 2020.
- OCDE. Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf>.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- PISCITELLI, T. Tributação indireta da economia digital: o Brasil está pronto para aderir às orientações da OCDE? *Revista Direito Tributário Atual* 43 (37), p. 527-547, 2019.
- PROKISCH, Ranier. International Taxation in Times of the Digitized Economy. *In: Anais* [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2020.
- PwC. Switzerland is on schedule to implement Pillar 2 rules by 1 January 2024. Disponível em: <https://www.pwc.ch/en/insights/tax/switzerland-schedule-to-implement-pillar-2-by-january-2024.html>.
- SCAFF, Fernando Facury. Reforma tributária, a cláusula pétrea do federalismo e o STF. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-16/contas-vista-re>

forma-tributaria-clausula-petrea-federalismo-stf/#:~:text=Cl%C3%A1usulas%20p%C3%A9treas%20s%C3%A3o%20aquelas%20normas,constitucional%20tendente%20a%20aboli%2Dlas.

SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas fundações do direito tributário internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a covid-19. *In*: Anais [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2020.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Tributação internacional em tempos de economia digitalizada: entre a decisão de como alocar o direito de tributar (fonte x residência) e a realidade brasileira. *In*: Anais [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP.

Some Reflections on the Prohibition of Collateral Benefits in the GloBE Model Rules¹

Daniel Gutmann

One of the main challenges connected to the implementation of the GloBE Model rules in domestic legislations is for low-tax jurisdictions to decide whether they want to enact domestic minimum top-up taxes and, if so, to ensure that such domestic minimum taxes are qualified and can be rewarded with a beautiful acronym: “QDMTT”.

A lot has been written and said on how to make such decisions, especially for developing countries which may have designed their tax system in an attractive manner for foreign investors and chosen to offer tax incentives in order to foster their own economic development. For them, establishing a QDMTT raises serious issues in terms of administrability, competitiveness and ultimately tax and economic sovereignty.

Enacting a QDMTT may also raise legal questions relating to the need to abide by simultaneous and potentially conflicting international commitments. It is indeed well known that many countries have entered into international investment agreements (IIAs) that are legally binding ; these IIAs may enshrine a tax component under which some investors are protected against any unfavorable evolution of tax legislation, and the question is therefore whether jurisdictions that contemplate introducing a QDMTT face the risk of being brought into investor-State disputes and of paying high damages to foreign investors.

Against this background, there is a temptation for a number of States to try to avoid making difficult choices². In practice, some States may wish to enact a QDMTT on the one hand, and to compensate foreign MNE groups by other means such as direct subsidies, refund of taxes or levies outside the scope of GloBE rules, or other benefits. This appears to be an attractive solution insofar as GloBE rules are respected on the paper but foreign investors do not end up being worse off (or significantly worse off) than before, which is a way to preserve attractiveness on the economic side and to be in a better position in the event that a foreign investor starts litigating on the basis of an applicable IIA.

¹ These reflections are still in progress. This paper is therefore nothing more than a working paper that the author may improve and complete in the future.

² Examples of Vietnam and Singapore (and others) are already commented in literature. See R. Avi-Yonah, Pillar 2 and Specific Benefits for Multinationals, *Tax Notes Int'l*, July 22, 2024, p. 507; M. A. Sullivan, Will Singapore's Refundable Investment Credit Trigger Pillar 2 Tax?, *Tax Notes Int'l*, May 13, 2024, p. 995; M. A. Sullivan, Vietnam Pillar 2 Revenue to Be Funneled Into New FDI Incentives, *Tax Notes Int'l*, May 25, 2024, p. 1325; S. V. Kostic', Pillar 2 and alternatives for attracting (as well as keeping) foreign investments, *Kluwer International Tax Blog*, August 14, 2024.

The Inclusive Framework is well aware of this temptation and tries to prevent any frustration of the integrity of the GloBE rules. An anti-abuse rule has therefore been included in the definition of the QDMTT provided by Article 10 of the Model Rules. Paragraph (c) of this definition provides that the minimum tax “is implemented and administered in a way that is consistent with the outcomes provided for under the GloBE Rules and the Commentary, *provided that such jurisdiction does not provide any benefits that are related to such rules*”. The last part of the sentence is often presented as forbidding “collateral benefits” or as laying down a “no-benefit requirement” (NBR)³.

This short paper does not intend to present general views on the opportunity to adopt, or not to adopt, a QDMTT⁴. Nor does it offer a legal analysis of the question whether enacting a QDMTT automatically clashes with IIAs: without entering into details, let us only observe that this clash is far from systematic and really deserves a case-by-case analysis based on the nature and content of the applicable investment instrument⁵. Rather, this paper would like to ask simple questions: assuming that a QDMTT clashes with an obligation for a State to freeze the tax burden of certain categories of investors, are collateral benefits necessarily illegitimate from an international law perspective and are they clearly against the spirit of the GloBE rules? In other words, is the Inclusive Framework right in chasing all types of attempts to mitigate the effects of DMTTs?

In order to answer this question, it is necessary to start with a presentation of the spirit and legal foundation of the NBR. In a second step, the author will try to explain why an overly extensive interpretation of the NBR would be open to criticism in cases where low-tax countries have to comply with mutually incompatible legal constraints.

1. The spirit of the NBR, as said above, is to make sure that jurisdictions that enact QDMTTs do not undermine the fundamental goal of QDMTTs which is to effectively trigger a top-up tax in the low-tax jurisdiction where one or several constituent entities of the group are located, rather than in the jurisdiction of the ultimate parent entity of the group. The NBR is based on the value of consistency in State behavior: a State cannot possibly act in one way (by levying a QDMTT) and then do exactly the opposite (refunding that QDMTT) through untransparent means.

³ The same NBR can be found in the definition of “Qualified IIR” and “Qualified UPTR” provided by Article 10 of the Model Rules.

⁴ On this topic, see for instance A. Christians, T. Lassourd, K. Mataba, E. Ogbebor, A. Readhead, S. Shay and Z. Pouga Tinhaga, *A Guide for Developing Countries on How to Understand and Adapt to the Global Minimum Tax*, IISD/ISLP, April 2023.

⁵ On this topic, and to keep this footnote short: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *The Global Minimum Tax and Investment Treaties: Exploring Policy Options*, IIA Issues Note, November 2023, Issue 4.

International law specialists are familiar with this idea that States should act in a coherent manner: this idea is called good faith. In the context of treaties, good faith is required from all contracting parties and Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) provides that “every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”. Article 31. 1. adds that “a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”, and other articles of the VCLT make an explicit⁶ or implicit⁷ reference to good faith to delineate the obligations of the parties to a treaty. More generally, the International Court of Justice holds that “one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith”⁸.

What does good faith mean? It requires intellectual honesty in the manner in which a treaty is observed. It demands observance of treaty provisions according not only to their letter but also to their spirit. A State behaves in good faith when it does its best to guarantee the effectiveness of the treaty and does not make abuse of the prerogatives which it derives from the treaty.

Well, that is exactly what the NBR is about: prohibiting collateral benefits intends to foster the effectiveness of the QDMTT and to prevent self-contradiction in the implementation of GloBE Rules. The NBR is nothing else than an importation of the good faith principle into the world of Pillar Two.

The reader is well-aware that the good faith principle belongs to the world of international law, namely to the world of international treaties. The good faith principle may also serve as a yardstick to assess the interpretation and implementation of unilateral acts taken by States, where such unilateral acts are legally binding⁹. However, the GloBE rules do not possess the legal nature of binding rules. They are not enshrined in a multilateral treaty. They are a model which serves as a reference for all jurisdictions that wish to adopt domestic legislations with a view to reaching a minimum level of taxation of MNE groups. Because GloBE rules are not binding, nor can they be considered as equivalent to a collection of binding unilateral acts taken by the members of the Inclusive Framework.

One must therefore acknowledge that the transposition of the good faith principle in the GloBE Model rules is not legally self-evident.

From a political standpoint, the introduction of the good faith paradigm into the GloBE system is not surprising. Pillar Two rules require a high level of coordination between jurisdictions that have chosen to act together in order to fight

⁶ Articles 46.2 and 49.2.(b) VCLT.

⁷ See for instance Art. 18 VCLT on the obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force.

⁸ ICJ, 20 Dec. 1974, Nuclear Tests Case (Australia v. France), para. 46.

⁹ ICJ, 20 Dec. 1974, Nuclear Tests Case (Australia v. France), para. 46.

base erosion at global level. While the Model rules are not a treaty, they are “part of a common approach”¹⁰, namely of an institutional reality which is somewhere in between unilateral action without coordination and collective decision-making through a binding legal instrument. As the Inclusive Framework puts it, “a jurisdiction that joins the common approach is not required to adopt the GloBE Rules but, if it chooses to do so, it agrees to implement and administer them in a way that is consistent with the outcome provided under the GloBE Rules and the commentary on the GloBE Rules [...]”. The language used to define the concept of “common approach” and the “qualified” character of the QDMTT is identical: this is no coincidence and this shows that notwithstanding the absence of a treaty between the members of the Inclusive Framework, the “common approach” and the concept of “qualified rules” heavily rely on mutual trust and good faith.

The similarity between a multilateral treaty and the collective “common approach” reflected in the Model Rules explains why the author, together with others, wrote in another paper that the GloBE rules have a substantive international nature and that the principles of treaty interpretation of the VCLT should therefore apply by analogy to the Model Rules¹¹.

The question however remains whether the rules of the Vienna convention should also be applicable by analogy when they do not relate to interpretation but rather deal with *implementation*. While the participating jurisdictions in the Inclusive Framework can be deemed to have agreed on the intellectual content of the Model rules (which is the essence of a Model and justifies a uniform methodology of interpretation), the truth is that they have not agreed to transform the Model Rules into a binding legal instrument. It is therefore not obvious that the standard used to test the correct implementation of a treaty should be transposed to GloBE rules which, at the end of the day, have a non-binding character.

To sum up, introducing a good faith requirement in the operation of the Model Rules is understandable from a political perspective but does not go without saying from a purely legal perspective.

Certainly, one could object to this reasoning that the legal effect of the infringement of the NBR is in any event not comparable to the effect which is attributable to the infringement of an ordinary treaty. If a jurisdiction decides to provide collateral benefits to compensate the effects of a QDMTT, no other jurisdiction will have the right to initiate a legal action before the ICJ; no countermeasures can legally be justified; no treaty can be terminated, etc. It is therefore beyond doubt that the legal consequences of not playing by the rules in good faith

¹⁰ Introduction of the Commentary to the GloBE rules, § 1.

¹¹ R. Danon, D. Gutmann, G. Maisto and A. Martin Jimenez, The Global Anti-Base Erosion (GloBE) Rules and Tax Certainty: A Proposed Architecture to Prevent and Resolve GloBE Disputes, *International Tax Studies*, 2023 (vol. 6), No. 2, § 3.1.1.

are not comparable to those that apply where a treaty is being wrongly implemented.

The consequence of providing collateral benefits is that a domestic minimum top-up tax will not be regarded as “qualified” by other jurisdictions sharing the common approach. The enacting jurisdiction will therefore not be “violating” a treaty; it will only have to face the consequences of a misapplication of the GloBE rules, which consist in reactivating the income inclusion rule at the level of the ultimate parent entity¹². The GloBE game is designed in such a way that it is able to defend itself against bad players; it does not directly punish bad players but it ascertains that the desired tax outcome at global level happens regardless of the way the game is being played.

In practice, however, the self-defence mechanism enshrined in the GloBE system definitely amounts to penalizing the jurisdiction which decides to enact collateral benefits. By refusing to regard the domestic top-up tax as a qualified one, the system mechanically triggers cases of double taxation which are likely to deter investment in the country that has enacted the domestic top-up tax. It may even create a situation where the investor is eventually worse-off than if no domestic tax had been introduced (because in the latter case, there would have been only one level of supplementary taxation, in the jurisdiction of the ultimate parent entity).

More fundamentally, the ultimate question is whether the self-defence mechanism provided by the GloBE rules should systematically be triggered by the existence of collateral benefits. While it is intellectually easy to understand that the common approach should be based on a coordinated way of implementing rules, one cannot disregard, once again, the fact that the Model rules are not legally binding. This is not an accident; it is an essential dimension of the GloBE project and one may guess that many States would not have joined the GloBE project if the goal had been to reach a binding agreement. This shows that the GloBE system is intended to leave more leeway to the States than a multilateral agreement and that participating jurisdictions have certainly not agreed to abstain from enacting corporate tax measures if those measures are not forbidden by the GloBE package. They have been even less willing to commit themselves to other areas than tax, such as customs duties, social contributions or others. While the common approach certainly creates a political obligation to move along the path explicitly described in the Model rules, it is doubtful that unwritten or unclear constraints have been understood as equally compelling by many members of the Inclusive framework.

¹² The technical effect of “de-qualification” of the [Q]DMTT is actually unclear in many respects, as correctly shown by L. den Ridder, P. Ruige and M. de Wilde, *Fiscal Subsidies Aspirers Beware of the No Benefit Requirement in Pillar Two*, *Kluwer International Tax Blog*, September 18, 2023.

This author does not intend to say that the prohibition of collateral benefits should be repealed but rather pleads in favour of a strict interpretation of the conditions under which a domestic top-up tax should cease to be qualified. This is particularly the case where collateral benefits are awarded in a context where a State has entered into a binding investment agreement before GloBE rules were agreed by the Inclusive Framework.

2. The GloBE rules have been conceived with a view to covering virtually all situations where an MNE group is subject to an effective tax burden lower than 15% in a jurisdiction. While some exceptions have been provided in order to preserve, for instance, the possibility for all jurisdictions to maintain their participation-exemption system, to exempt certain entities or even to grant “qualified” tax credits, the scope of these mechanisms is rather narrow and does not include tax breaks granted in the context of IIAs.

Taking a step back, this is a little bit surprising. One might have expected the members of the Inclusive Framework to take into account the fact that IIAs pursue legitimate objectives even though there is room for debate on their ability to effectively reach their goals in terms of economic development. Because negotiations which took place in the context of the design of Pillar Two were certainly not the proper forum to discuss whether IIAs providing for tax breaks are suitable to their objectives, one might at least have decided to grandfather these mechanisms within GloBE.

Besides, it is somehow paradoxical to note that the GloBE Model rules seem to take little care of normative conflicts between domestic legislations and international agreements, while international law tries to prevent situations of conflicting treaties. Let it be reminded that according to Article 31 3 (c) of the VCLT, a treaty must be interpreted by taking into account, together with the context, any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. The paradox is that several binding agreements are expected to be reconciled harmoniously, while the Inclusive Framework did not bother to encourage countries to simply disregard their international commitments through domestic measures.

There could have been a case, in other words, for an exception to the IIR in situations where the effective tax rate in a jurisdiction is below 15% because of a binding legal obligation of that jurisdiction.

This being said, it is now too late to change the rules and jurisdictions that grant tax breaks under IIAs are now obliged to face a difficult choice between several options.

The first option consists in not adopting a QDMTT, thereby letting foreign jurisdictions to receive budgetary resources that were forgone in the context of IIAs.

The second option consists in adopting a QDMTT with a general scope, with an explicit exemption for MNE groups which enjoy the protection of IIAs. The

risk of such an option is that the QDMTT would not qualify for GloBE purposes, which is certainly questionable in light of the need for jurisdictions that are bound by IIAs to comply with their international commitments.

The third option, which is practically equivalent to the second one, consists in adopting a QDMTT with a general scope and no exception for MNE groups which enjoy the protection of IIAs, but in providing other benefits for these groups (and for them only) that are financially equivalent to the extra tax burden generated by the QDMTT. The risk of this third option is again for the QDMTT to be considered as non-qualifying for GloBE purposes, unless one finds a good argument to argue that these benefits are not “collateral benefits” as intended in the OECD doctrine.

The path of the third option is extremely narrow. A collateral benefit is incompatible with QDMTT recognition if this benefit “relates” to the QDMTT rules. The Commentary of the GloBE Rules mentions that “the phrase ‘related to such rules’ is intentionally drafted with broad language to take into account different mechanisms through which the benefit is provided”¹³. It also clarifies that the prohibition of collateral benefits is not intended to restrict the ability of a jurisdiction to make changes to the design of its corporate system as long as such changes “do not result in MNE Groups achieving overall tax outcomes that are inconsistent with the outcomes provided for under the GloBE Rules and their Commentary”¹⁴. In substance, what really worries the Inclusive Framework is the actual outcome of collateral benefits: if this outcome leads to a financial burden which is lower than that borne under the ordinary GloBE rules, then the benefit entails the loss of QDMTT status, regardless of the reason why a collateral benefit has been granted.

However, the author submits that another interpretation of the phrase “related to such rules” might be considered. Indeed, the GloBE rules should be interpreted by taking into account their object and purpose. This object and purpose is certainly not easy to identify. As shown by several authors¹⁵, the ultimate goal of Pillar Two has evolved over time and is now very complex to define: while the original idea was to curb base erosion and profit shifting, the idea also emerged that minimum taxation should in reality mainly aim at reducing the intensity of tax competition. With the adoption of the substance-based income exclusion and the introduction of the QDMTT in the general architecture of Pillar Two, one must acknowledge that tax competition regarding excess profits taxed above the 15% level can still remain effective notwithstanding the GloBE Rules. This said, it

¹³ Commentary on Chapter 10, “Definitions”, § 123 (applicable to the qualified IIR).

¹⁴ Commentary on Chapter 10, “Definitions”, § 116 (applicable to the QDMTT).

¹⁵ J. Englisch, *GloBE Rules and Tax Competition*, Intertax, 2022, Vol. 50, Issue 12, p. 859; V. Perry, *Pillar 2, Tax Competition, and Low Income Sub-Saharan African Countries*, Intertax, 2023, Vol. 51, Issue 2, p. 105.

seems fair to maintain the idea that these rules have always tried, and still try, to curb international tax planning structures that use low-tax jurisdictions (including notably financing centres or investment hubs) where entities are established without significant economic substance. In many respects, the system has not fundamentally deviated from its initial BEPS-inspiration and should therefore be interpreted, as much as possible, in such a way to prevent structural intrusion into the choices of economic policy made by States for their development.

Against this background, one could argue that the under third option, collateral benefits granted with a view to complying with pre-GloBE international binding agreements should not be characterized as “related to” the QDMTT as such. Of course, it would not be enough for States around the world to agree on such an interpretation of the NBR; it would also be necessary for dispute-settlement bodies to accept the idea that the existence of collateral benefits may offset the QDMTT for the purpose of assessing whether there is a violation of IIAs. Whether they would agree to this reasoning is beyond the scope of this article.

In conclusion, it is important to clarify that the purpose of this paper is not to encourage jurisdictions to circumvent the GloBE rules by introducing collateral benefits. It is simply to invite the Inclusive Framework to practice the art of distinguishing: the context in which collateral benefits are introduced seems very different depending on whether their purpose is to guarantee compliance with a binding legal commitment, or to render the GloBE mechanism ineffective for all MNE groups.

Desafios para o Estabelecimento Permanente no Mundo Digital

Doris Canen

LLM em Tributário Internacional pela King's College de Londres (Bolsa Chevening),
graduada em direito tributário pela FGV-Rio, Bacharel e Mestre em direito
pela UCAM Universidade Cândido Mendes. Conselheira da ABDF.

Introdução

A digitalização está na pauta de quase todas as reuniões envolvendo novos negócios e está sendo extremamente positiva do ponto de vista das comunicações e do consumidor. Essa mesma digitalização resulta em mudanças nos produtos e nas formas de fazer negócios das empresas tradicionais como Microsoft e Sony, além da criação de empresas com conteúdos não pensados nem possíveis anteriormente, como Spotify.

Um bom exemplo de como a internet tem alterado as dinâmicas negociais pode ser verificado no crescimento exponencial de empresas que oferecem salas *online* para reuniões, como o aplicativo Zoom, que, em 2024, tem mais de 300 milhões de usuários ativos diários em 2024¹.

No que tange ao tema deste artigo – que é a dificuldade da conceituação do estabelecimento permanente em vista dos negócios digitais –, Luís Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Pereira² ensinam que:

É notório o fato de que, atualmente, diversos agentes econômicos são capazes de manter presença econômica em determinada jurisdição fiscal, de modo a ter acesso ao mercado consumidor, através de plataformas digitais, sem, no entanto, possuir qualquer presença física. Corre-se o risco, neste sentido, de que os lucros decorrentes da exploração do comércio digital sejam tributados exclusivamente na jurisdição fiscal de residência do agente econômico, frequentemente de baixa pressão fiscal.

A eventual reformulação futura do conceito tradicional de estabelecimento permanente – notoriamente ultrapassado e incapaz de lidar com a realidade atual do crescimento da importância do comércio digital – mediante a introdução do conceito de “estabelecimento permanente digital” (virtual PE), pode ser um importante atrativo para que o Brasil venha a alterar a postura historicamente adotada no tocante à figura do estabelecimento permanente.

Outrossim, conforme ensina Sérgio André Rocha, o ponto de partida da definição de estabelecimento permanente residiria no fato dele se constituir

¹ Disponível em: <https://www.demandsage.com/zoom-statistics/>.

² SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz. *Tributação internacional e o direito interno*. Porto Alegre: CEU Law School, 2018.

como uma “instalação fixa de negócios mediante a qual uma empresa exerça toda ou parte de sua atividade”³. Citando, em complementação, a definição trazida por Alberto Xavier: “são, pois, características do estabelecimento permanente a existência de uma instalação material, com caráter de permanência, que esteja à disposição da empresa, a qual deve exercer sua atividade nesta instalação ou por meio desta instalação”⁴.

Assim, diante de um cenário em que os fatos geradores dos lucros não mais se concentram em uma determinada localidade, como determinar a quem compete o direito de cobrar uma parcela sobre esses valores? Conforme será analisado a seguir, o reconhecimento de um estabelecimento permanente tem se tornado cada vez mais um desafio.

1. O conceito de estabelecimento permanente nas Convenções Modelo da ONU e da OCDE

Historicamente, o conceito de estabelecimento permanente surgiu como uma solução para abordar a dupla tributação de empresas que desenvolvem seus negócios e múltiplas localizações. Criado em 1977, o conceito evoluiu ao longo do tempo, mas o artigo 5 do modelo da OCDE e a convenção multilateral não abordam toda a complexidade da economia digital.

Em relação à ONU, o artigo 5 da Convenção Modelo⁵ adota a mesma abordagem, definindo o estabelecimento permanente como um “local fixo de negócios”, com exceções aplicáveis para atividades preparatórias ou auxiliares. O conceito foi desenvolvido em uma época em que o comércio se concentrava em itens tangíveis e a comunicação internacional era extremamente lenta⁶. De acordo com o artigo 7 do modelo da OCDE, uma empresa seria tributada onde conduz seus negócios, a menos que tenha um estabelecimento permanente conforme definido no artigo 5. Segundo o artigo 5 do modelo da OCDE, um estabelecimento permanente é definido como um “local fixo de negócios”.

Duas categorias de estabelecimento permanente são abordadas pelo modelo da OCDE: o estabelecimento permanente físico e o estabelecimento permanente por agência. Certas funções são excluídas da qualificação de estabelecimento permanente, com as funções preparatórias ou auxiliares das atividades que poderiam qualificar um local fixo de negócios.

³ ROCHA, Sérgio André. *Estudos de direito tributário internacional*. Rio de Janeiro: , 2016, p. 14.

⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 632 apud. ROCHA, Sérgio André. *Estudos de direito tributário internacional*, 2016, p. 14.

⁵ United Nations, Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries (2017).

⁶ KOBESTSKY, Michael. *International Taxation of Permanent Establishments Principles and Policy*, Chapter 4 History of tax treaties and the permanent establishment concept, Cambridge University Press (7 September 2011), p. 106-151.

Como observado por Jonathan Schwarz em “Schwarz on Tax Treaties”, a definição é constante e tem sido pressionada recentemente, mas apenas algumas evoluções impactaram o conceito⁷.

2. As poucas evoluções do comentário sob o artigo 5 do Modelo da OCDE

O comentário sob o artigo do Modelo da OCDE foi alterado várias vezes desde 1977 até a presente data. O comentário fornece exemplos interessantes de como a evolução da tecnologia impactou o conceito de estabelecimento permanente. Um exemplo é o dos satélites (parágrafo 27)⁸. Outro exemplo é para funções automáticas e equipamentos de computador (parágrafos 123 e 125)⁹.

Quando o desafio permanece na localização e no funcionamento de tal equipamento (dados/sinal), o comentário sobre o equipamento de computação, no entanto, permanece focado na localização do equipamento e na condição de estar fixo.

O Modelo da OCDE sobre servidores acrescenta comentários interessantes sobre a relevância dos critérios de mobilidade: “No caso de um servidor, o que é relevante não é a possibilidade de o servidor ser movido, mas se ele é, de fato, movido. Para constituir um estabelecimento permanente, um servidor precisará estar localizado em um determinado lugar por um período suficiente de tempo para se tornar fixo no sentido do parágrafo 1”¹⁰.

De qualquer forma, isso pode ser visto como não relevante hoje, um servidor que seria fixo e não movido, mas com o único propósito de ser um servidor de *backup*, é um estabelecimento permanente ou um local de armazenamento e, portanto, auxiliar?

Mesmo para servidores que seriam utilizados no processo de fazer negócios, se considerarmos os dados em si, por que o servidor não seria caracterizado como um local de armazenamento, e, portanto, não constitutivo de um estabelecimento permanente? O papel do servidor será fundamental. Se o armazenamento de dados for feito no curso da prestação de serviços a clientes locais, as operações seriam qualificadas como operações comerciais.

⁷ SCHWARZ, J. Schwarz on Tax Treaties, Chapter 7, para 7.05, Permanent Establishment Wolters Kluwer Law International, 2021

⁸ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Commentary on article 5 concerning the definition of permanent establishment, p. 122.

⁹ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Commentary on article 5 concerning the definition of permanent establishment, p. 152.

¹⁰ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Commentary on article 5 concerning the definition of permanent establishment, p. 152.

Vale destacar que a Suécia manteve a qualificação de um servidor como um estabelecimento permanente. Em uma declaração datada de 29 de novembro de 2018¹¹, as autoridades fiscais suecas afirmaram que um servidor usado por uma empresa sem negócios ou funcionários na Suécia pode constituir um estabelecimento permanente. A operação de hospedagem do servidor para fornecer serviços aos clientes faz parte da atividade comercial e não seria considerada auxiliar.

Em relação aos satélites, a área onde o sinal é recebido foi rejeitada pela OCDE como sendo um local de negócios. É mais provável que a solução seja a mesma para serviços *online*, principalmente correspondendo à publicidade e, portanto, direcionando consumidores em um local específico. O lugar onde os consumidores acessam os serviços ou, de fato, visualizam a publicidade não será considerado o local de negócios. Nesse sentido, a mesma abordagem foi adotada para o *roaming* (parágrafo 38)¹².

Com relação ao *website*, é mais provável que seja excluída a qualificação de estabelecimento permanente devido à multiplicidade de operações no processo de negócios (por exemplo, hospedagem, geralmente sem propriedade tangível).

Entretanto vale destacar as experiências de Israel entende que se o *website* de uma empresa foi adaptado aos clientes israelenses (com tradução para o hebraico, moeda local etc.), constituiria uma presença digital significativa¹³.

O caso de servidores físicos, como visto anteriormente, embora possa levar a conclusões distintas (localização física e transações automáticas), parece já estar muito distante da forma como os negócios digitais estão estruturados atualmente. A maioria dos negócios digitais não possui servidores físicos; todos os dados estão na nuvem e, a menos que a empresa seja uma provedora de armazenamento de dados, não estará em uma situação em que um estabelecimento permanente seria localizado na localização do seu provedor de armazenamento de dados. Se isso pode mudar com o modelo de IA e a implementação de nuvem interna para desenvolver aprendizado de máquina, pode ser uma tendência, mas não um padrão no setor¹⁴.

É importante notar que, em muitos casos, os dados estão em múltiplos locais e empresas se especializaram em fornecer transferências entre esses locais e de nuvem para nuvem.

Na Convenção Multilateral¹⁵, infelizmente, ainda não foram implementadas mudanças significativas. Embora um dos objetivos fosse abordar a economia digi-

¹¹ Sweden, Tax Agency, 11/29/18 Guidance n° 202 493137-18/111.

¹² OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Commentary on article 5 concerning the definition of permanent establishment, p. 125.

¹³ Disponível em: <https://orbitax.com/news/archive.php/Israel-Adopts-Virtual-PE-Conce-19025>.

¹⁴ POPPER, Ben. Are clouds having their on-prem moment? February 20, 2023. Disponível em: <https://stackoverflow.blog/2023/02/20/are-companies-shifting-away-from-public-clouds/>.

¹⁵ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS.

tal, muitos Estados rejeitaram a inovação e mantiveram em mente o modelo tradicional, resultando em não refletir os novos modelos de negócios que foram estabelecidos na economia digital. Caso tais atividades fossem consideradas, a exceção ao conceito de estabelecimento permanente do artigo 5 (4) ainda poderia ser aplicável às atividades digitais, pois muitas delas poderiam ser incluídas no conceito de atividades preparatórias ou auxiliares¹⁶.

Vale mencionar, também, o conceito de estabelecimento permanente na Declaração País por País, oriunda da Ação 13 do BEPS, que segue a definição dos tratados (no Brasil, art. 2º, IV, da IN 1.681/2016) e do CRS.

3. A ineficácia do conceito de estabelecimento permanente para a economia digital

A economia digital avança mais rapidamente do que a possível evolução do conceito de estabelecimento permanente e realmente questiona a relevância do conceito atual. As estruturas empresariais são múltiplas e, de certa forma, difíceis de fixar na economia digital, mas algumas tendências podem ser notadas:

- (i) A localização da gestão está, na maioria das vezes, em um lugar diferente das equipes de marketing/comercial e em um lugar diferente novamente do armazenamento de dados.
- (ii) Muitas empresas digitais têm uma sede em um Estado com diretores de outros Estados e desenvolvedores e equipes em um terceiro.
- (iii) Também é comum que, dependendo da legislação local sobre tributos e leis sociais, as filiais e/ou subsidiárias sejam registradas localmente onde estão as equipes de P&D ou marketing, mas isso nem sempre acontece.

Alguns poderiam dizer que a definição de estabelecimento permanente como um local fixo de negócios aqui é realmente relevante. Por que não tributar uma empresa do setor digital no local onde a gestão está localizada? Os recursos dos Estados e o direito de tributar estão aqui no centro do raciocínio, quando esses locais não são aqueles onde os clientes estão localizados.

Quando os clientes estão em um Estado, os dados em outro Estado e a gestão em um terceiro, por que o Estado da gestão teria o direito de tributar quando há um consenso de que o valor está nos clientes (ou seja, nos dados, não importa onde estejam armazenados)?

Evidente que o conceito de estabelecimento permanente não aborda plenamente essas novas formas de fazer negócios. O principal impacto da economia

¹⁶ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. and OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>

digital sobre o conceito de estabelecimento permanente parece ser a perda de relevância do conceito conforme definido originalmente até os dias de hoje. A principal observação que pode ser feita neste estágio é a baixa tributação da economia digital (devido à mobilidade, localização do valor etc.). Muitas empresas, nesse sentido, têm uma alíquota efetiva de imposto muito baixa, levando à erosão da base tributária em vista da dificuldade em tributar a nova forma de fazer negócios que envolve a mobilidade dos funcionários e das empresas, bem como o raciocínio atual baseado na localização do negócio.

A economia digital é muito mais móvel do que os negócios tradicionais e há cada vez menos locais fixos de negócios.

Não à toa, a Ação 1 do BEPS, que trata da economia digital, é a única ainda sem conclusão e os debates do Pillar 1 estão estagnados.

4. Ações BEPS

4.1. Ação 7

O relatório final da Ação 7¹⁷ aborda particularmente a evitação artificial do *status* de estabelecimento permanente. Foca principalmente em arranjos de comissionário e em exceções específicas no artigo 5¹⁸ e evitar o enquadramento no conceito de estabelecimento permanente de forma artificial.

Esses são esforços significativos, mas nem sempre bem adaptados à economia digital. Nos relatórios da Ação 7, as exceções no artigo 5 foram vistas como as mais impactadas pela economia digital. A forma como as regras foram desenvolvidas, ou seja, visando atividades preparatórias e auxiliares, parece conceder isenção total às atividades digitais. Como afirmado no resumo executivo do relatório final da Ação 7 do BEPS¹⁹:

Dependendo das circunstâncias, atividades anteriormente consideradas meramente preparatórias ou auxiliares podem, atualmente, corresponder a atividades principais de negócios. Para garantir que os lucros derivados de atividades principais realizadas em um país possam ser tributados nesse país, o Artigo 5(4) é modificado para assegurar que cada uma das exceções nele incluídas seja restrita a atividades que sejam, de outra forma, de caráter “preparatório ou auxiliar”. Um exemplo a esse respeito é o das atividades de comércio eletrônico. Um equipamento de computador poderia constituir um estabelecimento permanente se as

¹⁷ OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

¹⁸ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

¹⁹ OECD (2015), Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

funções realizadas por meio desse equipamento não forem preparatórias ou auxiliares.

Segundo Jonathan Schwarz²⁰, nesse sentido, um exemplo seria o de um *e-tailer*. Funções realizadas automaticamente por meio do *site* em um servidor poderiam constituir um estabelecimento permanente. No entanto, o principal impacto da Ação 7 do BEPS estava relacionado à precificação de transferência, e não ao estabelecimento permanente. A Ação relevante do BEPS seria, então, a Ação 1, conforme descrito abaixo.

4.2. Ação 1

A Ação 1 focou apenas na economia digital²¹. No relatório final de 2015, a conclusão foi clara²²:

Em muitos modelos de negócios da economia digital, uma empresa não residente pode interagir com clientes em um país remotamente por meio de um site ou outros meios digitais (por exemplo, um aplicativo em um dispositivo móvel) sem manter uma presença física no país. A crescente dependência de processos automatizados pode diminuir ainda mais a necessidade de uma presença física local. As leis domésticas da maioria dos países exigem algum grau de presença física antes que os lucros comerciais estejam sujeitos à tributação. Além disso, de acordo com os Artigos 5 e 7 da Convenção Modelo da OCDE sobre Imposto de Renda, uma empresa está sujeita a imposto sobre seus lucros comerciais em um país do qual é não residente apenas se tiver um estabelecimento permanente (EP) nesse país. Assim, essa empresa não residente pode não estar sujeita a imposto no país em que possui clientes.

Quais são, então, as soluções? As discussões entre os membros da OCDE se concentraram no significado de uma presença digital significativa, na abordagem do *nexus*²³ e no imposto retido na fonte sobre serviços digitais²⁴.

A abordagem do nexo de tributação tende a refletir a realidade dos negócios digitais, mas aborda múltiplos fatores a serem considerados: fatores digitais

²⁰ Schwarz, J. Schwarz on Tax Treaties, Chapter 7, para 7.05, Permanent Establishment Wolters Kluwer Law International, 2021.

²¹ OECD (2015b), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, chapter 5. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

²² OECD (2015b), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, chapter 5, paragraph 184. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

²³ OECD (2015b), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, chapter 7, paragraph 277. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

²⁴ OECD (2015b), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, chapter 7, paragraph 292. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

(nome de domínio local; plataforma digital local, opções de pagamento locais) e também fatores baseados em receita.

Outros fatores descritos no relatório da Ação 1 do BEPS são baseados em usuários (usuários ativos mensais, conclusão de contratos *online*, dados coletados).

Todos esses fatores poderiam ser combinados. No entanto, nenhuma dessas soluções foi conclusiva.

O relatório de 2018 interino da OCDE sobre os desafios fiscais da economia digital²⁵ discutiu o conceito de valor gerado pelo usuário, mas novamente essas discussões não foram no sentido de uma nova definição de estabelecimento permanente. Como mencionado no relatório:

Na época em que o Relatório da Ação 1 foi adotado, no entanto, nenhum acordo havia sido alcançado entre os países participantes do Projeto BEPS sobre a escala real e o impacto desses desafios fiscais diretos mais amplos. Em particular, nenhuma visão comum surgiu sobre se mudanças que vão além das medidas propostas no pacote BEPS eram justificadas. O resultado foi que nenhuma das opções potenciais discutidas no Relatório da Ação 1 foi adotada como padrões internacionais acordados. No entanto, foi reconhecido que os países poderiam introduzir qualquer uma dessas opções em suas legislações internas, desde que respeitassem os tratados fiscais existentes e outras obrigações internacionais.

A observação feita aqui é clara sobre o fato de que é muito difícil alcançar um acordo entre os países sobre esse assunto. A falta de consenso demonstra as dificuldades em abordar o setor digital. A maioria dos países está implementando o “Digital Services Tax” sobre transações digitais²⁶.

5. Casos concretos internacionais

5.1. Google – França

O Caso Google na França ilustra como as empresas estão organizadas no setor digital e como isso afeta a relevância do conceito de estabelecimento permanente. Se tomarmos o exemplo do Google na França, o caso é notavelmente interessante em relação ao conceito de estabelecimento permanente. O Tribunal Administrativo de Paris²⁷ decidiu que o Google não deveria ser tributado na França.

Essencial aqui é a compreensão dos fatos. O Google França possui escritórios em Paris, França. Funcionários baseados na França eram responsáveis pela oferta do Google conhecida como AdWords (publicidade *online*). O AdWords pode ser

²⁵ OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

²⁶ OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

²⁷ France vs. Google, CAA Paris, 25 April 2019, 17PA03067 e 17PA03068.

oferecido por meio de um arranjo de organização de vendas diretas (DSO), que, no caso em questão, eram gerenciados a partir da França. As autoridades fiscais francesas tentaram qualificar um estabelecimento permanente na França com base no fato de que o Google França estava envolvido nas negociações com os consultores de DSO.

No entanto, o Tribunal decidiu que não há estabelecimento permanente da Google Irlanda na França, com base no fato de que os riscos financeiros não eram suportados pelo Google França e que a empresa francesa tinha sua receita baseada em um acordo de marketing e vendas com o Google Irlanda, que é uma empresa irmã.

A estrutura do Google, à época, estava em evidência e ilustra as dificuldades em abordar a questão (vale ressaltar que o Google enfrentou a mesma autuação na Itália e realizou acordo)²⁸.

5.2. As novas organizações Web3

Outro exemplo que pode ser ainda mais relevante, pois ilustra os novos negócios digitais, é o das organizações autônomas descentralizadas²⁹. No setor Web3, uma DAO (Organização Autônoma Descentralizada) não é uma empresa, nem mesmo uma entidade, mas gera renda para os membros da organização.

A questão da tributação da DAO foi levantada recentemente pelas autoridades fiscais em vários países e pelas próprias organizações. A organização, em si, facilita a forma de produzir renda para os usuários. Onde essa renda deve ser tributada? No nível da DAO ou no nível dos usuários? Onde deve ocorrer essa tributação quando os usuários estão em várias localizações e os dados estão na *blockchain*? O valor, segundo os atores do setor, são as transações na *blockchain* e não os usuários, mas alguns poderiam argumentar que os usuários, juntos, formam uma espécie de gestão e a DAO uma empresa. Cada decisão implementada na *blockchain* é o resultado do acordo dos usuários.

Então, se assumirmos que a DAO deve ser tributada, onde isso deve ocorrer? Não há conselho, nem reuniões de gestão formalizadas como em uma empresa... Esse formato de geração de negócios é muito novo e a legislação tributária atual não aborda como tributar esses negócios.

6. Conceito no Brasil e desafios

O Brasil adotou o princípio da tributação universal, desde a promulgação da Lei n. 9.245/1995, segundo o qual as pessoas jurídicas residentes em seu território

²⁸ POLITI, James. Google settles Italian tax case, *Financial Times*, May 4, 2017. Disponível em: <https://www.ft.com/content/e3d0afd5-dc89-3127-b503-c904cc61e9de>.

²⁹ SHAKOW, David J. *The Tao of the DAO: Taxing an Entity That Lives on a Blockchain*, University of Pennsylvania Carey Law School, 13 August 2018.

estão sujeitas ao imposto de renda brasileiro, independentemente de sua condição societária, de sua nacionalidade ou/e de sua participação e/ou titularidade de quotas ou funções³⁰.

De acordo com o art. 744 do Decreto n. 9.580/2018 (RIR 2018), a tributação de entidades não residentes segue a regra da retenção na fonte de pagamento no Brasil, o que significa que todos os pagamentos feitos a partir do Brasil estão sujeitos a retenção na fonte, a menos que a legislação nacional estabeleça o contrário.

Nesse contexto, o conceito de estabelecimento permanente ainda não teve um tratamento propriamente dito pela legislação tributária brasileira. Na realidade, apenas houve referência explícita ao instituto do estabelecimento permanente em relação à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016, quando houve promulgação de normas que previam que a base temporária de negócios no País cuja finalidade fosse servir aos eventos não se configuraria como estabelecimento permanente para os efeitos de aplicação da legislação brasileira³¹.

De acordo com Sérgio André Rocha, no Brasil existiriam três situações na legislação tributária brasileira que se incluiriam no conceito convencional de PE:

- a) a tributação de filiais, sucursais, agências ou representações de empresas estrangeiras, equiparadas a pessoas jurídicas conforme o artigo 147, II, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR)²;
- b) a tributação de rendimentos auferidos por comitentes domiciliados no exterior, em operações realizadas por seus comissários e mandatários residentes no Brasil, também equiparadas a pessoas jurídicas por força do artigo 147, III, do RIR, e cuja sistemática de tributação está prevista no artigo 348 do Regulamento; e
- c) a tributação de rendimentos auferidos por não residentes em razão de vendas realizadas no Brasil por intermédio de representantes (artigos 399 e 539 do RIR).

Ademais, em todos os Tratados Internacionais assinados pelo país com outros Estados há a previsão de cláusula referente ao Estabelecimento Permanente, conforme explica Sergio André Rocha³²:

A legislação doméstica não tem uma regra geral sobre “estabelecimento permanente”. [...] Se as leis fiscais brasileiras não cuidaram expressamente do tratamento fiscal de “estabelecimento permanente”, todos os 29 (agora 33) tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil que se encontram em vigor possuem uma regra sobre a matéria em seus artigos. A falta de regras específicas sobre “estabelecimento permanente” na legislação do Brasil não significa que não haja

³⁰ CANEN, Doris. Permanent Establishments: The Latest Trends from the Brazilian Tax Authorities – A Case Law Update, 70 Bull. Intl. Taxn. 10 (2016), *Bulletin for International Taxation IBFD* (accessed 20 September 2016).

³¹ Cf. determinado no art. 7 da Lei n. 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e no art. 3 da Lei 12.780, de 9 de janeiro de 2013.

³² ROCHA, Sérgio André. Estabelecimento permanente pessoal “à brasileira”: tributação de lucros auferidos através de comissários, mandatários e representantes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, n. 213, 2016.

dispositivos que cuidem da possibilidade da tributação no país de renda auferida por não residentes em circunstâncias semelhantes ao que seria um “estabelecimento permanente” à luz da Convenção Modelo da OCDE.

Assim, a ausência de regras específicas sobre estabelecimento permanente “não significa que não existam dispositivos que cuidem da possibilidade da tributação no país de renda auferida por não residentes em circunstâncias semelhantes ao que seria um ‘estabelecimento permanente’”³³.

Inclusive em poucas e raras, mas existentes³⁴, decisões, os tribunais brasileiros já adotaram em seus julgamentos o conceito de estabelecimento permanente para decidir sobre a sujeição ou não de empresas à tributação no país. Apesar de não se aprofundarem na análise e na caracterização dos estabelecimentos permanentes, essas decisões refletem a vinculação do Fisco brasileiro com o cenário internacional e a tendência à adoção de seus conceitos no âmbito nacional.

Portanto, apesar de não adotar expressamente em sua legislação o conceito de estabelecimento permanente, salvo exceções dispostas anteriormente, o Brasil não se esquivava de seu reconhecimento, seja por meio de cláusulas nos Tratados Internacionais assinados, seja pelas decisões proferidas tanto no âmbito administrativo como judicial³⁵.

Isso se deve ao fato de que o Brasil por ter alta tributação na fonte não vê tanta importância na definição dos critérios para reconhecimento do estabelecimento permanente. Entretanto, as pressões internacionais pelo reconhecimento do instituto acabam tendo sua influência refletida nas decisões proferidas pelos órgãos julgadores e pelas formas de estruturação dos negócios desenvolvidos no país, o que revela a tendência à aproximação do Brasil com o modelo proposto pela OCDE e pela ONU³⁶.

³³ ROCHA, Sérgio André. Estabelecimento permanente pessoal “à brasileira”: tributação de lucros auferidos através de comissários, mandatários e representantes. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, n. 213, 2016.

³⁴ Como exemplos, temos as decisões proferidas no Processo Administrativo n. 16682.721312/2013-91, Acórdão n. 2202-003.063, Rel. Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, e no Processo Administrativo n. 10980.729160/2012-43, Acórdão n. 2202-003.114, Rel. Marco Aurélio de Oliveira Barbosa.

³⁵ Como exemplos: REsp 1.618.897/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 19-5-2020, *DJe* 26-5-2020; REsp 1.272.897/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 19-11-2015, *DJe* 9-12-2015; e REsp 1.325.709/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T., j. 24-4-2014, *DJe* 20-5-2014.

³⁶ Sobre o assunto, destaca-se: “The presentation points out that, of all of the social changes introduced by postmodernity and the processes of globalization, attention is drawn to the exhaustion of the classic national legal-state orders and the subsequent emergence of a ‘new networked world order’ that is marked by new sources of the exercise of power and by regulatory instruments such as international soft law” (GOMES, Marcus Lívio; CANEN, Doris. Tarcísio Diniz Magalhães. *Global Tax Governance: external limitations to the taxing (and non-taxing) power in the post-modern period*, Governança tributária global, limitações externas ao poder de tributar (e de não tributar) na Pós-Modernidade, Arraes Editores, 2016. Literature Review. *Intertax*, v. 49, Issue 3, 2021, Kluwer Law International BV, The Netherlands, p. 301).

Especificamente sobre estabelecimento permanente e economia digital no Brasil, relevantes as lições de Luís Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Pereira³⁷:

O que importa é que qualquer conceito que venha a ser adotado no Brasil seja introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de lei. É apenas através de lei ordinária que o legislador brasileiro terá a oportunidade de ou bem acatar o mesmo conceito de estabelecimento permanente presente nas convenções fiscais até o advento do Projeto BEPS, ou bem incorporar o novo conceito, ou bem, ainda, incorporar um terceiro conceito que lhe pareça mais adequado.

Caso o conceito de estabelecimento permanente, porventura adotado pelo Brasil no seu ordenamento jurídico interno, venha a ser distinto daquele previsto na convenção fiscal aplicável ao caso concreto, há que se considerar que o conceito previsto nesta última será um limite para o primeiro, haja vista que, tal como mencionamos anteriormente, a convenção internacional operará como uma máscara, tornando inaplicável o conceito adotado pela legislação naquela situação objetiva – i.e., no que for mais largo que o conceito convencional – em razão da delimitação negativa da jurisdição fiscal pelo Brasil.

A nosso ver, o que não se pode conceber é que a introdução do conceito venha a ser realizada através do intérprete, ao invés do legislador, o que iria de encontro ao princípio da legalidade em matéria tributária. Com efeito, compete somente a este último a escolha do conceito que deverá guiar a atividade do intérprete.

Insta destacar, também, os termos do art. 1.142, § 1º, do Código Civil:

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. § 1º O estabelecimento não se confunde com o local onde se exerce a atividade empresarial, podendo este ser físico ou virtual.

Vê-se, assim, que, embora o Brasil não seja diretamente impactado com as discussões sobre o conceito de estabelecimento permanente, elas são importantes para determinar sua política fiscal futura.

Conclusões

Parece lógico concluir que a análise da subsunção das empresas ao conceito de estabelecimento permanente se tornará cada vez mais difícil diante de um cenário internacional cada vez mais informatizado, no qual as distâncias não são mais medidas a partir de quilômetros ou fronteiras, mas a partir de um simples “clique do *mouse*”.

³⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz. Cap. 18, Pesquisas Tributárias Série CEU — *Leximagister*, n. I, 2018. Disponível em: <https://schoueri.com.br/wp-content/uploads/2020/10/LES-e-RCP-Tributac%CC%A7a%CC%83o-Internacional-e-o-Direito-Interno.pdf>.

Logo, conceitos como “lugar fixo” de negócios e “unidade econômica” tendem a perder espaço no cenário mundial; o que não significa que as empresas estão deixando de expandir seus negócios a outros países, mas que estão alterando a forma como suas atividades são desempenhadas, a fim de explorar as possibilidades que principalmente a internet tem fornecido.

Entretanto, questiona-se se diante deste cenário mutante e cada vez mais dinâmico o conceito de PE não será alterado, mesmo não tendo sofrido alterações significativas com o BEPS ou, como aparentam as movimentações internacionais, se o foco agora não é o imposto mínimo vislumbrado pelo Pillar 2.

Preços de Transferência: Serviços Intragrupo e Compartilhamento de Despesas

Elidie Palma Bifano

Bacharel pela Faculdade de Direito da USP. Mestra e Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Professora no Curso de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo – FGV e nos Cursos de Especialização do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, da Associação Paulista de Estudos Tributários – APET, da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF e da Escola de Direito do CEU – IICS. Advogada em São Paulo.

1. Introdução

1.1. Generalidades

Os ilustres coordenadores do X Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional¹, que tem como foco os “desafios atuais da tributação internacional” e é patrocinado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), solicitam-nos que abordemos o tema voltado a serviços intragrupo e compartilhamento de despesas no âmbito dos preços de transferência. Dentre outras questões voltadas à tributação internacional, sem dúvida, que as regras de preços de transferência são das mais relevantes, afora a sua atualidade, de vez que havia um clamor, por parte de muitos no Brasil, no sentido de que se buscasse por modelos internacionalmente aceitos para sua determinação.

Com a edição da Lei n. 14.596/2023, o Brasil se alinhou aos modelos de apuração de preços de transferência preconizados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual tem por missão traçar padrões que melhorem a economia de mercado, entidade essa hoje composta por 36 países-membros, além da União Europeia. O Brasil, todavia, não integra a OCDE, sendo sua ambição assim fazê-lo, razão pela qual adotou tais regras para fins de preços de transferência. A própria Lei n. 14.956/2023 esclarece em seu art. 1º qual é sua abrangência:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre regras de preços de transferência relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se na determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL das *peças jurídicas domiciliadas no Brasil que realizem transações controladas com partes relacionadas no exterior*. (g.n.)

Após a publicação desse diploma legal, nova matriz das regras de preços de transferência no País, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) editou a

¹ Prof. Drs. Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto e Rodrigo Maito da Silveira.

Instrução Normativa n. 2.161/2023, que regulou a matéria em todos os seus contornos, sendo de obrigatória observância tanto pelos contribuintes, pessoas jurídicas, quanto pelo Fisco.

A matéria dos preços de transferência, até a edição da Lei n. 14.596/2023, era regulada pela Lei n. 9.430/1996, cujos critérios de determinação do excesso de despesas ou da indevida redução de receitas nas transações com vinculadas no exterior, era objeto de muitas críticas, dada a funda divergência de nosso modelo em relação ao de outros países. Dentre os muitos aspectos que eram apontados como dissonantes dos modelos de outras jurisdições estava a falta de adesão das regras brasileiras ao princípio *arm's length*², a não utilização de métodos alternativos que considerassem a função do negócio examinado, o risco envolvido ou sua comparabilidade com outros negócios. O fruto de alguns tipos de negócio era excluído das regras de preços de transferência, como é o caso do art. 18, § 9º, da Lei n. 9.430/1996, que dispunha não se aplicarem tais regras à dedutibilidade de *royalties* e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada que seguissem sendo dedutíveis desde que observadas as condições da Lei n. 4.506/1964 e legislação subsequente. Ou seja, a exploração de intangíveis (marcas, patentes, conhecimento e outros) não entrava na abrangência das regras de preços de transferência anteriormente vigentes no Brasil. Também coexistiam regras enquadradas como *safe harbours* que, observadas certas condições, afastavam a aplicação das determinações sobre preços de transferência.

A questão que nos cabe examinar envolve a prestação de serviços intragrupo, bem como o compartilhamento de despesas intragrupo, também designado por rateio de despesas³, ante as novas normas de preços de transferência. Cabe comentar que esse último modelo contratual tem história mais longa no direito brasileiro e já foi muito debatido ao longo desse tempo. Sobre o rateio de despesas, em especial, fazemos alguns comentários preliminares, visto que a prestação de serviços é objeto de regulação pelo Código Civil.

Tornou-se corriqueiro, no País, a partir da década de 1980 do século passado, que grupos de empresas firmassem contratos de compartilhamento de despesas, sem aplicação de margem, de tal sorte que não se caracterizassem, à luz do direito pátrio, como serviços, do ponto de vista econômico, qualquer que seja a incidência tributária. Os primeiros contratos dessa natureza, denominados contratos de gestão, foram firmados por grupos constituídos por entidades financeiras que sempre entenderam que as diversas empresas que administravam tinham

² A Lei n. 14.596/2023 trata do princípio *arm's length* em seu art. 2º: “Para fins de determinação da base de cálculo dos tributos de que trata o parágrafo único do art. 1º desta Lei, os termos e as condições de uma transação controlada serão estabelecidos de acordo com aqueles que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis”. (g.n.)

³ Para fins deste estudo utilizaremos a expressão rateio/compartilhamento de despesas por entendermos que a expressão “despesas” abrange, na forma da Lei n. 4506/1964, também os custos.

atividades complementares, razão pela qual pleiteavam e, por fim, obtiveram do Conselho Monetário Nacional⁴, a criação do banco múltiplo que passou a reunir em uma única instituição atividades próprias de bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, sociedades de crédito imobiliário e sociedades de crédito, financiamento e investimento, hipótese em que as despesas comuns são automaticamente rateadas nas carteiras.

A partir desse momento disseminou-se a prática de contratar rateios de despesas entre empresas do mesmo grupo econômico, *local ou internacionalmente*, considerando-se que cabe no conceito de despesa qualquer gasto, encargo ou custo que deva ser reembolsado pela parte que dele se beneficia, quando incorrido por terceiro, seja pesquisa científica, desenvolvimento de produtos ou simples repartição de utilidades (uso de servidores/computadores, aluguéis de espaço, p. ex.). As autoridades fiscais brasileiras sempre aceitaram o rateio, para fins locais, quaisquer que fossem as despesas rateadas desde que: (i) pertinentes à atividade desenvolvida pela empresa que as recebe; (ii) não caracterizadas como serviço/produto objeto da atividade da empresa que incorre na despesa a ser rateada, designada como empresa líder ou centralizadora; (iii) não caracterizadas como prestação de serviços, logo destituídas de valor econômico e de sobrepreço/margem; e (v) determinadas mediante critérios e métodos de partição adequados.

Os aspectos acima apontados sempre prevaleceram para fins locais, exceto quando eventualmente questionados por alguns municípios para fins de incidência do Imposto sobre Serviços. Para fins internacionais, embora se possa argumentar que o contrato é o mesmo, a figura é bem outra e assumiu uma dimensão preocupante, como se passa a examinar.

1.2. Rateio/compartilhamento internacional de despesas e o entendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)

O exame das manifestações da RFB, através da Coordenação Geral de Tributação (COSIT), tomando-se como marco para corte desse exame, o ano de 2019, indicam que: (i) os contratos de rateio de despesas, em sua forma mais pura, são aceitos, vedando-se aqueles que indiquem a existência de prestação de serviços, direta ou não; (ii) no geral não se afirma ou afirmou, expressamente, que os contratos de repartição de despesas, necessariamente, devem ser tratados como importação de serviços, à exceção da Solução de Consulta COSIT n. 43/2015, cuja fundamentação é duvidosa, sendo seu objeto de análise a cobrança da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), de forma pouco técnica, a nosso ver; (iii) a análise das circunstâncias factuais vem sendo cautelosa para evitar que se considere como rateio de despesas, sujeito a reembolso, o que seria uma prestação de serviços sujeita a remuneração; (iv) serviços prestados por terceiros

⁴ Resolução CMN n. 1.524/1988.

de fora do grupo (terceirizados), ainda que por demanda de empresa do grupo, são sempre considerados como importação de serviços para fins fiscais brasileiros, ainda que exista empresa do grupo que entre elas se interpõe.

Por fim, a Solução de Consulta COSIT n. 276/2019 alertou no sentido de que os efeitos fiscais dos contratos internacionais de rateio de despesas, seguindo tendência mais restritiva do que a encontrada em decisões anteriores, não correspondiam a um acordo de repartição de despesas pois não havia “benefício mútuo” entre as partes do negócio contratado, o que foi apontado pela COSIT como uma característica fundamental dos acordos de repartição de despesas, *de acordo com as diretrizes de preços de transferência da OCDE*, e, ainda, que o uso de métodos diretos para rateio seria mais apropriado na prestação de serviços, portanto, inaceitável em acordos de repartição de despesas. Por fim, concluiu que incidia Imposto sobre a Renda na Fonte (IRF), Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico (CIDE), na modalidade *royalties*, Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Importação, sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residente ou domiciliado no exterior a título de remuneração de serviços técnicos prestados entre empresas do mesmo grupo econômico, ainda que esses serviços decorram do cumprimento de contrato genericamente denominado de contrato compartilhamento de custos (*Cost Sharing Agreement*), *mas que não atenda aos requisitos para sua caracterização*.

É interessante observar como a COSIT antecipa, nesse caso, conceitos adotados pela OCDE e que ainda não haviam sido incorporados ao sistema jurídico brasileiro, o que só ocorreu com a edição da Lei n. 14.956/2023, com um único objetivo, a nosso ver: misturar conceitos distintos insertos nos Guidelines, assim justificando uma maior carga tributária.

A Solução de Consulta n. 2.005/2020 aceita a concentração, em uma única pessoa jurídica, do controle dos gastos referentes a departamentos de apoio administrativo, para posterior rateio desses custos e despesas comuns entre pessoas jurídicas integrantes de mesmo grupo econômico, que não a mantenedora da estrutura administrativa centralizada, para fins de IRPJ e CSL, desde que esses valores rateados correspondam a custos e despesas necessárias, normais e usuais, devidamente comprovadas e pagas e calculadas com base em critérios de rateio razoáveis e objetivos, previamente ajustados, dentre outras exigências já constantes de manifestações anteriores. Também admite que os valores auferidos pela pessoa jurídica centralizadora das atividades compartilhadas, como reembolso das demais pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico pelo pagamento dos dispêndios comuns, não integram a base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à COFINS.

De outro lado, a Solução de Consulta COSIT n. 149/2021 confirmou que os reembolsos auferidos pela pessoa jurídica centralizadora decorrente do rateio despesas, desde que cumpridas as condições legais para tanto, não se submetem

à incidência dos tributos, ainda que envolvendo entidade submetida ao lucro presumido.

O tema, entretanto, não logrou pacificação seguindo até este momento controverso e indicando uma tendência de se considerar como importação de serviços os contratos cuja empresa centralizadora esteja no exterior, sendo duvidosa a expressão “cumprimento dos requisitos legais”, pois eles têm variado ao sabor do momento.

Da mesma forma o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) também oscila, já tendo tomado decisões desfavoráveis como é o caso do Processo 16561.720139/2018-95, em que a sua 2ª Turma manteve uma cobrança de IRF sobre contratos de rateio de despesas (*cost sharing agreements*), em que se compartilhavam gastos com marketing, suporte jurídico e recursos humanos, sem qualquer ônus ou margem, mas, a despeito disso, o Fisco entendeu que havia prestação de serviços e o CARF, como se vê, confirmou esse entendimento.

Feitas essas considerações que distinguem o rateio de despesas no plano nacional e internacional, até a entrada em vigor das novas regras de preços de transferência, passa-se ao trato da matéria após a Lei n. 14.956/2023.

2. As diretrizes da Lei n. 14.596/2023 sobre serviços intragrupo e compartilhamento de despesas

2.1. Contratos de serviços intragrupo e de compartilhamento de despesas no âmbito da OCDE

O contrato de rateio de despesas, como tratado pela lei brasileira até a edição da Lei n. 14.596/2023, não encontra previsão nos *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*⁵, doravante Guidelines, que tratam dessa matéria sob dois diferentes modelos de negócio: Serviços intragrupo (*Intra-group services*), em seu Capítulo VII, e Contratos de contribuição de custos (*Cost contribution arrangements/CCA*), em seu Capítulo VIII.

No que tange aos serviços intragrupo, como se pode confirmar da leitura dos Guidelines, não há uma definição do que seja serviço, como existe na lei brasileira, que assim considera o trabalho humano lícito, material ou imaterial, contratado mediante retribuição (arts. 592 e s. do Código Civil), cuidando, o documento da OCDE, apenas de exemplificar suas hipóteses (item 7.3 e s. do Capítulo VII).

O contrato de compartilhamento de despesas (CCA), por sua vez, é definido nos Guidelines como um contrato entre empresas para compartilhar contribuições e riscos envolvidos no desenvolvimento conjunto e na produção de ativos intangíveis e tangíveis, bem como de serviços, com base na expectativa de que tais utilidades tragam benefícios para os negócios de cada um dos participantes (item

⁵ Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en.html.

B.1, 8.3, dos Guidelines). Além disso, um CCA não exige que os participantes combinem as suas operações para, por exemplo, explorar em conjunto quaisquer bens resultantes desse contrato ou, ainda, compartilhar receitas ou lucros. Em vez disso, os participantes desse contrato podem explorar os resultados desse negócio em suas atividades individuais. Assim, as questões dos preços de transferência, nessa hipótese, centram-se sobre as relações comerciais ou financeiras entre os participantes, uma vez que as contribuições por eles feitas é que criam as oportunidades para alcançar esses resultados.

Alberto Xavier⁶ examinou essa matéria sob a denominação “acordo de repartição de custos”, que, informa, são internacionalmente designados por “*cost sharing agreements*” os quais, esclarece, não se afeiçoam à tradição romano-jurídica, concluindo que ele se decompõe em três espécies: contratos de compartilhamento de custos, contratos de prestação de serviços intragrupo e contratos de contribuição para os custos. Ainda, inclui o contrato de prestação de serviços na repartição de custos, o qual, embora não caracterizado como um compartilhamento de custos propriamente, possui características comuns aos outros modelos. Aponta como elementos importantes na análise desses contratos a determinação dos custos razoáveis suscetíveis de repartição, bem como o método de rateio.

Analizando os Guidelines, para fins da Lei n. 14.596/2023, Marco Antonio Moreira Monteiro⁷ considera que a prestação de serviços intragrupo quando efetivada com margem não tem qualquer diferença do trato com terceiros, devendo ser comprovada, apenas, a prestação, bem como o benefício para o tomador. O benefício deve ser apurado a partir da premissa de que o tomador aceitaria pagar para um terceiro, também prestador, a mesma soma em troca da mesma utilidade. No que tange a serviços que não se caracterizem como do objeto da prestadora, logo serviços residuais como os administrativos, jurídicos, financeiros e similares, esclarece que os Guidelines determinam uma margem de 5%, os quais somente podem ser cobrados se gerarem um benefício para o tomador.

No caso dos CCAs, entende Marco Antonio Moreira Monteiro que esse contrato tem um caráter associativo, dividindo as partes a expectativa de resultados das atividades realizadas em conjunto. Esclarece que o CCA pode envolver atividades rotineiras alheias ao objeto social, como complexos serviços baseados em *softwares* que integram os ativos das entidades. Esclarece que podem integrar os CCAs entidades prestadoras de serviço, não caracterizadas como participantes.

Por oportuno destacamos que o Capítulo V, dos Guidelines, contempla a matéria atinente à documentação das operações sujeitas às regras de preço de transferência, destacando que essa documentação tem como objetivos garantir que os

⁶ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 392-407.

⁷ MONTEIRO, Marco Antonio Moreira. *Preços de transferência, o sistema brasileiro no cenário global*: Lei n. 14.596/23. São Paulo: Quartier Latin, p. 317-329.

contribuintes deem a devida consideração aos requisitos e condições impostos pela legislação por ocasião da fixação de preços, disponibilizem informações confiáveis às autoridades, inclusive para que estas evitem incorrer em mais custos para prosseguir em suas auditorias e forneçam às autoridades as informações necessárias para essas auditorias. A despeito disso, os itens 7.64 e 8.50 tratam da documentação pertinente à prestação de serviços intragrupo e aos CCAs.

2.2. Serviços intragrupo na Lei n. 14.596/2023

Os serviços intragrupo são tratados na Seção III da Lei n. 14.596/2023, arts. 23 e 24, a saber:

Art. 23. Os termos e as condições de uma transação controlada que envolva prestação de serviços entre partes relacionadas serão estabelecidos de acordo com o princípio previsto no art. 2º desta Lei.

§ 1º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se prestação de serviço qualquer atividade desenvolvida por uma parte, incluídos o uso ou a disponibilização pelo prestador de ativos tangíveis ou intangíveis ou de outros recursos, que resulte em benefícios para uma ou mais partes.

§ 2º A atividade desenvolvida resulta em benefícios quando proporcionar expectativa razoável de valor econômico ou comercial para a outra parte da transação controlada, de forma a melhorar ou a manter a sua posição comercial, de tal modo que partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis estariam dispostas a pagar pela atividade ou a realizá-la por conta própria.

§ 3º Sem prejuízo de outras hipóteses, será considerado que a atividade desenvolvida não resulta em benefícios nos termos do § 2º deste artigo quando:

I – a atividade for caracterizada como atividade de sócio; ou

II – a atividade representar a duplicação de um serviço já prestado ao contribuinte ou que ele tenha a capacidade de desempenhar, ressalvados os casos em que for demonstrado que a atividade duplicada resulta em benefícios adicionais para o tomador conforme previsto no § 2º deste artigo.

§ 4º São caracterizadas como atividades de sócios aquelas desempenhadas na qualidade de sócio ou de acionista, direto ou indireto, em seu interesse próprio, incluídas aquelas cujo único objetivo ou efeito seja proteger o investimento de capital do prestador no tomador ou promover ou facilitar o cumprimento de obrigações legais, regulatórias ou de reporte do prestador, tais como:

I – atividades relacionadas à estrutura societária do sócio ou do acionista, incluídas aquelas relativas à realização de assembleia de seus investidores, de reuniões de conselho, de emissão de ações e de listagem em bolsas de valores;

II – elaboração de relatórios relacionados ao sócio ou ao acionista, incluídos os relatórios financeiros, as demonstrações consolidadas e os relatórios de auditoria;

III – captação de recursos para aquisição, pelo sócio ou acionista, de participações societárias e de atividades relativas ao desempenho de relação com investidores; e

IV – atividades desempenhadas para o cumprimento pelo sócio de obrigações impostas pela legislação tributária.

§ 5º Quando a atividade desempenhada ao contribuinte por outra parte relacionada não resultar em benefício nos termos dos §§ 2º, 3º e 4º deste artigo, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL será ajustada.

§ 6º Para fins desta Lei, os benefícios incidentais obtidos pelo contribuinte na forma prevista no parágrafo único do art. 10 desta Lei não serão considerados serviços e não ensejarão qualquer compensação.

Art. 24. Na aplicação do método MCL, previsto no inciso III do *caput* do art. 11 desta Lei, serão considerados todos os custos relacionados à prestação do serviço.

§ 1º Sempre que for possível individualizar os custos da prestação do serviço em relação ao seu tomador, a determinação da base de custos utilizada para fins de aplicação do método a que se refere o *caput* deste artigo será efetuada pelo método de cobrança direta.

§ 2º Nas hipóteses em que o serviço for prestado para mais de uma parte e não for razoavelmente possível individualizar os custos do serviço em relação a cada tomador, conforme previsto no § 1º, será admitida a utilização de métodos de cobrança indireta para a determinação da base de custos utilizada para fins de aplicação do método a que se refere o *caput* deste artigo.

§ 3º Nos métodos de cobrança indireta, a determinação da base de custos será efetuada pela repartição dos custos por meio da utilização de um ou mais critérios de alocação que permitam obter um custo semelhante ao que partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis estariam dispostas a aceitar, que deverão:

I – refletir a natureza e a utilização dos serviços prestados; e

II – estar aptos a produzir uma remuneração para a transação controlada que seja compatível com os benefícios reais ou razoavelmente esperados para o tomador do serviço.

§ 4º Na determinação da remuneração dos serviços de que trata o *caput* deste artigo, não será admitida cobrança de margem de lucro sobre os custos do prestador que constituam repasses de valores referentes a atividades desempenhadas ou a aquisições realizadas de outras partes relacionadas ou não relacionadas, em relação às quais o prestador não desempenhe funções significativas, considerados, ainda, os ativos utilizados e os riscos economicamente significativos assumidos.

§ 5º Na hipótese prevista no § 4º deste artigo, será admitida cobrança de margem de lucro determinada de acordo com o princípio previsto no art. 2º desta Lei somente sobre os custos incorridos pelo prestador para desempenhar as referidas funções.

§ 6º As disposições do *caput* deste artigo aplicam-se aos casos em que seja adotado o método MLT, previsto no inciso IV do *caput* do art. 11 desta Lei, como o mais apropriado para a determinação dos preços de transferência dos serviços de que trata o art. 23 desta Lei e em que seja utilizado indicador de rentabilidade com base no custo.

Como se observa do art. 23, *caput*, acima transcrito, as prestações de serviços entre partes relacionadas estão submetidas ao disposto no art. 2º da mesma Lei n.

14.596/2023, ou seja, aos mesmos termos e condições de uma transação entre partes não relacionadas, desde que comparáveis.

Diferentemente dos Guidelines, a Lei n. 14.596/2023 define o termo “prestação de serviço”, em seu art. 25, § 1º, estabelecendo, explicitamente, que essa definição se presta “para fins do disposto nesta Lei”. Ou seja, não se trata de uma definição aplicável para além dos restritos limites das regras de preços de transferência. De acordo com a lei, define-se prestação de serviço como qualquer atividade desenvolvida por uma parte, incluídos o uso ou a disponibilização pelo prestador de ativos tangíveis ou intangíveis ou de outros recursos, *desde que resulte em benefícios para uma ou mais partes*.

O primeiro aspecto a comentar é que, embora a definição de prestação de serviços esteja contemplada no Código Civil, como já visto, esse conceito vem tendo sua abrangência jurídica alargada, de um simples fazer ou obrigação de fazer, antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), para incluir uma série de utilidades sob uma visão que diremos “econômica” que vem sendo trazida ao longo do tempo por essa mesma Corte, que o ampliou para contemplar hipóteses que não dizem respeito apenas a um fazer humano, como muito bem aponta Ramón Tomazela⁸:

O conceito econômico de serviço abrange tanto as atividades que envolvem esforço humano, tradicionalmente identificadas como obrigações de fazer, quanto a cessão de direitos, bens intangíveis, a locação de coisas, entre outras. Esse conceito econômico de serviço, que perdurou até 1999, voltou a ser acolhido, ora de forma expressa e direta, ora de forma implícita e velada, por decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo citar, em caráter não exaustivo, os seguintes julgados: [...]

Outro aspecto relevante é que a prestação de serviços para entidades relacionadas, de acordo com o § 2º do art. 23, deve resultar em benefícios, nos moldes dos Guidelines, demonstrando-se esse fato econômico quando proporcionar expectativa razoável de valor econômico ou comercial para a outra parte da transação controlada, de forma a melhorar ou a manter a sua posição comercial, de tal modo que partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis estariam dispostas a pagar pela atividade ou a realizá-la por conta própria.

Os Guidelines preveem uma figura de prestação de serviços designada como atividade de sócios caracterizada como aquela desempenhada pelas pessoas e entidades qualificadas como sócios ou acionistas, direta ou indiretamente, em seu interesse próprio, ainda que o único objetivo ou efeito seja proteger o investimento de capital do prestador no tomador ou promover ou facilitar o cumprimento

⁸ TOMAZELA, Ramón. *Manual dos preços de transferência: a adoção integral do padrão “arm’s lenght” no sistema tributário brasileiro pela Lei n. 14.596/2023*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

de obrigações legais, regulatórias ou de reporte do prestador. São exemplos as atividades relacionadas à estrutura societária, a elaboração de relatórios, demonstrações consolidadas e os relatórios de auditoria, captação de recursos para aquisição, pelo sócio, de participações societárias e outras similares. O § 4º da Lei n. 14.596/2023 reproduziu essa determinação dos Guidelines, conquanto tais atividades nunca tenham sido objeto de especial tratamento no direito brasileiro, ainda que elas ocorram entre partes relacionadas sediadas em diferentes países. Isso porque, a nosso ver, elas decorrem de responsabilidades previstas em lei para tais pessoas, como é o caso do art. 133 da Lei n. 6.404/1976, que trata tais relatórios como Documentos da Administração. De toda sorte, a única exceção contemplada em lei é a atividade desempenhada para o cumprimento pelo sócio de obrigações impostas pela legislação tributária.

De acordo com o § 5º do art. 23, se a atividade desenvolvida não resultar em benefício, como acima descrito, a base de cálculo do IRPJ e da CSL será ajustada. Outros benefícios que a lei designa como incidentais obtidos, na forma do art. 10 da Lei n. 14.596/2023, efeitos de sinergia, não serão considerados serviços e não ensejarão qualquer compensação.

No que tange à mensuração desse benefício, ela não nos parece simples, e Ramón Tomazela comenta que tal exigência consagra o chamado “teste do benefício”, que procura identificar se a atividade desenvolvida pelo prestador de serviço proporciona “expectativa razoável” de valor econômico ou comercial para a outra parte na transação, de forma a melhorar ou a manter a sua posição comercial. O critério da razoabilidade implica reconhecer que uma determinada ação ou política pode não dar certo, mas que as partes tomaram todas as medidas para que assim ocorra. Esse critério também transita na esfera das práticas internacionais de contabilidade. Cabe sempre, a nosso ver, confirmar se o princípio *arm's length* foi observado, comparando a transação com aquela que seria desenvolvida por terceiros.

O art. 24 da Lei n.14.596/2023 dispõe, na hipótese de adoção do método MCL – Custo mais Lucro – nas transações envolvendo prestação de serviços, o qual compara a margem de lucro bruto obtida sobre os custos do fornecedor, em uma transação controlada, com as margens de lucro bruto obtidas sobre os custos em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas (inciso III do *caput* do art. 11 da Lei n. 14.596/2023), que diversos aspectos devem ser considerados para tal finalidade, inclusive a possibilidade de se individualizar custos se houver mais de um prestador de serviços. Destaque-se que esse método permite, também, a aplicação de cobrança direta e indireta, mostrando-se como o mais apropriado para a determinação dos preços de transferência dos serviços quando seja utilizado indicador de rentabilidade com base no custo.

A Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023 regulou os contratos de prestação de serviços intragrupo nos mesmos termos da Lei n. 14.596/2023, chamando, porém, a atenção o disposto em seu art. 53, que se refere a serviços intragrupo de

baixo valor agregado, que permite uma abordagem simplificada, ou seja, no qual a remuneração dos serviços terá uma margem de lucro bruto, calculada sobre a totalidade dos custos diretos e indiretos relativos à transação de, no mínimo 5% (cinco por cento), nas hipóteses em que o prestador de serviços seja pessoa jurídica domiciliada no Brasil e no máximo 5% (cinco por cento), nas hipóteses em que o prestador seja parte relacionada no exterior. A expressão no mínimo 5% permite concluir que na exportação não se há de praticar margem inferior, mas que esse limite está garantido, enquanto a expressão “no máximo 5%”, na hipótese de prestador domiciliado no exterior, permite concluir que a variação será de zero a 5%, admitindo-se, portanto, a não imputação de margem.

Ainda, são considerados serviços de baixo valor agregado apenas aqueles que: têm natureza de suporte; não sejam parte das atividades principais da parte relacionada ou do grupo multinacional; não requeiram o uso de bens intangíveis únicos e valiosos e não contribuam para a criação deles; não impliquem a assunção ou controle de riscos economicamente significativos por parte do fornecedor do serviço e não levem à criação de tal risco significativo para ele; não contribuam significativamente para a criação, incremento ou manutenção de valor no grupo multinacional, para as capacidades essenciais ou para as chances de sucesso dos negócios do grupo multinacional. Perdem essa natureza os serviços de baixo valor agregado que o grupo também prestar a partes não relacionadas.

2.3. Contratos de compartilhamento de custos na Lei n. 14.596/2023

Os contratos de compartilhamento de custos são tratados na Seção IV da Lei n. 14.596/2023, art. 25, a saber:

Art. 25. São caracterizados como contratos de compartilhamento de custos aqueles em que duas ou mais partes relacionadas acordam em repartir as contribuições e os riscos relativos à aquisição, à produção ou ao desenvolvimento conjunto de serviços, de intangíveis ou de ativos tangíveis, com base na proporção dos benefícios que cada parte espera obter no contrato.

§ 1º São considerados participantes do contrato de compartilhamento de custos aqueles que, relativamente a ele, exerçam o controle sobre os riscos economicamente significativos e possuam a capacidade financeira para assumi-los e que tenham a expectativa razoável de obter os benefícios:

I – dos serviços desenvolvidos ou obtidos, conforme disposto no art. 23 desta Lei, no caso de contratos que tenham por objeto o desenvolvimento ou a obtenção de serviços; ou

II – dos intangíveis ou dos ativos tangíveis, mediante a atribuição de participação ou de direito sobre tais ativos, no caso de contratos que tenham por objeto o desenvolvimento, a produção ou a obtenção de intangíveis ou de ativos tangíveis, e que sejam capazes de explorá-los em suas atividades.

§ 2º As contribuições a que se refere o *caput* deste artigo compreendem qualquer espécie de contribuição fornecida pelo participante que tenha valor, incluídos o fornecimento de serviços, o desempenho de atividades relativas ao desenvolvi-

mento de intangíveis ou de ativos tangíveis, e a disponibilização de intangíveis ou de ativos tangíveis existentes.

§ 3º As contribuições dos participantes serão determinadas de acordo com o princípio previsto no art. 2º desta Lei e proporcionais às suas parcelas no benefício total esperado, as quais serão avaliadas por meio das estimativas do incremento de receitas, da redução de custos ou de qualquer outro benefício que se espera obter do contrato.

§ 4º Nas hipóteses em que a contribuição do participante não for proporcional à sua parcela no benefício total esperado, serão efetuadas compensações adequadas entre os participantes do contrato, de modo a restabelecer o seu equilíbrio.

§ 5º Nos casos em que houver qualquer alteração nos participantes do contrato, incluída a entrada ou a retirada de um participante, ou naqueles em que se der a transferência entre os participantes dos direitos nos benefícios do contrato, serão exigidas compensações em favor daqueles que cederem sua parte por aqueles que obtiverem ou majorarem sua participação nos resultados obtidos no contrato.

§ 6º Na hipótese de rescisão do contrato, os resultados obtidos serão alocados entre os participantes de forma proporcional às contribuições realizadas.

Os contratos de compartilhamento de custos são definidos pela Lei n. 14.596/2023, art. 25, nos mesmos termos dos Guidelines, como aqueles em que duas ou mais partes relacionadas acordam em repartir as contribuições e os riscos relativos à aquisição, à produção ou ao desenvolvimento conjunto de serviços, de intangíveis ou de ativos tangíveis, com base na proporção dos benefícios que cada parte espera obter no contrato. São considerados como participantes desse contrato aqueles que, relativamente a ele, exerçam o controle sobre os riscos economicamente significativos e possuam a capacidade financeira para assumi-los, além de terem a expectativa razoável de obter os benefícios das atividades desenvolvidas ou obtidas, intangíveis ou tangíveis, mediante a atribuição de participação ou de direito sobre tais ativos, no caso de contratos que tenham por objeto o desenvolvimento, a produção ou a obtenção de intangíveis ou de ativos desde que sejam capazes de explorá-los em suas atividades. Os termos adotados pela Lei n. 14.596/2023 são idênticos àqueles incluídos nos Guidelines, observando-se, acima de tudo, uma forte influência de conceitos econômicos adotados também pelos padrões internacionais de contabilidade (IFRS).

As contribuições dos participantes serão determinadas de acordo com o princípio *arm's length*, proporcionalmente às suas parcelas no benefício total esperado, as quais serão avaliadas por meio das estimativas do incremento de receitas, da redução de custos ou de qualquer outro benefício que se espera obter do contrato (art. 25, § 3º). Sendo a contribuição do participante desproporcional à sua parcela no benefício total esperado, serão efetuadas compensações adequadas entre os participantes do contrato, de modo a restabelecer o seu equilíbrio (art. 25, § 4º). Por fim, ocorrida a rescisão do contrato, os resultados obtidos serão alocados entre os participantes de forma proporcional às contribuições realizadas.

A Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, art. 52, dispõe que a RFB poderá estabelecer regramentos específicos para disciplinar a aplicação do princípio previsto no art. 2º da Lei n. 14.596/2023, especialmente para fornecer orientação adicional em relação a transações específicas, dentre elas contratos de compartilhamento de custos.

3. Breves conclusões

O que se observa nas disposições da Lei n. 14.596/2023 é que ela reproduz, integralmente, os Guidelines, às vezes com vícios de tradução, como é o caso do uso de palavras próprias da língua inglesa que, entretanto, encontram em nossa língua formas mais condizentes. Muitas delas afastam-se, inclusive, do linguajar corriqueiro em matéria técnica. Percebe-se no trato dos preços de transferência, como já comentado, um forte apego a metodologias contábeis e uma orientação econômica que prevalece sobre os conceitos jurídicos.

Os contratos objeto de nossa análise, prestação de serviços intragrupo e compartilhamento de custos podem resultar em entendimentos e interpretações equivocadas, pois a prática brasileira denomina contratos de compartilhamento de despesas, o que na Lei n. 14.596/2023 denomina, como serviços intragrupo, enquanto os contratos a que a lei se refere como contratos de compartilhamento de custos são tratados, na prática brasileira e nos Guidelines, como verdadeiros “contratos de contribuição de custos”, como muito bem aponta Sergio André Rocha⁹.

Antes de finalizarmos, cabe uma referência aos contratos locais, de compartilhamento de despesas sem previsão de margem, os quais seguem, a nosso ver, com o mesmo tratamento até agora a eles dispensado. A própria Lei n. 14.596/2023 deixa claro que suas definições são aplicáveis apenas aos contratos internacionais de prestação de serviços e de compartilhamento de despesas, o que não deve afetar o consolidado entendimento voltado aos contratos dessa natureza firmados entre partes domiciliadas no Brasil.

⁹ ROCHA, Sergio André. Justiça tributária: *cost-sharing* internacional e as novas regras de preços de transferência, *Conjur*, 11-9-2023.

Preços de Transferência: entre Conceitos Indeterminados e Discrecionabilidade – o Caso das Diferenças de Risco-País

Fabiana Carsoni Fernandes

Mestre em Direito Tributário pela USP. Especialista em Direito Tributário pela GVlaw.

LLM em Direito Societário pelo Insper. Conselheira e Professora do IBDT.

E-mail: fabiana.carsoni@marizadvogados.com.br.

1. Introdução

O controle de preços de transferência foi inaugurado, no Brasil, pela Lei n. 9430, a qual estabeleceu critérios a serem observados pela pessoa jurídica quando da realização de operações de importação (ou de aquisição do exterior), exportação, ou operações que envolvam pagamento ou recebimento de juros com pessoas vinculadas situadas no exterior (art. 23), ou com pessoas localizadas em países com tributação favorecida (art. 24), ou com pessoas sujeitas a regime fiscal privilegiado (art. 24-A).

Tal regime foi profundamente alterado pela Lei n. 14.596, de 14-6-2023, a qual introduziu e normatizou, no país, os principais parâmetros de controle de preços de transferência sugeridos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

De acordo com a referida Lei n. 14.596, as transações controladas com partes relacionadas no exterior, ou com pessoas localizadas em países com tributação favorecida, ou com pessoas sujeitas a regime fiscal privilegiado, podem ser objeto de ajustes para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro (CSL). Esses ajustes, se necessários, decorrerão da aplicação do que a lei qualifica como um princípio: o *arm's length*, segundo o qual os termos e as condições de uma transação controlada serão estabelecidos de acordo com aqueles que seriam adotados entre partes não relacionadas em transações comparáveis (art. 2º).

A lei não mais alude a operações de importação, aquisição do exterior ou exportação de bens, serviços e direitos, tampouco às transações de que resulte o pagamento, crédito ou recebimento de juros, como fazia a Lei n. 9.430. Adotando termos mais amplos, o art. 3º da Lei n. 14.596 dispõe que a transação controlada compreende qualquer relação comercial ou financeira entre 2 (duas) ou mais partes relacionadas, incluídos contratos ou arranjos sob qualquer forma e série de transações. A verificação da conformidade da transação controlada ao princípio *arm's length* é feita, nos termos do art. 6º, primeiro, por meio do delineamento da transação controlada e, em seguida, pela análise de sua comparabilidade. Ultrapassadas essas duas etapas, passa-se à escolha do “método mais apropriado” dentre aqueles listados no art. 11.

A Lei n. 14.596 é repleta de conceitos indeterminados. Não há mais a rigidez de métodos, margens e conceitos – característica da Lei n. 9.430. Trocamos fixidez e objetividade por conceitos indeterminados, abertura e fluidez, quiçá discricionariedade.

De fato, adotamos um emaranhado de expressões vagas, fluidas e abertas, expressões essas cercadas de advérbios de modo e de intensidade, além de adjetivos, todos contidos no texto da Lei n. 14.596. A princípio, a abertura e a vagueza encontradas no novo texto legal não são suficientes para inquinar a novel de legislação de algum vício. Isso porque, em que pese a abstração dos novos critérios, o legislador estabelece parâmetros mínimos para sua aplicação, criando, pois, balizas para guiar o controle de preços de transferência. Muito embora os referidos critérios estejam contidos em palavras e expressões indeterminadas, todas elas contêm núcleos semânticos mínimos – dos quais nem os contribuintes, nem o fisco, nem julgadores podem descurar. Sem prejuízo, o alto grau de indeterminação contido em algumas dessas palavras e expressões pode levar, em alguns casos, a juízos de escolha entre um ou mais caminhos ou alternativas possíveis. Pode levar, por outros termos, a atuação discricionária.

Neste estudo, demonstraremos que a legislação de preços de transferência permite atuação discricionária – o que não significa dizer que tal atuação seja inteiramente livre. Veremos que no controle de preços de transferência, em alguns casos, realmente há espaço para escolhas. Isso se aplica, inclusive, quando a temática diz respeito a eventuais ajustes de comparabilidade voltados a endereçar as diferenças de localidade entre a parte testada e o comparável selecionado. Analisaremos o que isso significa e as controvérsias acerca de sua aplicabilidade, encontradas em outras jurisdições, para melhor atender ao princípio *arm's length*. Demonstraremos que a discricionariedade pode aparecer, também, na hipótese de ajustes de risco-país, mas que, mesmo nesses casos, as escolhas não são totalmente livres, porque a solução para cada caso concreto deve ser a melhor possível, não bastando que seja razoável.

2. O atendimento ao princípio *arm's length*: delineamento da transação, análise de comparabilidade e método mais apropriado

A OCDE explica que, quando empresas independentes transacionam entre si, as condições de suas relações comerciais e financeiras normalmente são determinadas por forças de mercado. Já quando empresas vinculadas transacionam entre si, suas relações comerciais e financeiras podem não sofrer os mesmos impactos das forças externas do mercado. O padrão *arm's length* surge, nesse contexto, na tentativa de aproximar as transações comerciais e financeiras entre partes vinculadas daquelas praticadas entre partes independentes, tratando os membros de um mesmo grupo como se fossem entidades separadas (independentes), examinando-se, por meio de *análise comparativa*, se a natureza e as condições das

transações por eles praticadas diferem daquelas adotadas por partes não vinculadas¹. A análise de comparabilidade entre transações controladas e não controladas é o que a OCDE qualifica como o *coração* do *arm's length*².

O preço *arm's length* é o preço de mercado ou de concorrência, praticado por pessoas independentes ou que estejam situadas, na literalidade da expressão, à “distância de um braço”. Assim, uma transação *at arm's length*, ou sem interferência, é aquela na qual os valores são os mesmos que teriam sido acordados entre pessoas não vinculadas, envolvidas em transação igual ou similar, sob condição idêntica ou similar³⁻⁴.

A verificação da conformidade da transação controlada ao princípio *arm's length* é feita, nos termos do art. 6º, primeiro, por meio do delineamento da transação controlada e, em seguida, pela análise de sua comparabilidade. Ultrapassadas essas duas etapas, passa-se à escolha do “método mais apropriado” dentre aqueles listados no art. 11.

Para que o contribuinte atenda às duas primeiras etapas e, assim, esteja apto a selecionar o “método mais apropriado”, múltiplas análises acerca dos fatos, termos contratuais, opções disponíveis e características econômicas da transação, das partes, do mercado, bens, serviços e direitos devem ser empreendidas. Requer-se a compreensão da *substância* dos negócios, verificando-se se os fatos praticados atendem à causa jurídica dos negócios declarados pelas partes⁵.

A análise da substância do negócio, ou de sua causa jurídica, tem como ponto de partida os termos contratuais da transação, que derivam tanto dos documentos e dos contratos formalizados como das evidências da conduta efetiva das partes (art. 7º, inciso I). O § 2º acrescenta que, na hipótese em que as características economicamente relevantes da transação controlada identificadas nos contratos formalizados e nos documentos apresentados divergirem daquelas verifica-

¹ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 31. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

² OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 31. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

³ GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de Transferência: arm's length e praticabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 25.

⁴ A despeito da recomendação da OCDE de que se busque o princípio *arm's length* para controle de transações entre empresas de grupos multinacionais, tal critério não está isento de falhas, na medida em que é incapaz, por exemplo, de capturar os ganhos de escala e de sinergia próprios desses grupos. Nas palavras do Prof. Luís Eduardo Schoueri, “Esses ganhos surgem a partir da oportunidade de as empresas trabalharem juntas, o que dificilmente ocorreria entre empresas não vinculadas” (SCHOUERI, Luís Eduardo. O princípio *arm's length* em um panorama internacional. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2013, v. 4, p. 216-217).

⁵ Neste trabalho, consideramos causa jurídica como a razão econômico-jurídica do negócio, sua finalidade, ou função prática, em garantia da qual o direito concede sua tutela, como ensina Luís Eduardo Schoueri (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133).

das a partir da análise dos fatos, das circunstâncias e das evidências da conduta efetiva das partes, a transação controlada será delineada com fundamento nos fatos, nas circunstâncias e nas evidências da *conduta efetiva das partes*. Trata-se do que podemos qualificar como *análise substancial*⁶.

Por meio dessa análise, define-se a natureza jurídica do negócio, investigando-se também o cumprimento de sua causa jurídica, o que se faz pela interpretação dos respectivos termos contratuais. Nessa atividade, segundo entendemos, o intérprete deve se ater, menos à linguagem adotada nos respectivos instrumentos, e mais à intenção e ao comportamento das partes⁷, como requerem os arts. 112 e 113, § 1º, I, do Código Civil. Deve-se, ainda, atribuir aos negócios o sentido que corresponder: (i) aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (ii) à boa-fé; e (iii) a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (art. 113, § 1º, II, III e V, do Código Civil). Alinha-se a Lei n. 14.596, nesse contexto, ao que nossa lei civil dispõe acerca da interpretação dos negócios jurídicos.

Feita a *análise substancial* do negócio, parte-se, em seguida, para a compreensão da de sua essência econômica, assim entendida como a alocação de riscos, ativos e funções, para o que se deve investigar uma série de conceitos indeterminados, como: (i) os riscos economicamente significativos assumidos (análise funcional); (ii) as circunstâncias econômicas das partes e do mercado em que operam; (iii) as estratégias de negócios e outras *características consideradas economicamente relevantes* (ou fatores de comparabilidade); e (iv) as *opções realisticamente disponíveis*, de modo a avaliar a existência de outras opções que poderiam ter gerado condições mais vantajosas para qualquer uma das partes. Como se vê, para a análise de essência econômica, requer-se o incursão em diversos conceitos indeterminados.

Uma vez delineada a transação, abre-se caminho para a análise de comparabilidade, considerada pela OCDE, como se disse, como o *coração do arm's length*. Comparam-se os termos e as condições da transação controlada, tal como anteriormente delineada, com os termos e as condições que seriam estabelecidos en-

⁶ Substância factual, nos dizeres de Ricardo Marozzi Gregorio (GREGORIO, Ricardo Marozzi. Delineamento da transação controlada. In: DONIAK, Jimir; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERRARI, Bruna Camargo. *Preços de transferência e o padrão OCDE (Lei n. 14.596/2023 e IN n. 2.161/2023)*. São Paulo: MP, p. 83-107, 2023, p. 85).

⁷ Para a OCDE, faz-se necessário examinar se a conduta das partes é substancialmente conforme aos termos dos documentos escritos, ou se a conduta das empresas associadas indica que os termos contratuais não foram seguidos, não refletem um quadro completo das transações, foram incorretamente caracterizados ou rotulados pelas empresas, ou mesmo se há simulação (OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 44. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023).

tre partes não relacionadas em transações comparáveis, não se podendo descurar (i) das *características economicamente relevantes* da transação controlada e das transações entre partes não relacionadas; (ii) da data em que a transação controlada e as transações entre partes não relacionadas foram realizadas, de forma a assegurar que as circunstâncias econômicas das transações sejam comparáveis; (iii) da disponibilidade de informações de transações entre partes não relacionadas, que permita a comparação de suas características economicamente relevantes, com vistas a identificar as transações comparáveis *mais confiáveis* realizadas entre partes não relacionadas; (iv) da existência de *incertezas* na precificação ou na avaliação existentes no momento da realização da transação controlada; e (v) da existência e a relevância dos efeitos de sinergia de grupo.

Feitas as análises substancial e econômica da(s) transação(ões) na forma da Lei n. 14.596, alínea, seleciona-se o “método mais apropriado”, assim entendida a metodologia que forneça a determinação *mais confiável* dos termos e das condições que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em uma transação comparável. Para tanto, o contribuinte pode utilizar: (i) o Preço Independente Comparável (PIC); (ii) o Preço de Revenda menos Lucro (PRL); (iii) o Custo mais Lucro (MCL); (iv) a Margem Líquida da Transação (MLT); (v) a Divisão do Lucro (MDL); ou (vi) outros métodos, desde que a metodologia alternativa produza resultado consistente com aquele que seria alcançado em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas (art. 11).

3. A discricionariedade no controle de preços de transferência

O resumo feito até aqui acerca da Lei n. 14.596 revela que a legislação de preços de transferência é repleta de termos e expressões vagos e imprecisos. Essa vagueza e essa imprecisão podem levar o intérprete e aplicador da lei a ter que escolher um caminho dentre os demais possíveis para equacionamento do caso concreto. Se há mais de um caminho, e se cada um deles leva a um resultado específico, distinto dos demais, a princípio, pode haver atuação discricionária. Explica-se.

A discricionariedade pode ser definida como um ato volitivo consistente numa opção administrativa, fundada em critérios de conveniência e oportunidade, justiça e equidade, dentre dois ou mais comportamentos igualmente possíveis segundo a respectiva norma⁸.

Se a lei emprega conceitos indeterminados, abre-se espaço para discricionariedade, na medida em que a fluidez das expressões ou palavras da lei, por vezes, acaba permitindo mais de um comportamento do administrador.

⁸ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117.

É como pensa Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor, nos conceitos fluídos, existe uma *zona de certeza positiva*, dentro na qual ninguém duvida do cabimento da palavra que os designa, assim como há uma *zona de certeza negativa*, dentro da qual dita palavra certamente não se abriga. Dúvidas podem surgir no intervalo entre ambas⁹⁻¹⁰, ou no que podemos chamar de *zona de penumbra*. Nestas, talvez exista espaço para escolha. Ainda assim, a escolha deve estar dentro do que for razoavelmente admissível na inteligência dos conceitos imprecisos, não podendo o administrador desbordar do campo significativo possível das respectivas palavras, já que elas demarcam sua competência¹¹.

Regina Helena Costa sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados se dividem, dentre outros, em conceitos de experiência e em conceitos de valor. Nos primeiros, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna o conceito preciso, não lhe restando qualquer margem de liberdade para escolha de seu significado. Há, pois, vinculação, e não discricionariedade, sendo amplo, ademais, o espaço para revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Quando o conceito é de valor, diversamente, uma vez feita a interpretação, e restando um campo nebuloso do conceito não eliminado pelo processo intelectual, cabe ao administrador defini-lo por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a discricionariedade. Neste caso, a apreciação do Judiciário é chamada pela autora de um “controle de contornos”, ou “de limites”, porque, se amplo fosse, poderia resvalar em ofensa à tripartição de poderes¹². É como pensa, também, Zanella Di Pietro¹³.

A discricionariedade não figura como um “defeito da lei”, mas como um mecanismo de promoção da justiça. Com efeito, como o legislador não consegue prever antecipadamente a solução mais satisfatória para todos os eventos futuros, a discricionariedade acaba apresentando-se como uma solução normativa que permite a obtenção de solução jurídica mais satisfatória e conveniente para resolver situações concretas¹⁴.

⁹ A expressão “zona de penumbra” é empregada por nós, não tendo sido extraída do trabalho de Bandeira de Mello.

¹⁰ Humberto Ávila, em direção semelhante, adota as expressões “candidatos positivos”, “candidatos negativos” e “candidatos neutros”, à semelhança do que se chamou acima, respectivamente, de “zona de certeza positiva”, “zona de certeza negativa” e “zona de penumbra” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros, p. 76-77).

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29-31.

¹² COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, jun. 88, p. 98.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 118-119.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 225.

Em que pese não a desconheça, o direito tributário não está verdadeiramente familiarizado com a discricionariedade. Costuma-se dizer que a atividade de lançamento é plenamente vinculada (art. 142, parágrafo único, do CTN) e que a legalidade é rigorosa, não abrindo espaço ao casuísmo ou à livre interpretação das autoridades fiscais. Essas afirmações coadunam-se com a maior parte das normas tributárias – marcadas que elas são, em larga medida, pela vinculação. Porém, a legislação tributária admite, ainda que em menor grau, discricionariedade das autoridades fiscais. É o caso das normas de graduação de multas¹⁵ e de transação tributária.

Quando o legislador autoriza que a autoridade fiscal gradue a pena dentro de limites e critérios previamente estabelecidos, aceitam-se juízos de escolhas. No entanto, isso não pode ser feito de forma aleatória ou arbitrária. Na verdade, a autoridade fiscal deve identificar e justificar sua conduta, demonstrando os motivos de fato e as circunstâncias que ensejam essa e não aquela penalidade, pautando sua atuação, em qualquer caso, nos critérios definidos em lei¹⁶.

Por sua vez, a transação tributária marca o que se costuma denominar por “contratualismo fiscal” na relação fisco-contribuinte, em que negociações são admitidas, estabelecendo-se uma relação menos hierarquizada e mais negocial¹⁷, isto é, uma relação de concessões mútuas, para o que, em certas circunstâncias, a autoridade fiscal acaba por fazer juízo discricionário (e.g., fixação de patamares de redução da dívida ou do total de prestações mensais para sua quitação).

A discricionariedade, portanto, não é avessa ao direito tributário. Mesmo nos juízos discricionários, a autoridade administrativa está jungida à lei, por força do princípio da legalidade, não havendo, neste contexto, ofensa aos arts. 150, I, da Constituição Federal e 97, V, do Código Tributário Nacional. O direito tributário, portanto, convive com a discricionariedade, porque a discricionariedade não é agir à margem da lei, mas segundo as balizas postas no texto legal, as quais delimitam as escolhas da Administração Pública.

Como, então, compreendê-la? Ou melhor, como, então, entender os limites do fisco no emprego de seu juízo de conveniência e oportunidade na satisfação do interesse público?

Cabe ao fisco, sempre, buscar a solução ótima e eficiente para o caso concreto que atenda ao interesse público. Interesse público, em matéria tributária, não

¹⁵ O tema é controvertido. Gustavo Masina, por exemplo, sustenta que a pena fiscal é matéria reservada à lei, cumprindo ao Poder Legislativo descrevê-la minuciosamente no texto legal, sem margem a avaliações do Poder Executivo (MASINA, Gustavo. *Sanções tributárias: definição e limites*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 213-214).

¹⁶ Nas palavras de Luís Eduardo Schoueri ao analisar o tema: “Discricionariedade, insista-se, não se confunde com arbítrio, já que se fala em limites legais e em circunstâncias agravantes e atenuantes definidas pela lei” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 854).

¹⁷ OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *Transação em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 47 e 121.

significa promover maior arrecadação. Significa, na verdade, cumprir a lei, atendendo à sua finalidade, direcionada que a lei é à consecução e à proteção do bem comum.

A Lei n. 14.596 possui norma que autoriza a RFB a não impor multa de ofício e a não lavrar auto de infração em face do contribuinte, evitando-se, desse modo, a instauração de litígio. Há, nesse caso, hipótese de transação, delineada pela Lei n. 14.596 com fundamento no art. 171 do CTN, na medida em que: (i) fisco e contribuinte podem divergir acerca do atendimento ao princípio *arm's length*; (ii) porém, podem transacionar, mediante concessões mútuas, com o objetivo de extinguir o crédito tributário, evitando litígio iminente¹⁸; (iii) existindo lei autorizando que assim procedam.

De fato, o art. 36 dispõe que, caso a autoridade fiscal discorde, durante o procedimento fiscal, da determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSL efetuada pelo contribuinte, este *poderá* ser autorizado a retificar a declaração ou a escrituração fiscal exclusivamente em relação aos ajustes de preços de transferência para a sua regularização, efetuando o recolhimento dos tributos devidos com acréscimos moratórios, porém, sem imposição de multa de ofício, respeitadas as seguintes premissas: (i) não ter o contribuinte agido contrariamente a ato normativo ou interpretativo vinculante da administração tributária (critério objetivo); (ii) ter sido *cooperativo* perante a RFB, inclusive durante o procedimento fiscal (critério que pode envolver subjetivismo, dada a abertura do termo); (iii) ter empenhado *esforços razoáveis* para cumprir o disposto na Lei n. 14.596 (critério que também pode envolver subjetivismo, dada a abertura dos termos); e (iv) ter adotado *critérios coerentes e razoavelmente justificáveis* para a determinação da base de cálculo (critério que pode igualmente envolver subjetivismo, dada a abertura dos termos).

Note-se que a hipótese de transação foi colocada na lei para uso da autoridade fiscal *a seu critério* (emprego do verbo “poderá”, e não “deverá”), cumprindo-lhe fazê-lo por meio da análise e interpretação de *conceitos de valor* (“esforço razoável”, “critério coerente e razoavelmente justificável” etc.). Se a interpretação desses mesmos conceitos, à luz de determinada situação concreta, implicar caminhos distintos, mas todos razoáveis, a lei permite à Administração Tributária o direito de promover um *juízo de escolha* entre transacionar ou não, afastando a pena de ofício, se for o caso. A lei defere às autoridades fiscais, portanto, *espaços de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*, sendo imprescindível, contudo, que os núcleos semânticos mínimos dos respectivos termos e expressões sejam observados pela Administração Tributária nesse juízo de escolha. Se o fisco agir com abuso, atuando fora dos quadrantes dos conceitos indeterminados utilizados

¹⁸ A transação deve, em qualquer caso, versar sobre um litígio (presente ou iminente) (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 678).

pela lei, a negativa de transação poderá ser desafiada administrativa ou judicialmente.

A adoção de diversos conceitos indeterminados pela Lei n. 14.596, cuja interpretação pode dar azo a dois ou mais resultados, todos eles igualmente razoáveis, acaba autorizando que o fisco prefira um resultado a outro(s). Nesses casos, permite-se escolha, em juízo discricionário.

De todo modo, para que a tributação ocorra dentro dos contornos legais, segundo a capacidade contributiva e com observância ao princípio *arm's length*, cabe ao fisco perquirir, também quando lhe couber agir com discricionariedade, não a solução boa, ou ótima, mas a solução excelente ao caso concreto. Atendido estará, nesse caso, o interesse público – o qual não se confunde com a maior arrecadação, tratando-se, na verdade, de cumprir a teleologia das normas de preços de transferência.

Para nós, tem razão Bandeira de Mello quando ensina que, mesmo na discricionariedade, exige-se que a conduta do administrador atenda “excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto”¹⁹. E complementa: “Então, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”²⁰.

Por isso, se a lei deferir *espaços de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*, o fisco poderá realizar juízo de escolha, desde que observe os núcleos semânticos mínimos dos termos e expressões empregados no texto e desde que atenda, excelentemente, à sua finalidade, qual seja, a maior e melhor aproximação ao *arm's length*, preservadas que estarão as bases tributárias nacionais, segundo o critério eleito pelo legislador para essa aferição.

Vejamos abaixo se e como a discricionariedade pode aparecer na etapa de comparabilidade, quando ajustes forem reputados necessários, notadamente ajustes derivados de diferenças de risco-país²¹.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35.

²¹ Para outros exemplos de atuação discricionária do fisco em matéria de controle de preços de transferência e para que se compreenda os limites em que tal atuação pode se dar, confira-se: FERNANDES, Fabiana Carsoni. O controle de preços de transferência na Lei n. 14.596, de 2023: entre conceitos indeterminados e discricionariedade. In: *Direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri*. São Paulo: IBDT, 2023, p. 487-507.

4. Ajustes de comparabilidade: o caso das diferenças de risco-país

Delineada a transação, realiza-se a análise de comparabilidade. Nessa comparação, é possível que ajustes sejam requeridos em decorrência, por exemplo, das características economicamente relevantes das transações, da diferença de datas, da disponibilidade de informações e da existência de incertezas na precificação (art. 9º da Lei n. 14.596).

De acordo com art. 21 da Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, a análise de comparabilidade tipicamente inclui as seguintes etapas: (i) determinação do período a ser abrangido na análise; (ii) verificação acerca da existência de comparáveis internos (i.e., transações realizadas entre partes não relacionadas em que uma das partes é também parte da transação controlada); (iii) identificação de fontes de informação disponíveis sobre comparáveis externos (transações realizadas entre partes não relacionadas em que nenhuma das partes é parte da transação controlada), quando a sua utilização for necessária; (iv) seleção do método mais apropriado e, dependendo do método, a escolha do indicador de rentabilidade e da parte testada; (v) identificação de potenciais comparáveis; (vi) identificação e realização de ajustes de comparabilidade *razoavelmente precisos* quando apropriado; e (vii) interpretação e uso dos dados coletados com a determinação da remuneração adequada.

Importa-nos para este estudo a identificação de comparáveis. Sobre o tema, a IN RFB 2.161, em linha com a orientação da OCDE, estabelece que o contribuinte pode adotar comparáveis internos ou externos, o que deve ser efeito casuístico, considerando-se os fatos e circunstâncias da transação, o grau de comparabilidade das transações, tendo em vista suas características economicamente relevantes e a confiabilidade das informações disponíveis para realização da análise comparabilidade (art. 22).

Para a OCDE, a princípio, comparáveis internos preferem aos externos. Isso porque (i) aqueles tendem a ter uma relação mais direta e próxima com a transação controlada; (ii) as análises financeiras dos comparáveis internos geralmente são mais fáceis e confiáveis, na medida em que muitas vezes isso não requer ajuste de prática ou norma contábil; e (iii) o acesso a informações e documentos tende a ser melhor e mais completo, tendo o potencial de reduzir custos de conformidade. Contudo, se ajustes significativos forem necessários, a exemplo de ajustes de quantidade que afetem materialmente a comparação, é possível que comparáveis externos tenham maior confiabilidade, preferindo, nesse caso, aos internos²². Ou seja, segundo a OCDE, a seleção dos comparáveis internos ou externos é casuística – o que foi endereçado pela IN RFB 2.161.

Depois de tratar dos comparáveis internos e externos, a IN RFB 2.161 dispõe que o contribuinte deve preferir comparáveis domésticos aos não domésticos, isto

²² OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* 2022. Paris: OECD, 2022, p. 157. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

é, as transações comparáveis devem ser normalmente identificadas no mercado geográfico onde a parte testada opera (“comparáveis domésticos”), uma vez que pode haver diferenças significativas nas circunstâncias econômicas de diferentes mercados. Somente na hipótese de não haver informações disponíveis ou confiáveis é que deverão ser utilizados comparáveis não domésticos. Essa é a orientação contida no art. 23. A OCDE acrescenta outra hipótese que pode justificar o uso de comparáveis não domésticos: a redução dos custos de conformidade, os quais podem ser elevados na hipótese em que múltiplas entidades de um grupo multinacional possuam análise funcional passível de comparação²³.

Para RFB, uma vez adotado um comparável não doméstico, requer-se que ajustes *razoavelmente precisos* possam ser efetuados considerando-se as diferenças materiais existentes entre a transação controlada e a transação comparável (art. 23). Um desses ajustes diz respeito às diferenças de risco-país, as quais são tratadas no Anexo II do mesmo ato normativo.

O risco-país pode ser definido como o risco decorrente da localização de uma atividade empresarial em determinado país, localização essa com potencial de afetar margens e preços. O risco-país não decorre da natureza da atividade, mas da localidade em que ela é desempenhada. Assim, por exemplo, a atividade industrial oferece mais riscos do que a de distribuição, uma vez que a primeira requer que se incorra em maior investimento em ativos fixos. Não é, porém, o resultado dessa comparação que se busca apresentar quando o tema é risco-país. Essa distinção refere-se à natureza da atividade empresarial. Já o risco-país compara a mesma operação industrial em um país – que pode ser desenvolvido e ter instituições políticas estáveis – com o que acontece em outro país – que pode ser emergente e detentor de regime político instável e no qual, no limite, em certos casos, os ativos das empresas podem até mesmo ser expropriados pelo governo²⁴.

A taxa de risco-país é influenciada por múltiplos fatores e eventos do respectivo país. Deriva, assim, do ambiente político, econômico e financeiro em que a empresa opera, buscando a respectiva taxa endereçar diferenças nos riscos assumidos em relação à concorrência, crédito, câmbio, responsabilidade do produto, obsolescência tecnológica etc.²⁵.

²³ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 159. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

²⁴ Purvez Captain, Larry Eshleman, Valentin L. Krustev, Vesela Grozeva e Shaoying Chang exemplificam o caso do grupo Respol, atuante no mercado de energia, que em 2012 teve que evacuar seus trabalhadores e encerrar suas operações na Líbia, assim como teve ativos expropriados na Argentina (CAPTAIN, Purvez *et. al.* A regression-based approach to country risk adjustments in transfer pricing. In: *Tax Management Transfer Pricing Report*, v. 25, p. 1-5, 2016, p. 1).

²⁵ The Platform for Collaboration on Tax. *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses* – Including a supplementary report on Addressing the Information Gaps on Prices of Minerals Sold in an Intermediate Form. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, United Nations e World Bank Group (Org.), p. 1-237, 2017, p. 60.

Diz-se que o risco-país é formado por elementos econômicos, financeiros e políticos de risco, porque todos eles estão entrelaçados, afetando-se mutuamente. Riscos políticos podem derivar de eventos como guerras, conflitos internos ou externos, revoluções que conduzam a mudanças de governo local, fatores sociais relacionados à distribuição não equitativa de riqueza e ideologias políticas²⁶. Os riscos políticos também podem variar se o país tiver um governo democrático, ou se for ditatorial. Nos últimos, geralmente, há maior estabilidade das políticas, diferentemente do que ocorre nas democracias em que a sucessão de governos muitas vezes conduz a mudanças de políticas. Porém, as ditaduras geralmente vêm acompanhadas de outros custos, como a corrupção e a ineficácia de sistemas legais. Por isso, diz-se que nestes há um risco mais elevado, em que pese descontinuado, enquanto nas democracias há um risco menor, embora contínuo²⁷. Fatores econômicos e financeiros de risco, por sua vez, podem decorrer de rápido aumento em custos de produção e de energia elétrica, ou deterioração dos negócios do país²⁸, ocasionada, por exemplo, pela queda expressiva do preço de *commodities* para países cuja economia seja altamente dependente destes produtos²⁹.

Esses elementos têm potencial de implicar maior risco, de modo que o desenvolvimento de atividades nessas localidades acaba sendo feito, ao menos em tese, com expectativa de maior retorno. É nesse contexto que surgem métricas financeiras para endereçar diferenças que a localização geográfica do negócio ou do investimento podem ocasionar. Surgem, assim, taxas de risco-país ou prêmios de risco-país.

Em matéria de preços de transferência, ajustes de risco-país podem ser necessários se o contribuinte utilizar comparáveis não domésticos.

A IN RFB 2.161, em seu art. 32, não impõe que, na análise de comparabilidade, sempre sejam realizados ajustes, nem mesmo ajustes de diferenças de risco-país. Na verdade, os ajustes de comparabilidade, mesmo no caso de comparáveis não domésticos, somente são requeridos quando se fizer necessário eliminar os efeitos materiais das diferenças em relação à transação controlada ou à parte tes-

²⁶ HOTI, Suhejla; MCALEER, Michael. *Country risk ratings: an international comparison*. Perth: Department of Economics, University of Western Australia, p. 1-61, 2002, p. 1-2. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cirje.e.u-tokyo.ac.jp/research/workshops/papers/mcaleer/mcaleer4.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

²⁷ DAMODARAN, Aswath. *Country Risk: Determinants, Measures, and Implications – The 2024 Edition* (July 14, 2024), p. 1-129, 2024, p. 8-11. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4896539>. Acesso em: 15 set. 2024.

²⁸ HOTI, Suhejla; MCALEER, Michael. *Country risk ratings: an international comparison*. Perth: Department of Economics, University of Western Australia, p. 1-61, 2002, p. 1-2. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cirje.e.u-tokyo.ac.jp/research/workshops/papers/mcaleer/mcaleer4.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

²⁹ DAMODARAN, Aswath. *Country Risk: Determinants, Measures, and Implications – The 2024 Edition* (July 14, 2024), p. 1-129, 2024, p. 16-17. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4896539>. Acesso em: 15 set. 2024.

tada – o que depende da análise dos fatos e das circunstâncias de cada caso. Deve-se ainda atentar para que: (i) ajustes de comparabilidade para eliminar diferenças materialmente relevantes deverão ser efetuados *se, e somente se*, for esperado que aumentem a confiabilidade dos resultados; (ii) ajustes de comparabilidade devem ser efetuados após a aplicação de critérios consistentes para o filtro e seleção de transações entre partes não relacionadas que revelam o maior grau de comparabilidade; (iii) a mesma diferença não deve ser ajustada mais de uma vez por meio do mesmo ajuste de comparabilidade, ou de diferentes ajustes, para que não se compute o efeito do ajuste que elimine a mesma diferença múltiplas vezes; (iv) a necessidade de realizar numerosos ou substanciais ajustes de comparabilidade pode indicar que transações entre partes não relacionadas não são suficientemente comparáveis; e (v) cada ajuste deve ser devidamente justificado e documentado, inclusive com o fornecimento de informações que demonstrem a necessidade de cada um dos ajustes com referência às diferenças, com demonstrações dos fundamentos para a realização dos ajustes, dos procedimentos adotados e os cálculos efetuados, com detalhamento de todas as etapas seguidas, variáveis utilizadas e os resultados obtidos nos comparáveis. A IN RFB 2.161 cita como exemplo de ajuste de comparabilidade as diferenças de mercados, incluindo ajustes de risco-país.

Países em desenvolvimento, não raro, precisam utilizar comparáveis não domésticos dada a ausência de informações sobre transações no mesmo mercado geográfico em que a parte testada opera. A falta de informações é verificada, inclusive, em bases de dados que suportam o controle de preços de transferência.

As bases de dados a que as empresas recorrem para efetuar o controle de preços de transferência são formadas por uma série de informações públicas de entidades dos mais variados setores da economia. Acontece que essas informações nem sempre estão disponíveis para empresas situadas em algumas jurisdições e, quando disponíveis, às vezes não são divulgadas no mesmo formato e extensão de outras jurisdições³⁰. Tais fatos dificultam, em alguns casos, o acesso a comparáveis domésticos, o que acontece, sobretudo, nos países em desenvolvimento, fazendo com que tenham que recorrer com maior frequência a comparáveis não domésticos. Isso suscita questionamentos acerca da necessidade de se proceder a ajustes de risco-país.

Em 2016, a OCDE conduziu pesquisa com representantes de alguns países, por meio da qual identificou diferentes comportamentos em relação a ajustes de risco-país. Na Austrália, por exemplo, evitavam-se ajustes dessa natureza. A Colômbia reputava não ter conhecimento suficiente sobre quando e como realizar tais ajustes, tendo dúvidas, inclusive, quanto ao tipo de transação em que tais ajustes se faziam necessários. Assim, não obstante fizesse uso de comparáveis dos

³⁰ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 158. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

Estados Unidos e do Canadá, à época a Colômbia não procedia a ajustes de risco-país³¹.

No mesmo estudo, a OCDE apontou que a África do Sul, não dispondo de comparáveis domésticos³², utilizava comparáveis não domésticos com frequência. Buscavam-se, primeiro, comparáveis de países com o mesmo perfil de risco. Não sendo isso possível, selecionavam-se países com diferentes perfis de risco, donde ajustes de risco-país acabavam se fazendo necessários. Era comum que se utilizassem dados de entidades europeias³³. De modo semelhante, dada a escassez de comparáveis domésticos, o México reportou que frequentemente utilizava comparáveis não domésticos de mercados semelhantes, como Índia e Malásia. Porém, dada a intensidade dos negócios daquele país com os Estados Unidos e com o Canadá em função de acordos de livre comércio, o México comumente utilizava comparáveis de tais países, hipótese em que realizava ajustes para equacionar as diferenças de mercado. Por fim, a OCDE citou o exemplo do Canadá, onde se utilizavam com frequência comparáveis dos Estados Unidos, sendo por vezes considerados necessários ajustes de risco-país. No entanto, o país reputava que tais ajustes eram de difícil quantificação³⁴.

Estudos apontam que, no uso de comparáveis não domésticos para efeito de controle de preços de transferência, geralmente, dá-se preferência a comparáveis de localidades mais próximas à da parte testada, em detrimento de comparáveis geograficamente mais distantes ou de continentes distintos. Acredita-se que a proximidade geográfica reduz as assimetrias de mercado, inclusive aquela relacionada ao risco-país. Na Europa, utilizam-se comparáveis não domésticos na ausência dos domésticos. Usam-se comparáveis regionais (i.e., pan-europeus), con-

³¹ The Platform for Collaboration on Tax. *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses* – Including a supplementary report on Addressing the Information Gaps on Prices of Minerals Sold in an Intermediate Form. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, United Nations e World Bank Group (Org.), p. 1-237, 2017, p. 60.

³² Há uma escassez de dados relativos a empresas de menor porte, especialmente aquelas do continente africano, nas bases de dados utilizadas para suportar o controle de preços de transferência. Nesse sentido, *vide*, por exemplo: STEENS, Bert; ROQUES, Thibaut; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. Transfer Pricing Comparables: Preferring a Close Neighbor Over a Far-Away Peer? Amsterdã, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation* n. 47, Elsevier, p. 1-18, 2022, p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3573905>. Acesso em: 8 set. 2024.

³³ United Nation. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2017)*. Nova York: United Nation, 2017, p. 624. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

³⁴ The Platform for Collaboration on Tax. *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses* – Including a supplementary report on Addressing the Information Gaps on Prices of Minerals Sold in an Intermediate Form. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, United Nations e World Bank Group (Org.), p. 1-237, 2017, p. 60.

forme, inclusive, recomendado pelo Código de Conduta sobre documentação de preços de transferência do Conselho da União Europeia. Ainda, o uso de comparáveis de regiões geográficas próximas à da parte testada é utilizado por países nórdicos, ibéricos e do Benelux. As autoridades fiscais da China igualmente aceitam comparáveis não domésticos de regiões próximas, mais precisamente amostras comparáveis panasiáticas, dando preferência às empresas de capital aberto³⁵.

Contudo, há estudos no sentido de que comparáveis não domésticos de localidades distantes podem ser úteis, desde que ajustes sejam feitos, incluídos aqueles de risco-país. Em pesquisa realizada por meio da base de dados denominada “Bureau van Dijk” (atualizada até julho de 2018), Bert Steens, Thibaut Roques, Sébastien Gonnet, Christof Beuselinck e Matthias Petutschnig concluíram que as diferenças de risco-país fornecem explicação para os níveis de lucros das entidades. Em sua pesquisa, os autores analisaram os resultados de diversas indústrias, tendo identificado correlação entre risco-país e lucratividade. No mesmo trabalho, os autores verificaram que, muitas vezes, os comparáveis não domésticos de países vizinhos ou de países em estreita proximidade geográfica com a parte testada não apresentam dados satisfatórios para a aplicação do MLT (ou Transactional Net Margin Method – TNMM). Os resultados da pesquisa sugerem que fatores macroeconômicos, como a classificação de risco de crédito soberano do país, são melhores indicadores para efeito de análise de comparabilidade, ao invés da proximidade geográfica do país³⁶. Em outro trabalho, os autores afirmam que comparáveis asiáticos e sul-americanos, por exemplo, podem ser úteis para a análise de comparabilidade de empresas africanas, aumentando o número de possíveis comparáveis em meio à escassez de dados domésticos³⁷.

Isso mostra que a seleção da localidade geográfica das empresas objeto de análise de comparabilidade pode ser um desafio. Se a parte testada está no Brasil, comparáveis da América Latina preferem aos da Europa, Ásia ou África? Pode haver espaço para escolhas, tanto do contribuinte, como do fisco? Talvez.

A par da localidade do comparável não doméstico, a métrica de apuração da taxa ou do prêmio de risco-país igualmente pode variar, dando azo, quiçá, a escolhas.

³⁵ STEENS, Bert; ROQUES, Thibaut; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. Transfer Pricing Comparables: Preferring a Close Neighbor Over a Far-Away Peer? Amsterdã, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation* n. 47, Elsevier, p. 1-18, 2022, p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3573905>. Acesso em: 8 set. 2024.

³⁶ STEENS, Bert; ROQUES, Thibaut; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. Transfer Pricing Comparables: Preferring a Close Neighbor Over a Far-Away Peer? Amsterdã, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation* n. 47, Elsevier, p. 1-18, 2022, p. 14-15. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3573905>. Acesso em: 8 set. 2024.

³⁷ STEENS, Bert; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. *Proposed Framework for Foreign Comparables Selection and Adjustment*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://tped.eu/wp-content/uploads/2019/12/TPED-FINAL-PAPER-1.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

São numerosas as formas pelas quais o ajuste de risco-país pode ser efetuado. Há desde métricas simples a métricas muito complexas – há muito estudadas por financistas, embora não com o propósito específico de atender à legislação de preços de transferência, é dizer, atender ao princípio *arm's length*. Em geral, no controle de preços de transferência, as propostas para ajustes de risco-país sugerem a adição de um prêmio aos resultados dos comparáveis. Ocorre que as variáveis relacionadas às taxas de risco-país são muitas³⁸ – o que, desde logo, lança dúvidas acerca da adequação desses ajustes para equacionar as diferenças de risco-país nesse ou naquele bem, serviço ou direito, nessa ou naquela operação.

Com efeito, múltiplas são as formas de mensuração do risco-país. Uma abordagem consiste no ajuste do lucro operacional com base nas diferenças entre o custo médio ponderado de capital (WACC) da parte testada e dos comparáveis. Compara-se o WACC da entidade em que situada a empresa do comparável não doméstico com o WACC da parte testada, multiplicado pelo capital empregado da parte testada situada em país em desenvolvimento, chegando-se, assim, ao retorno adicional sobre o capital empregado que se espera para o país em desenvolvimento. Contudo, são várias as abordagens disponíveis para calcular o WACC em países em desenvolvimento, dada a falta de dados confiáveis – o que pode colocar em dúvida a confiabilidade desses ajustes. Outra forma de apurar o risco-país consiste na mensuração de um prêmio como *proxy*. Por essa perspectiva, apura-se o retorno adicional que se espera obter em um país em desenvolvimento. Tal retorno é igual à diferença entre o prêmio de risco-país da parte testada no país em desenvolvimento e o prêmio do país de origem, multiplicado pelo capital empregado do comparável. Em alguns casos, são feitos ajustes de capital de giro como *proxy* para o risco-país. Assim, por exemplo, havendo diferenças no capital de giro empregado em decorrência de fatores economicamente relevantes, a exemplo do risco-país, tais diferenças devem ser remuneradas por uma taxa de juro adequada que leve em consideração o risco de crédito³⁹. Pode-se também fazer uso do *spread* relativo aos títulos públicos de longo prazo do respectivo país (i.e., nota atribuída por instituições especializadas em análise de crédito a um país

³⁸ The Platform for Collaboration on Tax. *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses* – Including a supplementary report on Addressing the Information Gaps on Prices of Minerals Sold in an Intermediate Form. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, United Nations e World Bank Group (Org.), p. 1-237, 2017, p. 59.

³⁹ Cf. The Platform for Collaboration on Tax. *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses* – Including a supplementary report on Addressing the Information Gaps on Prices of Minerals Sold in an Intermediate Form. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, United Nations e World Bank Group (Org.), p. 1-237, 2017, p. 59; e STEENS, Bert; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. *Proposed Framework for Foreign Comparables Selection and Adjustment*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfendmkaj/https://tped.eu/wp-content/uploads/2019/12/TPED-FINAL-PAPER-1.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

emissor de dívida para medir capacidade e disposição de um país em honrar, pontual e integralmente, suas dívidas), aplicando-o sobre ativos operacionais como base para ajuste no lucro operacional⁴⁰.

Alguns autores sustentam que o *spread* de títulos públicos de longo prazo, em que pese não meça o risco do próprio negócio, é aferido a partir dos mesmos fatores que impulsionam o risco de inadimplência do país e o risco patrimonial – por exemplo, estabilidade monetária, déficit orçamentários e estabilidade política – o que tornaria esse medidor uma *proxy* válida para o cálculo do risco-país, inclusive em matéria de preços de transferência, desde que ajustes sobre ele sejam feitos⁴¹.

Todavia, o uso de taxas relacionadas a títulos públicos é criticada por alguns autores em razão de ter o potencial de superestimar o prêmio de risco-país, prejudicando, em especial, os ajustes relacionados a indústrias de bens de consumo e de matéria-prima, uma vez que o fluxo de caixa de entidades que operam em tais segmentos geralmente é menos volátil e tem menos correlação com a inadimplência de títulos públicos, tomada em consideração para a determinação das taxas de risco soberano⁴². Essas taxas funcionam como bons parâmetros de medida para aqueles que investem em títulos públicos do país, devendo, porém, ser ajustadas se o investidor adquire uma entidade (i.e., ações dela) no país, ou se quer medir o risco de determinado negócio na mesma localidade⁴³.

Há também vozes no sentido de que as taxas de risco de títulos soberanos são padronizadas e levam em consideração múltiplos fatores relacionados a diversas transações. Com essas taxas, busca-se eliminar os efeitos do risco sobre preços⁴⁴. Ocorre que a metodologia padronizada, estabelecida com fundamentos os mais

⁴⁰ Cf. The Platform for Collaboration on Tax. *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses* – Including a supplementary report on Addressing the Information Gaps on Prices of Minerals Sold in an Intermediate Form. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, United Nations e World Bank Group (Org.), p. 1-237, 2017, p. 59; e STEENS, Bert; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. *Proposed Framework for Foreign Comparables Selection and Adjustment*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://tped.eu/wp-content/uploads/2019/12/TPED-FINAL-PAPER-1.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

⁴¹ CAPTAIN, Purvez *et. al.* A regression-based approach to country risk adjustments in transfer pricing. In: *Tax Management Transfer Pricing Report*, v. 25, p. 1-5, 2016, p. 3.

⁴² STEENS, Bert; ROQUES, Thibaut; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. Transfer Pricing Comparables: Preferring a Close Neighbor Over a Far-Away Peer? Amsterdã, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation* n. 47, Elsevier, p. 1-18, 2022, p. 6. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3573905>. Acesso em: 8 set. 2024.

⁴³ DAMODARAN, Aswath. *Country Risk: Determinants, Measures, and Implications* – The 2024 Edition (July 14, 2024), p. 1-129, 2024, p. 57 e 97. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4896539>. Acesso em: 15 set. 2024.

⁴⁴ Nesse sentido, embora reconhecendo a utilidade dessas taxas, *vide*: DAMODARAN, Aswath. *Country Risk: Determinants, Measures, and Implications* – The 2024 Edition (July 14, 2024), p. 1-129, 2024, p. 20-48. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4896539>. Acesso em: 15 set. 2024.

variados, talvez não seja capaz de atender àquilo que o princípio *arm's length* objetiva, que é comparar transações (controlada e comparável) individualmente, e não numa perspectiva global e generalizada. Ainda, se de um lado riscos relacionados a câmbio e a crédito podem ser mais facilmente ajustados mediante o uso de informações disponíveis no mercado, a exemplo dos dados divulgados por agências que aferem risco de crédito (*sovereign credit rating*), como a S&P Global Ratings, outros riscos possivelmente não serão ajustados dada a incapacidade de sua mensuração⁴⁵ – o que pode conduzir, a depender de cada caso, e no limite, ao descarte do comparável não doméstico. Identificar bons indicadores de riscos, aptos a capturar efeitos específicos de cada país é, nesse contexto, segundo o Banco Mundial, um desafio, senão algo irreal⁴⁶. Pelos mesmos motivos, a Organização das Nações Unidas recomenda cuidado na adoção desses ajustes⁴⁷.

Nem mesmo em operações financeiras é possível fazer afirmações apriorísticas de que a localidade invariavelmente implica impacto substancial de margem, compondo, assim, a taxa de juro de empréstimos. E, mesmo que haja impacto nesses casos, o uso da taxa de risco de títulos soberanos talvez não seja suficiente para endereçar os ajustes necessários, devendo ser proporcionalizada e ajustada, por exemplo, em razão das diferenças de moeda⁴⁸.

Como se nota, além de ser difícil definir se o mercado geográfico das partes realmente afeta de modo substancial as margens e os preços⁴⁹, a escolha da metodologia que melhor equacione tais diferenças é igualmente complexa e controversa. Não por outra razão, OCDE, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização das Nações Unidas dizem existir pouca evidência empírica

⁴⁵ PETUTSCHNIG, Matthias; GOMBOTZ, Stefanie. *Comparability Adjustments: a Literature Review*. Viena: WU International Taxation Research Paper Series n. 2018-08, p. 1-19, 2018, p. 11-13. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3266107>. Acesso em: 8 set. 2024.

⁴⁶ COOPER, Joel Lachlan; FOX, Randall R; LOEPRIK, Jan; MOHINDRA, Komal. *Transfer pricing and developing economies: a handbook for policy makers and practitioners*. Directions in development. Washington, D.C.: World Bank Group, p. 1-363, 2016, p. 199. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/230331483627135642/Transfer-pricing-and-developing-economies-a-handbook-for-policy-makers-and-practitioners>. Acesso em: 8 set. 2024.

⁴⁷ United Nation. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2017)*. Nova York: United Nation, 2017, p. 625. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/04/Manual-TP-2017.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

⁴⁸ Cf. HOLLAS, John. *Tutorial: country risk adjustment in intercompany financing*, 2022. Disponível em: <https://edgarstat.com/blog/tutorial-country-risk-adjustment-in-intercompany-financing/>. Acesso em: 15 set. 2024.

⁴⁹ Ajustes de risco-país são preferencialmente aplicados em indústrias dada a maior confiabilidade do *benchmarking*. Já em setores extrativos essa confiabilidade pode ser menor, dado que tais negócios são naturalmente cíclicos, voláteis e dependentes de fatores geográficos, sendo menos influenciados pelo risco-país (cf. STEENS, Bert; GONNET, Sébastien; BEUSELINCK, Christof; PETUTSCHNIG, Matthias. *Proposed Framework for Foreign Comparables Selection and Adjustment*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://tped.eu/wp-content/uploads/2019/12/TPED-FINAL-PAPER-1.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024).

sobre a confiabilidade das abordagens propostas para cuidar dos ajustes de comparabilidade em matéria de preços de transferência⁵⁰.

No México, país em que, como se antecipou, o uso de comparáveis não domésticos é comum, dada a insuficiência de dados públicos de empresas mexicanas, a norma tributária mexicana orienta o uso da seguinte fórmula para atender às diferenças de risco-país, quando necessário:

Ajuste = ativos operacionais dos últimos anos da empresa localizada em país desenvolvido $\times$ EMBI (índice de títulos de mercados emergentes) do México.

Para Jesús Aldrin Rojas e José Augusto Chamorro Gómez, o uso de comparáveis não domésticos no México não torna obrigatório e automático o ajuste de risco-país. O ajuste de risco-país supõe que, na definição de preços e margens, haja uma compensação pela incerteza. Porém, na esteira de outros trabalhos sobre a matéria, os autores afirmam não existir evidência empírica acerca da correlação entre localização e retorno⁵¹.

Para justificar sua afirmação, nesse mesmo estudo, os autores conduziram, em 2020, o chamado “teste Kolmogorov-Smirnov” a partir de consulta à base de dados denominada “Bureau van Dijk” (atualizada até março de 2019), tendo identificado não haver diferenças generalizadas, tampouco consistentes entre as margens de empresas do setor industrial de países em desenvolvimento diante das margens de empresas situadas em países desenvolvidos.

Rojas e Gómez concluíram seu estudo (i) reforçando que não se deve automaticamente adicionar rentabilidade em função de um *spread* relacionado a ativos financeiros do país como se houvesse certeza de que esse retorno adicional será efetivamente obtido; (ii) dizendo que essa fórmula matemática sequer se alinha aos pressupostos teórico-econômicos em que se baseia sua aplicação; e (iii) sinalizando que o ajuste de risco-país pode eliminar vantagens competitivas decorrentes da operação no México (*e.g.*, menores custos trabalhistas), aumentando, com isso, a rentabilidade do contribuinte mexicano para os níveis obtidos por empresas de países desenvolvidos.

Sobre o tema das vantagens competitivas, há quem sugira que eventuais ajustes de preços de transferência derivados do uso de comparáveis não domésticos devam estar relacionados, não ao maior lucro esperado em decorrência do maior risco a que a empresa se expõe por estar nessa ou naquela localidade, mas, sim, à

⁵⁰ The Platform for Collaboration on Tax. *A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses* – Including a supplementary report on Addressing the Information Gaps on Prices of Minerals Sold in an Intermediate Form. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, United Nations e World Bank Group (Org.), p. 1-237, 2017, p. 59.

⁵¹ ROJAS, Jesús Aldrin; GÓMEZ, José Augusto Chamorro. *A closer look at the nuances of country risk adjustments*. Londres: International Tax Review, 2020. Disponível em: <https://www.international-taxreview.com/article/2a6a6xqsdyvp89wmi4oow/a-closer-look-at-the-nuances-of-country-risk-adjustments>. Acesso em: 8 set. 2024.

economia que tal empresa pode obter por operar em certas localidades (*location savings adjustments*), como a redução de custos na remuneração de funcionários, a qual tende a acontecer em países em desenvolvimento⁵². Como se nota, as diferenças de preços e margens derivadas da localidade em que a parte atua pode ser mensurada por mecanismos os mais variados.

É pela existência de múltiplas métricas, pautadas em bases distintas e/ou taxas distintas, bem assim pela incerteza quanto à confiabilidade dos resultados em termos de aproximação ao princípio *arm's length*, que o uso automático do ajuste de risco-país tem sido questionado na comunidade internacional.

No Brasil, como foi mencionado, a RFB endereçou o tema do risco-país na IN RFB 2.161. O Anexo II, dispondo sobre o ajuste de comparabilidade pelo risco-país, explica que os preços acordados entre partes não relacionadas podem variar caso atuem em mercados distintos, ainda que as operações sejam relacionadas aos mesmos bens ou serviços. Faz-se necessário, por esse motivo, identificar se o mercado e a localização geográfica das partes afetam o preço ou as margens dessas operações. Em caso positivo, ajustes de comparabilidade devem ser efetuados, de modo a eliminar os efeitos dessas diferenças materialmente relevantes.

O Anexo II prossegue dizendo que, na aplicação do método MLT, é comum a utilização de dados de informações financeiras de empresas que operam em outros mercados. Quer dizer, é comum o uso de comparáveis não domésticos. Se ajustes de comparabilidade forem necessários em decorrência das diferenças entre os dois mercados, uma abordagem prática, de acordo com a IN RFB, consiste em se computar nas empresas comparáveis um prêmio relativo à diferença de risco-país. Em seguida, o anexo apresenta, de modo ilustrativo, “uma possível abordagem para o ajuste”:

Ajuste = (Prêmio Risco-País País da parte testada – Prêmio Risco-País País do Comparável) x Capital Empregado.

*Onde: Capital Empregado = Ativos fixos operacionais somados ao Capital de Giro
Capital de Giro = Ativo Circulante – Passivo Circulante.

Veja-se que a IN RFB não diz que os ajustes relacionados às diferenças de risco-país são mandatórios. Também não diz que a fórmula acima apresentada é a única maneira de se expurgar aquelas diferenças.

Andou bem a IN RFB 2.161 nesse particular, afinal, como se demonstrou, não há consenso quanto à necessidade de ajustes dessa natureza em matéria de preços de transferência, tampouco quanto à métrica a ser utilizada.

Por tudo o que se viu, pode-se afirmar que, se na perspectiva da ciência das finanças os ajustes de risco-país talvez tenham justificativa sólida, em matéria de preços de transferência, eles não são automáticos.

⁵² SILVA, Ednaldo. Location Savings Adjustment To Profits. Betesda, *Journal of International Business and Economics*, v. 19, n. 1, 2019, p. 29-34.

Porém, quando ajustes de comparabilidade decorrentes do risco-país forem demandados, pode existir um leque de possibilidades. Diante desse leque, abre-se espaço para a discricionariedade.

Discrição não se confunde com atuação à margem da lei. Pelo contrário: o fisco deve agir nos quadrantes dela, não desbordando de suas balizas e limites, tampouco do núcleo semântico mínimo das palavras e expressões contidas no texto legal. Ainda, em qualquer caso, deve justificar sua escolha, demonstrando *como e por qual razão* adotou um caminho, em detrimento dos demais, e o *porquê* ele representa a melhor solução para o caso concreto, e não apenas uma solução razoável como as demais colocadas à sua disposição. Tal justificativa deve estar ancorada na busca da finalidade da norma, de tal modo que se atenda excelentemente, e não apenas razoavelmente, ao princípio *arm's length* e à capacidade contributiva. Tudo isso se aplica às escolhas que porventura sejam feitas quanto ao comparável e às taxas ou prêmios de risco-país.

5. Conclusão

Neste artigo, buscou-se demonstrar que a legislação de preços de transferência, estando repleta de conceitos de alta indeterminação, permite que juízos de escolha sejam feitos, inclusive em matéria de ajustes de risco-país.

Realmente, no emaranhado de expressões vagas, fluidas e abertas, expressões essas cercadas de advérbios de modo e de intensidade, além de adjetivos, todos contidos no texto da Lei n. 14.596, em algumas situações, talvez não haja uma única solução ou resposta para equacionamento do caso concreto, isto é, para aferição do atendimento ao princípio *arm's length*. O controle de preços de transferência, em hipóteses como essas, revelar-se-á, não como um labirinto que fatalmente levará o contribuinte e o fisco a um único destino, mas sim como um percurso de múltiplos caminhos e, pois, múltiplos possíveis pontos de chegada. Abre-se a possibilidade, portanto, de atuação discricionária do fisco.

A Lei n. 14.596 não alude à discricionariedade. Porém, admite que o fisco questione o preço de transações controladas – de modo motivado, e nunca aleatório. Se o fisco fizer uso da discrição no controle de preços de transferência quando lhe couber, deve assegurar o cumprimento da finalidade da lei, não podendo confundi-la com maior arrecadação. A finalidade da Lei n. 14.596 está estampada em seu art. 2º: busca-se o padrão *arm's length*, evitando-se, assim, o deslocamento de lucros, ativos e passivos entre jurisdições. No atendimento a esse princípio, cabe ao fisco buscar, não a solução boa, ou ótima, mas a solução excelente ao caso concreto.

A solução excelente, algumas vezes, passará pelo uso de comparáveis não domésticos. Qual deles? O de maior proximidade geográfica? Ou essa questão é menos relevante, porque os ajustes de risco-país são aptos a endereçar as diferenças derivadas das variadas localidades? Em caso de resposta afirmativa à última indagação, qual métrica deve ser utilizada?

Múltiplas perguntas com possibilidade de múltiplas respostas. Possibilidade, portanto, de escolhas e, de conseguinte, de discricionariedade. Se, por um lado, não há respostas apriorísticas para as diversas indagações formuladas acima, o que nos parece certo é que os ajustes de risco-país não são automáticos – como a própria RFB reconhece. E é igualmente certo que, no exercício da discricionariedade, a autoridade fiscal não é totalmente livre, devendo atuar nos quadrantes da lei, em conformidade com o núcleo semântico mínimo das palavras e expressões e, ainda, em busca da finalidade da norma, atendendo excelentemente ao princípio *arm's length* e à capacidade contributiva.

Mineração de Criptoativos e *Airdrop*

Felipe Kertesz Renault Pinto

Sócio do Renault Advogados. Doutor em Direito UERJ. Diretor da ABDF.

Professor Visitante no IBMEC, FGV, PJT/ABDF e PUC RJ.

Introdução

O tradicional Congresso Internacional de Direito Tributário do IBDT é, sem dúvidas, um dos mais importantes eventos especializados do país, sendo verdadeiro marco no desenvolvimento dos estudos do Direito Tributário. Este ano, sob a temática “desafios atuais da tributação internacional”, o evento contou com palestrantes da mais alta estirpe, que brindaram os congressistas com reflexões de alto nível sobre diferentes matérias, todas com pertinência com a temática central. No painel dedicado à tributação da economia digital, tivemos a oportunidade de analisar, sob a ótica brasileira e internacional, alguns aspectos atinentes à mineração de criptoativos.

Como primeira aproximação, cumpre destacar que, seja sob a perspectiva doméstica ou internacional, várias são as formas de realizar a mineração de criptoativos, das operações mais simples as mais complexas, tendo como ponto em comum a utilização do emprego de *hardware* especializado, *software*, energia elétrica, internet, sistema de refrigeração para o processo minerário e uma possibilidade de recompensa¹, que gera um novo criptoativo em favor do minerador, além do recebimento de taxa paga pelos usuários que têm suas operações mineradas.

A existência de pagamento de *fee*, antes opcional, hoje existente sobre a totalidade das operações, correspondente a percentual sobre o produto da mineração, tem por objetivo estimular a atividade do minerador, posto que na configuração do sistema *blockchain* alguns tipos de criptoativos – tal como o Bitcoin – tem-se redução paulatina da emissão de novos ativos, gerando cada vez menos criptomonedas disponíveis no mercado.

Ademais, a mineração pode ocorrer via GPU (realizado por meio de unidade de processamento gráfico, via CPU (unidade de processamento central de um determinado *software*), via ASICs (*hardwares* mais caros e mais eficientes na mineração funcionando por intermédio de circuitos integrados de aplicação específica), e via mineração na nuvem, onde os participantes não necessariamente possuem *hardwares* próprios, podendo acessar equipamentos terceirizados por meio da nuvem, compartilhando o lucro gerado.

¹ DA SILVA, Fabio Pereira; LECH, Tatiane Praxedes. Tributação das operações com criptoativos: uma análise da incidência do imposto de renda nas operações envolvendo permuta, mineração e recebimentos em *forks* e *airdrops*. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 52, p. 118–143, 2022. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2184>. Acesso em: 30 set. 2024.

Em razão da evolução tecnológica, bem como do crescimento do mercado de criptoativos, a mineração que antes era realizada nas residências dos mineradores, tornou-se, na atualidade, uma atividade verdadeiramente organizada. Os diferentes processos de mineração hoje existentes são reflexo do processo evolutivo do setor, agora profissionalizado como negócio, o que gera diferentes implicações tributárias tanto na legislação brasileira como na legislação internacional.

Nesse contexto, a identificação da natureza jurídica de cada operação se faz essencial para fins de tributação, de modo que tal natureza assume distintas modalidades, a depender da situação específica de cada operação. Nesse sentido, a única Solução de Consulta sobre mineração de criptoativos proferida pela Receita Federal do Brasil (DISIT/SRRF06 n. 6.008/2022)² revela a complexidade das operações para fins de tributação. Apesar de ineficaz, a consulta trouxe importantes apontamentos sobre a mineração de criptoativos.

O fenômeno referenciado pelo consultante na SC acima citada comporta diversas modalidades de exploração com distintos contornos e, por conseguinte, enquadramentos normativos. A expressão mineração, no âmbito das operações com criptoativos, refere-se à atividade de validação de transações que culmina na emissão e apropriação originária de criptomoedas. Todavia, o investimento em mineração de criptoativos pode corresponder a diferentes modalidades de exploração dessa atividade.

Destarte, apesar da complexidade envolvida em operações dessa natureza, nunca é demais reforçar que o conteúdo deve prevalecer sobre a forma, no que optamos por chamar de análise dos efeitos econômicos das operações, em detrimento da análise do suporte tecnológico de que se revestem.

Nesse contexto, é possível identificar diversos entraves tributários que podem surgir na tributação da mineração de criptoativos, tanto do ponto de vista nacional quanto internacional. Diante disso, destacamos alguns pontos controvertidos, tais como: a ausência de realização da renda, a inexistência de caráter sinalagmático entre minerador e usuário da operação validada, a impossibilidade de mensuração confiável da receita, a dificuldade na mensuração do próprio custo incorrido para minerar, a possibilidade de não existir contrato específico e condições claras em relação aos *fees* recebidos, uma vez que se observa ser incerta a liquidez dos referidos ativos.

Do ponto de vista nacional, podemos citar mais renomados autores com pontos de vista distintos, o que evidencia ainda mais a complexidade da tributação desse novo modelo de negócio.

² BRASIL. Solução de Consulta Disit/SRRF06 n. 6.008, de 19 de maio de 2022. Dispõe sobre investimentos em mineração de criptomoedas. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 107, 24 maio 2022. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAtto=124151#:~:text=SC%20Disit%2FSRRF06%20n%C2%BA%206008%2F2022&text=ALIE-NA%C3%87%C3%83O%20DE%20CRIPTOMOEDAS%20%2D%20INCID%C3%8ANCIA.,R%24%2035.000%2C00>. Acesso em: 30 set. 2024.

A título exemplificativo podemos destacar que, para Salvador Brandão Junior³, tem-se remuneração recebida como contraprestação da exploração do capital do trabalho.

Para Daniel de Paiva Gomes⁴, as novas criptomoedas não decorrem de uma ação pessoal do contribuinte ou da exploração de seu patrimônio, além de serem ativos novos e independentes, que vêm de fora do patrimônio do contribuinte, tratando-se de mera transferência patrimonial.

Para Luís Flávio Neto⁵, a mineração envolve uma permuta de recursos tecnológicos por novas criptomoedas, isto é, natureza jurídica de ativo.

Para, Flávio Rubinstein⁶, Gustavo Vettori⁷ e Thatiane Piscitelli⁸, as novas criptomoedas seriam ativos gerados pelo seu titular, como a composição de uma canção por um músico, a pintura de um quadro por um artista, o desenvolvimento de um *software* por um programador.

Para Fábio Silva⁹ e Tatiane Lech¹⁰, as novas criptomoedas seriam decorrentes de uma aquisição originária de bem, tal como usucapião, acessão, garimpo e similares.

³ BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. Criptomoedas – discussão sobre a aquisição da disponibilidade da renda na mineração e permuta de criptoativos. In: BARRETO, Paulo Ayres (coord.). *Estudos tributários sobre a economia digital*. São Paulo: Noeses, 2021, p. 296.

⁴ GOMES, Daniel de Paiva. *Bitcoin: a tributação de criptomoedas*. Da taxonomia camaleônica à tributação de criptoativos sem emissor identificado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 355.

⁵ NETO, Luís Flávio. Criptomoedas e hipóteses de (não) realização da renda para fins tributários: o encontro de “inovações disruptivas” da economia digital com a “tradição” dos institutos jurídicos brasileiros. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização do Imposto sobre a Renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 456.

⁶ RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo. Brazil – Taxation of Investments in Bitcoins and Other Virtual Currencies: International Trends and the Brazilian Approach. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 20, n. 3, Amsterdam: IBFD, 2018 (online).

⁷ RUBINSTEIN, Flavio; VETTORI, Gustavo. Brazil – Taxation of Investments in Bitcoins and Other Virtual Currencies: International Trends and the Brazilian Approach. *Derivatives & Financial Instruments*, v. 20, n. 3, Amsterdam: IBFD, 2018 (online).

⁸ PISCITELLI, Tathiane. Criptomoedas e os possíveis encaminhamentos tributários à luz da legislação nacional. *Revista Direito Tributário Atual*, v. 40, São Paulo, IBDT, 2018, p. 544.

⁹ DA SILVA, Fabio Pereira; LECH, Tatiane Praxedes. Tributação das operações com criptoativos: uma análise da incidência do imposto de renda nas operações envolvendo permuta, mineração e recebimentos em *forks* e *airdrops*. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 52, p. 118-143, 2022. DOI: 10.46801/2595-6280.52.4.2022.2184. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2184>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁰ DA SILVA, Fabio Pereira; LECH, Tatiane Praxedes. Tributação das operações com criptoativos: uma análise da incidência do imposto de renda nas operações envolvendo permuta, mineração e recebimentos em *forks* e *airdrops*. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 52, p. 118-143, 2022. DOI: 10.46801/2595-6280.52.4.2022.2184. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2184>. Acesso em: 30 set. 2024.

Cumpramos observar que a posição de todos os autores esbarra em aspectos práticos, já mencionados anteriormente, dentre os quais se destaca a necessidade de realização da renda, sob pena de evidente distorção, o que prejudica os contribuintes que eventualmente venham a ser tributados, com uma clara tendência ao aumento de litígios sobre a matéria.

A exemplo do exposto, nos Estados Unidos da América, o IRS¹¹, baseando-se nas regras gerais de tributação da renda, manifestou seu entendimento no sentido de que a tributação no processo de mineração deve ocorrer sobre o valor justo (*fair market value*). No entanto, apesar do posicionamento do IRS – e paradoxalmente – ao se deparar com um caso concreto em que determinado contribuinte, irresignado com a tributação do ativo minerado, pleiteou a restituição do tributo pago por entender que somente poderia haver a tributação quando os ativos fossem vendidos, o IRS decidiu emitir o reembolso do valor tributado e encerrar o caso sem análise de mérito. Contudo, o contribuinte, mesmo tendo recebido o reembolso, está recorrendo da decisão para forçar uma análise de mérito¹².

É dizer, em poucas palavras, que a necessidade de realização da renda nos EUA foi determinante para restituição dos valores tributados na mineração. Mais que isso, há um projeto de lei, denominado *The Lummis Gillibrand bill*¹³, que propõe o diferimento da tributação da renda sobre mineração e *staking* para o momento em que observada a efetiva alienação do ativo.

É possível afirmar, portanto, que a despeito do posicionamento do IRS no sentido de que a mineração corresponde a fato gerador do imposto de renda, a cobrança do tributo somente seria permitida quando observada sua disponibilidade, manifestada quando verificada a sua efetiva realização.

Na Polônia, também há expressa determinação legal no sentido de que a tributação da atividade de mineração de criptoativos somente estaria autorizada quando observada realização da renda, como se observa do Acórdão II FSK 753/19, proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo do referido país¹⁴, sob o fundamento de que, por não haver regras de direito que permitam calcular o valor exato do acréscimo, este somente poderá ser exigido no momento da sua efetiva alienação.

No Brasil, não há legislação ou orientação específica disponível sobre a origem de transações internacionais de criptoativos e suas receitas relacionadas, e

¹¹ Internal Revenue Service. Notice 2014-21 (2014), *supra* n. 18, at sec. 4. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹² US: M.D. Tenn., 30 Sept. 2022, *Jarrett v. United States*, WL. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/633d0970ad47477d7e1a90a3>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹³ The Lummis Gillibrand bill. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/4356/text>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁴ Disponível em: II FSK 753/19 - Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – OpenLEX. Acesso em: 30 set. 2024.

como tais transações seriam tratadas sob tratados fiscais, de modo que devem ser aplicadas as regras gerais.

Ainda em território nacional, assim como se verifica no exterior, há uma diferença significativa entre rendimentos empresariais e ganhos de capital. A questão seria uniformizar o que se entende por ganho de capital, pois há diferentes conceitos no direito comparado. Veja-se, a título de exemplo citado em nossa participação, que o IRS vem identificando como *Income Gain* o ganho decorrente de atividade motivada pelo lucro, contínua e regular¹⁵.

Expusemos, ainda, que a Reforma Tributária sobre o consumo findará, em bom tempo, com a dicotomia serviço x mercadoria, de modo que prevê, no que tange à temática em tela, a equiparação de serviços de ativos digitais a serviços financeiros para fins de incidência do IBS e da CBS (art. 177, XVI c/c art. 178, § 1º, XXVII, e art. 179; todos do PLP 68/2024), quando prestados por pessoas físicas e jurídicas supervisionadas pelos órgãos governamentais que compõem o Sistema Financeiro Nacional.

Para os serviços que não forem considerados como financeiros, ficarão sujeitos às normas gerais do IBS e da CBS.

No âmbito da União Europeia, mais especificamente no caso paradigmático *Hedqvist*¹⁶, que tem por objeto o julgamento no Supremo Tribunal Administrativo da Suécia (*Högsta förvaltningsdomstolen*), a interpretação do art. 135(1)(e) *money* e (d) *supply*, relativos à Diretiva 2006/112/CE¹⁷ sobre o IVA, em regra, considera o fornecimento tributável, mas há uma norma isentiva.

Dentre os aspectos econômicos e tributários advindos da economia digital, ressaltai a importância do processo de regulamentação dos criptoativos, inclusive para evitar práticas de *spoofing* – falsificação – ou de *pump and dump* – manipulação de preço, tal como ocorreu na emissão de *tokens* durante a guerra Rússia-Ucrânia¹⁸ e no caso *Uniswap*¹⁹, respectivamente.

Por fim, diante do exposto, conclui-se que a evolução tecnológica vem trazendo novos contornos às operações de mineração de criptoativos, com diferentes

¹⁵ Activities Not Engaged in for Profit Audit Technique Guide Internal Revenue Code Section 183 Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p5558>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁶ Högsta förvaltningsdomstolen. Hedqvist x Skatteverket, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62014CJ0264>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁷ Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0112>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁸ Disponível em: <https://blog.sekoia.io/apt28-leverages-multiple-phishing-techniques-to-target-ukrainian-civil-society/>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁹ Disponível em: Ghosh, Shikhar, Shweta Bagai, and Liang Wu. “Uniswap: Fighting a Vampire Attack (A).” Harvard Business School Case 824-162, February 2024. (Revised April 2024.) Acesso em: 30 set. 2024.

impactos tributários, e que, para fins de imposto sobre a renda, deve ser respeitado o princípio da realização, principalmente diante dos aspectos práticos que dificultam até mesmo a mensuração do valor de determinado ativo.

Guidelines da OCDE: Relevância e Controvérsias sob o Ângulo do Processo de Acesso

Fernanda Menezes Pereira
Advogada da União. Doutora pela USP.

1. A relevância das *Guidelines*

As *Transfer Pricing Guidelines* – TPG da OCDE, ou Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais, foram objeto, desde 2018, de um projeto conjunto do Brasil com a referida organização, por meio do qual se analisaram, inicialmente, as semelhanças e diferenças entre o sistema brasileiro e o da OCDE, bem como as lacunas da legislação doméstica. Verificou-se que o regime brasileiro, que teve por base o relatório da OCDE de 1979, manteve suas principais características desde 1996, quando foi publicada a Lei n. 9.430, enquanto as Diretrizes da OCDE seguiram evoluindo, e constatou-se que, embora o regime brasileiro tivesse algumas características positivas, como a simplicidade na administração, ocasionava dupla tributação e BEPS¹.

Concluiu-se, ao final, pela necessidade de alinhar as regras brasileiras sobre preços de transferência às TPG. Em 29 de dezembro de 2022, foi publicada a Medida Provisória n. 1.152, que estabeleceu as novas regras, tendo sido convertida, em junho de 2023, na Lei n. 14.596. Em 29 de setembro de 2023, foi publicada a Instrução Normativa RFB n. 2.161, após consulta pública que ensejou modificações na minuta inicial. Nem todos os temas da lei foram abrangidos pela referida instrução normativa, de modo que o país segue desenvolvendo a sua legislação secundária. Em 29 de agosto de 2024, foram disponibilizadas para consulta pública as minutas das instruções normativas que regulamentarão as transações com serviços intragrupo e o Acordo de Precificação Antecipada Unilateral².

Embora as Diretrizes da OCDE não sejam isentas de críticas, considerou-se que o alinhamento da abordagem brasileira sobre preços de transferência ao padrão utilizado pela grande maioria dos países, ao evitar a dupla tributação, permitirá a atração de investimentos e uma maior integração do país às cadeias globais de valor, o que revela a grande importância das *Guidelines* também sob a perspectiva internacional econômica de forma mais ampla.

¹ OCDE/Receita Federal do Brasil. *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard: a joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks*. Paris: OECD, 2019.

² BRASIL. Receita Federal abre consulta pública sobre Instruções Normativas em matéria de preços de transferência. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2024/agosto/receita-federal-abre-consulta-publica-sobre-instrucoes-normativas-rfb>. Acesso em: 20 ago. 2024.

Nesse sentido, outro aspecto relevante foi a recente alteração na política fiscal de relevantes parceiros comerciais e de investimento do Brasil, como os Estados Unidos, no sentido do não aproveitamento de créditos fiscais estrangeiros quanto a países que não adotam o padrão OCDE de preços de transferência, o que gerou risco de desinvestimento e de pouca atratividade para novos investimentos no país. Como resultado de se evitar barreiras ao comércio internacional e aos fluxos de investimentos, pode-se alcançar um aumento nos níveis de empregos, nas transferências de *know-how* e tecnologia, com efeitos benéficos para a economia e o desenvolvimento do país³.

O efetivo alcance desses objetivos que fundamentaram a mudança ainda terão que ser observados no Brasil, já que a nova lei entrou em vigor em janeiro deste ano⁴.

Além de evitar a dupla tributação, o alinhamento das regras brasileiras sobre preços de transferências às Diretrizes da OCDE contribui para proteger e expandir a base tributável do país ao evitar a dupla não tributação e a prática de BEPS. Assim, pode-se evitar, também, que outros setores sejam mais pesadamente tributados em razão dessa perda de receitas, gerando um maior equilíbrio em termos de competitividade⁵.

É interessante notar que a grande importância das *Guidelines* se revela quando um país, como o Brasil, inicia o processo de acesso à OCDE. Os dois assuntos mais importantes na seara tributária, no contexto do começo desse processo, foram o controle dos preços de transferência e a divergência entre política brasileira de celebração de tratados e o Modelo de Convenção Tributária da OCDE, sendo que, enquanto a solução para essa última questão passa pela realização de reservas, a primeira demandou esforços significativos para o alinhamento, de modo que, ao final, as Diretrizes foram consideradas o tema mais relevante⁶.

Ademais, essa mudança tende a se refletir na maior convergência da política fiscal internacional do país aos padrões da OCDE de modo mais amplo.

³ OCDE/Receita Federal do Brasil. *O novo sistema de preços de transferência: aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e promoção do comércio e investimento*. Brasília: OCDE/RFB, 2023, p. 18.

⁴ Com exceção do art. 45 da Lei n. 14.596, que entrou em vigor na data de sua publicação e estabeleceu a possibilidade de o contribuinte optar pela aplicação do novo regime a partir de 1º de janeiro de 2023.

⁵ Cf. OCDE/Receita Federal do Brasil. *O novo sistema de preços de transferência: aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e promoção do comércio e investimento*. Brasília: OCDE/RFB, 2023, p. 17.

⁶ Nesse mesmo sentido, ver ROCHA, Sérgio André. Acesso do Brasil à OCDE e a Política Fiscal Internacional brasileira. *Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI*, n. 28, p. 41 e 46, set./dez. 2020. Na mesma linha, o assunto foi considerado uma área chave para a acesso no seguinte relatório: OCDE/Receita Federal do Brasil. *O novo sistema de preços de transferência: aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e promoção do comércio e investimento*. Brasília: OCDE/RFB, 2023, p. 21.

Efetivamente, o alinhamento do Brasil às Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE permite o cumprimento mais eficaz dos seus acordos de dupla tributação⁷. Até mesmo uma eventual futura assinatura do *BEPS Multilateral Instrument – MLI* pelo país fica facilitada, já que passa a haver uma maior consonância do sistema jurídico interno com a linguagem do *MLI*. O Brasil e os Estados Unidos foram os únicos países que optaram por implementar as medidas previstas nesse instrumento bilateralmente, o que é desafiador.

Portanto, a nova legislação brasileira sobre preços de transferência pode facilitar o processo de acessão, se retomado, na área internacional tributária. No entanto, cumpre lembrar que, no processo da acessão, não se avaliam apenas as leis, mas as práticas, a efetividade das normas, o que remete aos desafios suscitados pelas *Guidelines*, como a sua complexidade, a necessidade de que melhor reflitam os interesses dos países em desenvolvimento, bem como as controvérsias que a utilização das versões mais recentes para a interpretação da legislação doméstica pode ensejar. Também sob o ângulo do atingimento dos demais objetivos almejados, a adequada e efetiva implementação das novas normas é necessária.

2. A complexidade das *Guidelines* e os países em desenvolvimento

Uma das principais questões que as *Guidelines* da OCDE sobre preços de transferência suscitam é a sua grande complexidade, que gera dúvidas quanto à capacidade dos países em desenvolvimento para implementá-las.

Esse foi um dos motivos de apenas recentemente o Brasil convergir ao padrão da OCDE, foi preciso uma evolução das capacidades da Administração Tributária brasileira. Contudo, na fase de implementação, ainda é muito importante o desenvolvimento de *capacity building* para a aplicação das novas regras. Para tanto, a utilização do *Tax Inspectors Without Borders*⁸ e o diálogo com especialistas de outros países, através do *Global Relations Program on Taxation* da OCDE⁹, podem ser úteis. Será de grande valia, igualmente, um diálogo aberto e construtivo entre as autoridades tributárias e os contribuintes¹⁰.

⁷ OCDE/Receita Federal do Brasil. *O novo sistema de preços de transferência: aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e promoção do comércio e investimento*. Brasília: OCDE/RFB, 2023, p. 18.

⁸ OCDE. *Tax Inspectors Without Borders (TIWB)*. Disponível em: <https://www.tiwb.org>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁹ OCDE. *Global Relations Program on Taxation*. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/about/programmes/global-relations-programme-on-taxation.html>. Acesso em: 20 ago. 2024.

¹⁰ PEREZ-NAVARRO, Grace; BALCO, Tomas; TIRAND, Camille. Practical Implementation Considerations related to the Introduction of the New Transfer Pricing Legislation in Brazil. In: MON-GUILOD, Ana C.; OLIVEIRA, André G. de; FERRARI, Bruna C.; PIMENTEL, Claudia L. *Preços de transferência no Brasil: rumo à convergência com o Padrão OCDE*. São Paulo: Quartier Latin, 2023, p. 65.

Outros países em desenvolvimento, certamente, ainda enfrentam dificuldades administrativas, bem como outros desafios institucionais e sociais¹¹ para se alinharem a essas *Guidelines* e, quando o fazem mesmo com tais dificuldades, podem realizar uma aplicação inconsistente das normas, comprometendo a sua eficácia.

Inclusive, chegou-se a questionar em que medida o Brasil realizar o alinhamento ao padrão da OCDE seria benéfico para o país e para os próprios contribuintes, haja vista a maior simplicidade das regras nacionais anteriores, e foi sugerida a convergência com a manutenção de um certo *policy space*¹². Entendeu-se necessário, ao final, o alinhamento total, para que não remanescessem lacunas, com o comprometimento da segurança jurídica, o aumento do custo de conformidade e a permanência dos riscos de dupla tributação e não tributação. No entanto, nesse alinhamento das regras brasileiras às *Guidelines* da OCDE, busca-se dar a devida importância aos aspectos de simplificação, facilidade de administração e conformidade tributária, por meio de *safe harbours* que reflitam a realidade econômica, desenhados em conformidade com o parâmetro do *arm's length*¹³, princípio que se fundamenta na isonomia e no próprio conceito de renda¹⁴.

Vale notar que há uma tendência mais recente na fiscalidade internacional de se considerar esse aspecto de simplificação, a exemplo do que se observa no Montante B do Pilar Um da Solução de Dois Pilares para os desafios da digitalização da economia, que apresenta uma solução simplificada para precificar atividades básicas de *marketing* e distribuição no país e pode inspirar alguns dos futuros *safe harbours* no Brasil¹⁵.

¹¹ Cf. TILAHUN, Nathanael; YIHDEGO, Abebe G. Unsuccessful Implementation of the OECD Transfer Pricing Guidelines in Low Income Countries: The Case of Ethiopia. *British Tax Review*. London: Sweet & Maxwell, n. 2, p. 212, 2023.

¹² TORRES, Heleno Taveira; SCHOUERI, Luís Eduardo; TAVARES, Romero J. S.; ROCHA, Sergio André. *Manifesto à declaração conjunta sobre projeto de preços de transferência OCDE-Brasil*, 25 de julho de 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5366320/mod_resource/content/1/Manifesto%20%C3%A0%20declara%C3%A7%C3%A3o%20conjunta%20sobre%20projeto%20de%20pre%C3%A7os%20de%20transfer%C3%Aancia%20OCDE-Brasil.pdf. Acesso em: 2 ago. 2024.

¹³ OCDE/Receita Federal do Brasil. *O novo sistema de preços de transferência: aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e promoção do comércio e investimento*. Brasília: OCDE/RFB, 2023, p. 14, 15, 23 e 24.

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 443.

¹⁵ Cf. OCDE/Receita Federal do Brasil. *O novo sistema de preços de transferência: aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e promoção do comércio e investimento*. Brasília: OCDE/RFB, 2023, p. 23-24. O Pilar Um ainda não foi adotado, notadamente ante resistência dos Estados Unidos, mas isso não significa que o tema não seguirá sendo debatido. Cf. AVI-YONAH, Reuven. After Pillar One. *British Tax Review*. London: Sweet & Maxwell, n. 3, p. 243, 2023. Há, ainda, a dificuldade de os vários países do Quadro Inclusivo concordarem com a margem estabelecida para o Montante B.

O art. 37 da Lei n. 14.596/2023 e o art. 52 da IN RFB n. 2.161/2023 preveem regulamentos específicos que estabeleçam medidas de simplificação, podendo ser introduzidos *safe harbours* em transações específicas, que, por sua vez, poderão ser úteis como exemplos para outros países que busquem uma maior simplificação consonante com o padrão da OCDE, em especial para os países em desenvolvimento.

3. As *Guidelines* e os interesses dos países em desenvolvimento

Outra controvérsia mais ampla do que as Diretrizes da OCDE ensejam diz respeito ao fato de haver uma tendência de que elas reflitam os interesses ou visões dos países desenvolvidos, que são os principais membros da referida organização¹⁶.

O Manual Prático das Nações Unidas sobre Preços de Transferência para Países em Desenvolvimento (2021)¹⁷, cuja primeira versão foi elaborada em 2013, teve o objetivo de fornecer aos países menos desenvolvidos orientações que pudessem servir de base para seus regulamentos, devendo esse Manual refletir a situação especial desses países¹⁸, mantidos, entretanto, os mesmos conceitos e regras fundamentais das *Guidelines* da OCDE, que seguem sendo a principal referência.

Essa consistência é importante na medida em que o desvio do padrão internacionalmente aceito pode gerar os efeitos de dupla tributação e não tributação. Portanto, não se trata de questão simples a ser resolvida pela adoção de regras diferentes, mas, por exemplo, mediante a construção de *safe harbours* compatíveis com o princípio do *arm's length*, conforme já referido no item anterior, e de orientações adicionais que sejam particularmente úteis aos países em desenvolvimento.

Nesse sentido, observa-se que a própria OCDE tem buscado levar em consideração as necessidades e interesses desses países. Um exemplo bem recente, de agosto deste ano, é o trabalho da OCDE em conjunto com o *Intergovernmental Forum on Mining, Minerals, Metals and Sustainable Development – IGF* com o objetivo de apoiar os países em desenvolvimento por meio de orientações práticas para os desafios em matéria de preços de transferência decorrentes da fixação do preço do lítio, mineral fundamental na transição energética global. Objetivou-se identificar os principais fatores econômicos que influenciam o preço do lítio na aplicação do método do preço comparável não controlado e garantir que os países em desenvolvimento sejam capazes de tributar as exportações de lítio de forma

¹⁶ Cf. VEGA, Alberto. International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines. *TranState Working Papers*, 163. Bremen: SFB 597, Staatlichkeit im Wandel, 2012, p. 25.

¹⁷ UNITED NATIONS. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries 2021*. New York, 2021. Disponível em: <https://desapublications.un.org/publications/united-nations-practical-manual-transfer-pricing-developing-countries>. Acesso em: 8 ago. 2024.

¹⁸ Como salientado em seu Prefácio. Cf. UNITED NATIONS. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries 2021*. New York, 2021, p. iv.

adequada¹⁹. Sabe-se que a questão da precificação de matérias-primas e recursos minerais sempre foi importante para os países em desenvolvimento²⁰.

Já se sugeriu, entretanto, uma mudança mais estrutural de governança para que os países em desenvolvimento pudessem participar das discussões referentes às Diretrizes de Preços de Transferência por meio de uma reforma do processo de *law-making* na OCDE²¹.

Vale lembrar que, no Projeto BEPS, o Quadro Inclusivo permitiu a participação ampla de países não membros em diversas ações, inclusive do Brasil, que sempre foi associado, sendo que parte delas tiveram implicações nas *Guidelines* da OCDE, as quais incorporaram as recomendações decorrentes das Ações 8-10 (*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*) e 13 (*Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*)²². Quando promovida a convergência do Brasil às Diretrizes da OCDE, elas já tinham passado por esses diversos aprimoramentos.

No entanto, o real poder de influência dos países em desenvolvimento mesmo no *Inclusive Framework* foi questionado, em especial no que se refere à discussão sobre a reconfiguração da divisão do poder de tributar na economia digitalizada e globalizada. Em verdade, a questão ora abordada se insere, portanto, numa discussão mais ampla sobre a representatividade dos interesses dos países em desenvolvimento nas discussões internacionais tributárias e a necessidade de evolução da governança fiscal internacional²³. Inclusive, recentemente, viu-se o aumento da importância da ONU na fiscalidade internacional, estando sendo concebida uma Convenção-Quadro da ONU sobre Cooperação Fiscal Internacional (Convenção-Quadro)²⁴.

¹⁹ Cf. OECD/IGF. *Determining the Price of Minerals: A Transfer Pricing Framework for Lithium*. Paris: OECD Publishing, 2024.

²⁰ Cf. ABLET, Lambert G. The UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries: Should It Depart from the OECD Transfer Pricing Guidelines? *International Transfer Pricing Journal*, Jan./Feb. p. 34, 2012.

²¹ Cf. VEGA, Alberto. International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines. *TranState Working Papers*, 163. Bremen: SFB 597, Staatlichkeit im Wandel, 2012, p. 25-26.

²² O instrumento legal OECD/LEGAL/0424 (*Recommendation of the Council on Base Erosion and Profit Shifting Measures Related to Transfer Pricing*) recomenda que sejam seguidas as Diretrizes estabelecidas no *Final Report* das Ações 8 a 10 e 13. Também, no Prefácio da segunda edição do Manual da ONU, afirma-se que o subcomitê responsável pelo documento deve levar em consideração os resultados do Projeto BEPS da OCDE e G20 no que se refere ao tema preços de transferência. Cf. UNITED NATIONS. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries 2021*. New York, 2021, p. iv.

²³ Sobre o tema da governança fiscal internacional, ver SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança Fiscal Internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *RDIET*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 481, jul./dez, 2020.

²⁴ Em 7 de junho de 2024, a ONU publicou um “Zero Draft” Terms of Reference (ToR) para uma Convenção-Quadro da ONU sobre Cooperação Fiscal Internacional (Convenção-Quadro) para

O fortalecimento do papel da ONU nesse campo pode levar a OCDE a investir mais em *capacity building* e representação dos interesses do *Global South*, o que pode melhorar a inclusividade na área internacional tributária²⁵. Além disso, mais recentemente, tem-se visto o ingresso de países em desenvolvimento na OCDE, a exemplo da Colômbia e da Costa Rica, o que pode eventualmente surtir efeitos na representatividade dos interesses desses países. Caso o Brasil venha a se tornar membro, seria o único a participar da OCDE, Brics e G20, o que poderia lhe permitir uma possibilidade ampla de contribuição nesse aspecto.

4. Evoluções das *Guidelines* e a interpretação dinâmica das normas domésticas

As Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE seguem em constante evolução, sendo atualizadas a partir da experiência dos países-membros da OCDE e de alguns países não membros selecionados.

Podem surgir, então, controvérsias a respeito da utilização pelos países das versões mais recentes dessas Diretrizes para fins de interpretação da legislação doméstica, em razão da sua característica de *soft law*.

Conforme prevê o art. 5º da Convenção sobre a OCDE²⁶, essa organização pode buscar atingir seus objetivos por meio de decisões, recomendações ou acordos internacionais. As *Guidelines* são objeto de recomendação e, portanto, não são juridicamente vinculantes. Parte de seu conteúdo, entretanto, pode ser refletido em leis, a exemplo do ocorrido no Brasil.

Antes de se adentrar na questão da interpretação dinâmica das normas internas à luz das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE, cumpre fazer breve menção à questão prévia da sua utilização para fins interpretativos.

Na Europa, algumas cortes nacionais não fazem referência expressa às *Guidelines* em razão do princípio da legalidade tributária, e outras as mencionam

consulta pública. As áreas prioritárias específicas a serem abordadas nos primeiros protocolos, indicadas no item 14, foram as seguintes: “tributação da economia digitalizada e globalizada; tributação dos rendimentos provenientes de serviços transfronteiriços; fluxos financeiros ilícitos relacionados com impostos; prevenção e resolução de litígios tributários; e tributação de indivíduos com alto patrimônio líquido”. Disponível em: <https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2024-06/Zero%20draft%20ToR%207%20June%202024.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2024.

²⁵ Cf. CHRISTENSEN, R. C. Between revolution and rhetoric: The UN vote and the future of international tax cooperation. *British Tax Review*. London: Sweet & Maxwell, n. 1, 2024, p. 12; e o seguinte exemplo: OECD. G20/OECD Roadmap on Developing Countries and International Taxation Update 2023: OECD Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors [2023]. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/g20-oecd-roadmap-on-developing-countries-and-international-taxation-update-2023_4fc33451-en.html. Acesso em: 5 ago. 2024.

²⁶ OECD. Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development. Paris: OECD, 1960. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/about/legal/text-of-the-convention-on-the-organisation-for-economic-co-operation-and-development.html>. Acesso em: 5 ago. 2024.

como um instrumento interpretativo qualificado²⁷. De fato, em vários países essa segunda posição é uma prática, especialmente quando as *Guidelines* trazem mais detalhes sobre um determinado aspecto do que a legislação doméstica²⁸.

A utilização da Diretrizes pelo Judiciário como instrumento de interpretação pode facilitar a correta aplicação das normas internas em situações complexas.

Quanto ao fundamento para tanto, sob o prisma internacional, as *Guidelines* podem ser vistas como uma extensão dos Comentários ao Modelo de Convenção da OCDE, sendo dotadas do mesmo valor interpretativo que os Comentários ao art. 9º²⁹. As exceções são os acordos de bitributação nos quais as partes fazem referência explícita às *Guidelines* nos protocolos, que são juridicamente vinculantes. Sob a perspectiva nacional, várias legislações se referem às *Guidelines* da OCDE sobre preços de transferência, geralmente indicando a necessidade de que sejam levadas em consideração na interpretação das normas internas³⁰.

No Brasil, a IN RFB n. 2.161/2023 estabeleceu, no § 4º do seu art. 1º, que as Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE, bem como suas futuras alterações, quando expressamente aprovadas pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil – RFB, são fontes subsidiárias para a interpretação e integração das normas de controle dos preços de transferência, exceto se forem contrárias ou inconsistentes em relação à Lei n. 14.596/2023, a referida IN ou aos demais atos normativos editados pela RFB.

Foi indicada, assim, a interpretação dinâmica temperada da legislação doméstica à luz das Diretrizes da OCDE.

Essa opção pode ser questionada, tendo em vista que o país não é membro da OCDE e ainda não se sabe se e quando o processo de acessão será retomado. Cuida-se de questão relevante, em especial porque a instrução normativa trata de integração e não apenas de interpretação. Pode-se argumentar que a utilização da versão mais recente das Diretrizes da OCDE ofenderia, em princípio, a segurança jurídica das empresas.

Todavia, considerar as futuras alterações das Diretrizes, além de ser importante para manter o país atualizado quanto às práticas de controle de preços de transferência, permite a uniformidade da interpretação do princípio do *arm's length* entre os diversos países, contribuindo para a segurança jurídica das empresas sob

²⁷ Cf. CALDERÓN, Jose. The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law? *Intertax*, v. 35, Issue 1. Kluwer Law International: 2007, p. 26.

²⁸ Cf. VEGA, Alberto. International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines. *TranState Working Papers*, 163. Bremen: SFB 597, Staatlichkeit im Wandel, 2012, p. 25.

²⁹ Cf. BULLEN, A. Chapter 2 Methodology in Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing (IBFD 2011), *Online Books IBFD* (accessed 1st August 2016), p. 6.

³⁰ Cf. VEGA, Alberto. International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines. *TranState Working Papers*, 163. Bremen: SFB 597, Staatlichkeit im Wandel, 2012, p. 25.

o ângulo internacional. Torna-se necessário, portanto, considerar, nesse tema, uma dimensão internacional do princípio da segurança jurídica.

No primeiro caso sobre preços de transferência julgado pelo Judiciário da Zâmbia, por exemplo, houve uma consideração seletiva e imperfeita das *Guidelines* da OCDE e da ONU, não tendo sido aproveitada a versão mais atual nem o trabalho recente em benefício dos países em desenvolvimento. A decisão foi objeto de críticas, pois, por se tratar de tema complexo, a referência às práticas internacionais estabelecidas ou situações semelhantes pode oferecer um valioso guia ao julgador, havendo, inclusive, decisões de outros países em sentido diverso³¹.

No mesmo sentido, no contexto dos países andinos, já se defendeu que a última versão das Diretrizes fosse levada em conta sem necessidade de alteração na legislação doméstica quando as mudanças cobrem aspectos técnicos não endereçados pelas normas internas, podendo ser um instrumento útil para interpretação³².

De todo modo, mesmo que se considere atendido o princípio da segurança jurídica analisado sob o prisma internacional, podem surgir questionamentos quanto ao princípio da legalidade.

Há quem sugira que, se a alteração se relaciona à realização do princípio do *arm's length* e não a uma nova metodologia para determinar preços ou a novos conceitos, a versão mais recente tende a ser preferível³³. Há, também, quem entenda que a questão deve ser analisada caso a caso, considerando tanto a legislação doméstica quanto as Diretrizes, que poderão ser utilizadas se não estiverem em conflito com as normas internas³⁴. Podem, contudo, surgir questões complexas na prática, em especial quando as Diretrizes forem utilizadas para fins de integração.

Certamente, a aprovação pela Receita não tem o condão de suprir a necessidade de respeito ao princípio da legalidade³⁵, o que atende a tal necessidade é a impossibilidade de que as alterações sejam levadas em conta quando contrárias à legislação vigente, a qual, inclusive, tem conteúdo bastante detalhado.

³¹ DUNNE, Vanessa. Zambia's First Transfer Pricing Case: An Opportunity Lost to use the Updated OECD and UN Transfer Pricing Guidelines for Developing Countries. *Bulletin for International Taxation*, Nov., p. 597, 2019.

³² JURADO, Sophia Castro; DEL RIO, Manuel. 2010 OECD Transfer Pricing Guidelines: Comments on the Impact in Andean Countries. *International Transfer Pricing Journal*. May/Jun., p. 175, 2021.

³³ HAGELIN, Johan. International – Retroactive Application of the OECD Transfer Pricing Guidelines for Interpretation in Transfer Pricing Issues. *International Transfer Pricing Journal*, v. 25, n. 6, p. 5-6, 2018.

³⁴ No mesmo sentido, MONSENEGO, Jérôme. *Introduction to Transfer Pricing*, Second Edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2022, p. 44.

³⁵ Cf. TOMAZELA, Ramon. *Manual dos Preços de Transferência: a adoção integral do padrão “arm's length” no sistema tributário brasileiro pela Lei n. 14.596/2023*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 51.

A aprovação pela Receita revela-se ser útil, entretanto, para verificação, pelo próprio Fisco, de eventuais conflitos entre a versão atualizada das *Guidelines* e a legislação, de modo a evidenciar para os contribuintes quando as atualizações poderão ser utilizadas, promovendo mais segurança jurídica. Como tem sido feito em relação às demais instruções normativas, é importante que essa aprovação seja precedida de consulta pública.

A exigência de aprovação pela Receita impede, dessa forma, que as alterações das Diretrizes sejam consideradas de modo automático, o que poderia ser questionado. Na Colômbia, a remissão feita pela lei sobre preços de transferência (Lei n. 788/2002) às Diretrizes da OCDE para a definição de paraíso fiscal foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana no Caso n. C-690-03, julgado em 12-8-2003, por transferir a capacidade de definir aspectos substantivos de comércio exterior e de relações internacionais a uma organização internacional da qual a Colômbia não fazia parte³⁶.

Portanto, em princípio, a versão mais recente pode ser utilizada para fins interpretativos e integrativos, na medida em que aporte esclarecimentos úteis ou reflita práticas já aceitas e não mudanças que desviem dos limites do texto da legislação doméstica, sob pena de violação da legalidade tributária. Caso as novas versões das *Guidelines* inovem ou divirjam da legislação brasileira, passa a haver a necessidade de alteração da lei, se for do interesse do Brasil.

Por fim, interessante notar que a instrução normativa não faz referência ao Manual da ONU, atualizado pelo seu Comitê de Especialistas, do qual participam os países em desenvolvimento. Isso não significa que o referido Manual não possa ser utilizado para fins interpretativos, de modo semelhante a uma opinião doutrinária, mas decorre do fato de as Diretrizes da OCDE serem a principal referência no tema. Além disso, o contexto de preparação para o processo de acesso à OCDE também explica, em parte, esse aspecto.

5. Conclusões

O alinhamento das normas brasileiras sobre o controle de preços de transferência às Diretrizes da OCDE, que estabelecem um padrão amplamente utilizado internacionalmente, evita a dupla tributação, de modo a não serem geradas barreiras ao comércio internacional e aos fluxos de investimentos, permitindo a integração do país às cadeias globais de valor. Também previne as práticas de BEPS e a dupla não tributação, por meio da exploração de lacunas e diferenças entre os sistemas nacionais. Possui, portanto, reflexos importantes no âmbito internacional econômico de forma mais ampla.

A grande importância das *Guidelines* se revela, também, quando um país, como o Brasil, busca iniciar o processo de acesso à OCDE. Além de ter sido con-

³⁶ Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-690-03.htm>. Acesso em: 20 ago. 2024.

siderado o tema mais relevante no âmbito tributário no contexto do começo desse processo, o alinhamento ao padrão da OCDE em matéria de preços de transferência facilitará a convergência do país às práticas e instrumentos da referida organização de um modo mais geral, o que poderá facilitar o seguimento do processo de acesso, se retomado.

Observe-se, entretanto, que esses efeitos positivos, tanto em termos de alcance dos objetivos relativos à política fiscal internacional e ao comércio e investimentos internacionais, quanto no que se refere à existência de condições favoráveis para o eventual acesso à OCDE, dependem da efetiva e adequada implementação da nova legislação sobre preços de transferência, o que é uma tarefa desafiadora sob diferentes prismas.

Efetivamente, não obstante a relevância das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE, elas não estão isentas de controvérsias, tais como o tema da sua excessiva complexidade, que gera dificuldades de implementação pelos países em desenvolvimento; a questão da contemplação dos interesses desses países e a governança no assunto; e, ainda, a necessidade de atualizações que suscitem questionamentos quanto à interpretação dinâmica da legislação doméstica à luz dessas *Guidelines*.

Quanto à complexidade das Diretrizes da OCDE, no alinhamento do país a esse padrão, buscou-se dar a devida importância aos aspectos de simplicidade e conformidade tributária, podendo ser elaborados *safe harbours* que sejam compatíveis com a realidade econômica e estejam em consonância com o princípio do *arm's length*. Inclusive, o Montante B da Solução de Dois Pilares para os desafios da digitalização da economia pode servir de inspiração para *safe harbours* brasileiros, que, por sua vez, podem inspirar o desenho de medidas semelhantes em outros países em desenvolvimento cujo objetivo seja alcançar uma maior simplificação em conformidade com o padrão da OCDE.

Quanto à necessidade de que os interesses dos países em desenvolvimento sejam mais refletidos nesse padrão, o Manual Prático das Nações Unidas sobre Preços de Transferência para Países em Desenvolvimento (2021) buscou endereçar essa questão. Além disso, partindo-se dos mesmos conceitos e regras fundamentais das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE, devem seguir sendo exploradas e expandidas medidas de simplificação e, também, orientações que sejam especialmente úteis para os países em desenvolvimento, tanto no âmbito da ONU quanto da própria OCDE, a exemplo do que se viu recentemente em relação aos preços de transferência no setor do lítio.

A OCDE já vinha reconhecendo que suas Diretrizes precisavam de aprimoramentos, inclusive, as Ações 8 a 10 e 13 no âmbito do *G20/OECD Inclusive Framework on BEPS* resultaram em progressos no assunto. Embora os países em desenvolvimento venham ganhando mais voz no âmbito da fiscalidade internacional, a exemplo do que se viu no referido Quadro Inclusivo sobre o Projeto BEPS, o real poder de influência desses países na construção da política internacional tributária

ria ainda é questionável. A recente resolução no âmbito da ONU para a elaboração de uma Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Cooperação Fiscal Internacional pode resultar em um movimento mais amplo, também na OCDE, no sentido de uma maior inclusividade nos debates fiscais internacionais.

Por fim, as Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE seguem em constante evolução, para que sejam solucionados os desafios e as complexidades que vão se revelando para a aplicação do princípio do *arm's length*, empreitada que é facilitada pelo fato de serem incluídas na categoria de *soft law*. Todavia, em face justamente da sua natureza juridicamente não vinculante, bem como do fato de que são atualizadas no âmbito da OCDE, mas seguidas também por não membros, surgem controvérsias a respeito da interpretação dinâmica da legislação doméstica à luz dessas *Guidelines*.

A utilização das versões mais recentes das Diretrizes para fins de interpretação da legislação doméstica, além de viabilizar que o país siga atualizado quanto às práticas de preços de transferência, facilita o entendimento uniforme do princípio do *arm's length* pelos diversos Estados, o que evita situações de dupla tributação e não tributação, contribuindo para a efetividade do princípio da segurança jurídica em sua dimensão internacional.

No Brasil, foi adotada uma interpretação dinâmica temperada da legislação doméstica sobre o controle dos preços de transferência à luz das Diretrizes da OCDE, sendo necessária a aprovação da Receita quanto às alterações, o que promove uma maior segurança jurídica. Além disso, resta assentada a impossibilidade de que versões mais recentes das Diretrizes sejam fontes de interpretação ou integração quando conflitem ou sejam inconsistentes com a lei ou a legislação secundária. Podem, todavia, agregar esclarecimentos ou elementos adicionais para uma aplicação mais efetiva e atualizada da legislação, devendo ser sempre respeitados os limites da legislação doméstica, de modo que seja observado o princípio da legalidade.

Referências

- ABLET, Lambert G. The UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries: Should It Depart from the OECD Transfer Pricing Guidelines? *International Transfer Pricing Journal*, Jan./Feb. 2012.
- AVI-YONAH, Reuven. After Pillar One. *British Tax Review*. London: Sweet & Maxwell, n. 3, 2023.
- BULLEN, A. Chapter 2 Methodology in Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing (IBFD 2011), *Online Books IBFD* (accessed 1st August 2016).
- CALDERÓN, Jose. The OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law? *Intertax*, v. 35, Issue 1. Kluwer Law International: 2007.

- CHRISTENSEN, R. C. Between revolution and rhetoric: The UN vote and the future of international tax cooperation. *British Tax Review*. London: Sweet & Maxwell, n. 1, 2024.
- DUNNE, Vanessa. Zambia's First Transfer Pricing Case: An Opportunity Lost to use the Updated OECD and UN Transfer Pricing Guidelines for Developing Countries. *Bulletin for International Taxation*, Nov. 2019.
- HAGELIN, Johan. International – Retroactive Application of the OECD Transfer Pricing Guidelines for Interpretation in Transfer Pricing Issues. *International Transfer Pricing Journal*, v. 25, n. 6, 2018.
- JURADO, Sophia Castro; DEL RIO, Manuel. 2010 OECD Transfer Pricing Guidelines: Comments on the Impact in Andean Countries. *International Transfer Pricing Journal*, May/Jun. 2021.
- OECD. *Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development*. Paris: OECD, 1960.
- OECD. *G20/OECD Roadmap on Developing Countries and International Taxation Update 2023: OECD Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors [2023]*. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/g20-oecd-roadmap-on-developing-countries-and-international-taxation-update-2023_4fc33451-en.html. Acesso em: 5 ago. 2024.
- OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD Publishing, 2022.
- OECD/IGF. *Determining the Price of Minerals: A Transfer Pricing Framework for Lithium*. Paris: OECD Publishing, 2024.
- OCDE/Receita Federal do Brasil. *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard: a joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks*. Paris: OECD, 2019.
- OCDE/Receita Federal do Brasil. *O novo sistema de preços de transferência: aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e promoção do comércio e investimento*. Brasília: OCDE/RFB, 2023.
- PEREZ-NAVARRO, Grace; BALCO, Tomas; TIRAND, Camille. Practical Implementation Considerations related to the Introduction of the New Transfer Pricing Legislation in Brazil. In: MONGUILOD, Ana C.; OLIVEIRA, André G. de; FERRARI, Bruna C.; PIMENTEL, Claudia L. *Preços de transferência no Brasil: rumo à convergência com o Padrão OCDE*. São Paulo: Quartier Latin, 2023.
- ROCHA, Sérgio André. Acesso do Brasil à OCDE e a Política Fiscal Internacional Brasileira. *Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI*, n. 28, set./dez. 2020.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança Fiscal Internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *RDIET*, Brasília, v. 15, n. 2, jul./dez. 2020.

- TILAHUN, Nathanael; YIHDEGO, Abebe G. Unsuccessful Implementation of the OECD Transfer Pricing Guidelines in Low Income Countries: The Case of Ethiopia. *British Tax Review*. London: Sweet & Maxwell, n. 2, 2023.
- TOMAZELA, Ramon. *Manual dos preços de transferência: a adoção integral do padrão “arm’s lenght” no sistema tributário brasileiro pela Lei n. 14.596/2023*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.
- UNITED NATIONS. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries 2021*. New York, 2021.
- UNITED NATIONS. *Promotion of inclusive and effective international tax cooperation at the United Nations* (A/C.2/78/L.18/Rev.1), 15 Nov. 2023.
- VEGA, Alberto. International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines. *TranState Working Papers*, 163. Bremen: SFB 597, Staatlichkeit im Wandel, 2012.

Construindo um Sistema Tributário Global

Fernando Aurelio Zilveti

Mestre, doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da USP. Professor e diretor do IBDT.
Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/SP.

1. Introdução

Há um século vem sendo construído um sistema tributário global, desde que economistas criaram princípios, que se tornaram mecanismos e, afinal, tratados e legislações internas. Um regime internacional tributário teria sido estruturado pioneiramente em 1923 por nomes como Thomas Adams, Luigi Einaudi, Josiah Stamp e Edward Seligman. Esta afirmação pode parecer polêmica, mas é justamente isso que faz dela científica. Os princípios de fonte e residência, o chamado Single Tax Principle (STP), foram adotados nos EUA e seu Foreign Tax Credit (1918), constando do tratado com a França. Depois, os mesmos princípios integraram os comentários da Liga das Nações em 1927¹.

Assim, desde 1923 testemunhamos a criação de um sistema tributário global. Temos hoje um século de ideias que de alguma forma ganharam dimensão transnacional, passando a integrar sistemas tributários de jurisdições independentes. Houve a adesão dessas jurisdições independentes a modelos de tributação pensados e propostos por nações politicamente dominantes e de organismos supranacionais, como a própria Liga das Nações, que mais tarde veio a se transformar em Organização das Nações Unidas (ONU). O método de construção desse sistema tributário global, que conta ainda com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), seria o de agregação, em que cada Estado, julgando adequado adotar as ideias estruturantes, em todo ou em parte, ajusta seus modelos de tributação internos.

Não cabe mais falar em jurisdicionado sujeito unicamente à soberania de um dado Estado. Se as jurisdições integram um concerto de estruturas sistêmicas comuns, o cidadão de um Estado que se relaciona internacionalmente sujeita-se a diversas expressões de soberania fiscal². Este outro aspecto procurarei desenvolver mais adiante, pois se trata de subordinação a soberanias fiscais alienígenas por um contribuinte de uma determinada jurisdição. Aqui se impõe uma reflexão acerca do grau de eficácia das normas de direito tributário internacional público ao contribuinte com residência fiscal em um determinado Estado. Este tema gerou muita controvérsia desde que os conceitos de fonte e residência foram inter-

¹ AVI-YONAH, Reuven. Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of US Treaty Policy. 59 N.Y.L. Sch. L. Rev. 305 (2014-2015). Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2662&context=articles>. Acesso em: 20 mar. 2024.

² VOGEL, Klaus. *Über die Herkunft des Polizeirechts aus der liberalen Staatstheorie*. Verfassung, Verwaltung, Finanzen, Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag. 1972, p. 3.

nalizados na legislação tributária dos países e confrontadas nos tribunais³. Ocorre que a adesão por parte do Estado de residência às normas internacionalmente estabelecidas supera esta questão. Ora, se o país de residência adota o sistema global, seu jurisdicionado, por óbvio, está submetido de algum modo à ordem global⁴.

Nesse sentido, a constelação de tratados para evitar a bitributação constitui, afinal, um verdadeiro sistema tributário global. Cidadão e Estado estão necessariamente submetidos a uma ordem mundial, protegidos na medida do avanço das relações internacionais de forma bilateral e multilateral. O interessante sistema confederativo europeu aponta em direção a um sistema tributário global. Outros sistemas engendrados por instituições supranacionais, como a Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE), seguem linhas semelhantes. Em que pese a tentativa de alguns fundadores da União Europeia em criar um único Estado, um Superestado, acredita-se que o modelo confederativo venha a prevalecer, afinal, sem a visão hegemônica de superestruturas estatais. O modelo de Estado precisa ser repensado segundo a lógica sistêmico-tributária. O século XXI testemunha um rápido desenvolvimento de um sistema tributário global culminando com o modelo do *Pillar One*. Os trabalhos e debates dos países envolvidos estão numa fase interessante de urdidura de um *patchwork* tributário, verdadeira colcha de retalhos internacional⁵.

Aquilo defendido há mais de duas décadas parece cristalizar-se, efetivamente, nas propostas de formação de um regime tributário internacional (*International Tax Regime* – ITR). Este verdadeiro sistema tributário global se desenvolve desde 2021, com a participação de 130 países. Resumidamente, o novo regime tributário internacional propõe o fim da necessidade de presença física ao mesmo tempo que abole o padrão do “*arm’s length*” para um significativo número de empresas multinacionais. A introdução de um novo e efetivo *Single Tax Principle* (STR) sacudiu a doutrina do direito tributário internacional⁶. Neste ensaio procuro testar as ideias de um sistema tributário global, tal como indicado na pesquisa bibliográfica, para, afinal, verificar se, de fato, temos hoje um sistema tributário internacional.

³ JONES, John Avery. *Jurisdiction to Tax Companies: the Influences of the Jurisdiction of the Courts and of European Thinking*. Studies in the History of Tax Law. Editado por John Tiley. Oxford: Hart, 2010, (163/212) p. 167.

⁴ ZILVETI, Fernando Aurelio. *Evolução histórica da teoria da tributação*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 328.

⁵ QUINONES, Natalia. An Unfinished Patchwork: An Assessment of the Current International Tax Dispute Resolution System from a Developing Country Perspective. *World Tax Journal* – IBFD. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4321591#. Acesso em: 20 mar. 2024.

⁶ AVI-YONAH, Reuven. A New International Tax Review. Disponível em: https://elsevier-ssrn-document-store-prod.s3.amazonaws.com/21/10/09/ssrn_id3939442_code208790.pdf. Acesso em: 20 mar. 2024.

Todo sistema é singular, pois significa uma composição em que cada elemento possui um papel funcional relevante. Conjunto de axiomas, de fórmulas, de regras, o sistema lógico aqui estudado nada mais é do que um modelo teórico criado pelo homem para organizar a tributação no ambiente jurisdicional. O sistema nos remete à ideia de unidade entre institutos e regras jurídicas⁷. Temos algo assim globalmente?

2. Em busca de um sistema tributário ideal global

Atualmente, os agentes de política fiscal se inspiram em sistemas comparados. Afinal, os sistemas tributários de boa parte das jurisdições terminam sendo bem semelhantes. Apesar de a construção dos sistemas tributários seguir um certo empirismo, é possível verificar relativa lógica na estrutura de determinados sistemas tributários, com a divisão entre tributos sobre a renda, consumo e patrimônio⁸. Está lógica não veio por acaso, mas da integração de estudos sobre a matéria.

Para desenhar um sistema tributário mais abrangente, portanto, impõe-se o conhecimento mais profundo das particularidades de cada sistema independente. Aqui não se trata de um mero debate acadêmico, mas anotações feitas de textos de técnicos que se interessam por investigar como funcionam aqueles sistemas objeto de reformas, em busca de um sistema tributário global. O sistema tributário ideal passa por um desenho de um sistema tributário global, uma vez que os problemas enfrentados por sistemas independentes se tornaram comuns, como vimos na erosão de bases tributárias – *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)⁹. Estaríamos, então, diante de um Superestado fiscal?

A tentativa de um Superestado assombra os publicistas, mas, de certa forma, vem conquistando parcela significativa dos tributaristas. A dicotomia entre tributação direta e indireta pende para a hipótese de Superestado fiscal ou, num mercado global como o atual, numa superestrutura de integração entre os dois sistemas. Tributos indiretos com influências dos tributos diretos podem representar, talvez, a tributação do futuro. Os EUA seguem sendo o país-membro da OCDE que não adotou o modelo IVA, num claro movimento errante em relação aos modelos globais¹⁰. A depender do momento político, os EUA se mostram mais ou menos integracionistas. É um fato, por outro lado, que os mesmos EUA são pro-

⁷ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlim, Heidelberg, Nova Iorque: 1991, p. 10-11.

⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Cinco aulas de finanças e política fiscal*. Salvador: Aguiar & Souza – Livraria Progresso, 1959, p. 23.

⁹ KIRCHHOF, Paul. Staat und Recht im Denken von Klaus Vogel. In: LEHNER, Moris (org.). *Reden zum Andenken an Klaus Vogel*. Munique: Beck, 2010, (1-15), p. 3.

¹⁰ AVI-YONAH, Reuven. Tax Convergence and Globalization. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi>. Acesso em: 20 mar. 2024.

pulsores dos debates acerca das reformas tributárias globais. Notadamente no campo dos tributos diretos, observa-se forte influência dos EUA nos trabalhos da OCDE, sem menosprezar a influência de outros países membros dessa instituição supranacional.

Os impostos diretos alcançam frontalmente a riqueza (capital ou renda), na medida da aquisição, seja a título oneroso ou gratuito, uma manifestação efetiva da capacidade contributiva. Os impostos indiretos atingem a riqueza à medida que esta se manifesta, nos diversos momentos da produção, da transferência, do consumo, constituindo manifestação indireta e mediata da capacidade contributiva presumida. O imposto indireto sobre o consumo num plano de sistema tributário ideal pressupõe o gozo de um mercado¹¹. Quando este mercado é global, o ideal passa a ser um tributo de igual abrangência transnacional. O tributo mais adequado para tal mister é o imposto de renda, expressão da igualdade na tributação. É preciso que os países revisem alguns conceitos como “estabelecimento permanente”, tributação exclusiva na fonte e até mecanismos de cálculo de preços de transferência, para viabilizar novos tratados internacionais para evitar a bitributação¹².

Prendendo, então, o raciocínio nos tributos diretos, as negociações em curso envolvendo diversos países indicam que a renda transnacional pode ser tributada uma única vez numa alíquota definida segundo o princípio do benefício. Para rendimentos ativos o país de fonte definiria a alíquota aplicável, enquanto o país de residência se encarrega de definir a alíquota para rendimentos transnacionais passivos¹³. A fonte interessa à jurisdição geradora da renda, enquanto a residência interessa à destinatária da renda. O sistema cedular é capaz de identificar a renda na fonte e impor o tributo¹⁴. As presunções imperam nos novos modelos, com sério risco de ruptura com o princípio da igualdade na tributação.

A ideia de um sistema cedular tem esse potencial de capturar o rendimento transnacional de modo prático. Este sistema seria ideal para empresas sob a perspectiva global. Para o Fisco, preocupado com a erosão de bases tributárias, um sistema cedular global o atenderia, mas resta saber se as garantias contra o poder de tributar estariam preservadas. Os maiores problemas atuais, tais como a mo-

¹¹ ENGLISCH, Joachim. VAT/GST and Direct Taxes: Different Purposes. In: LANG, Michael; MELZ, Peter; KRISTOFFERSON, Eleonor (coords.). *Value Added Tax and Direct Taxation: Similarities and Differences*. Amsterdã: IBFD, (1-33), p. 18.

¹² BROWN, Patricia A. How Hard Can This Be? The Dearth of U.S. Tax Treaties with Latin America, 74 *U. Miami L. Rev.* 359 (2020), p. 410. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol74/iss2/4>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹³ AVI-YONAH, Reuven. International Taxation of Electronic Commerce. *Tax Law Review*, 52, 1997, 507/527-23.

¹⁴ HOLMES, Kevin. *The Concept of Income, A Multi-Disciplinary Analysis*. Tese apresentada na Universidade de Vitória de Wellington – Nova Zelândia, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Filosofia. Amsterdam: IBFD, 2000, p. 28.

bilidade do capital relacionada à crescente intangibilidade e digitalização da economia, encontrariam limites na tributação cedular da renda em bases globais. A teoria do benefício somada ao *single tax principle* (STP) endereçam bem a questão do sistema tributário ideal global¹⁵.

Hoje reina a desconfiança. Os alicerces da justiça fiscal não acompanham o trabalho legislativo. Tampouco se observa no parlamento a estrutura sistêmica quando, por exemplo, uma alteração na legislação do imposto de renda é posta em votação. O Legislativo, premido por necessidades circunstanciais de recursos, sobrepõe princípios de Direito Tributário. A alteração da legislação do imposto de renda precisa estar em harmonia com o sistema do imposto de renda e com o sistema tributário como um todo. Observados os princípios de Direito Tributário na prática legislativa cotidiana, o sistema tributário garante o Estado de Direito, ou melhor, o Estado do Direito¹⁶.

O estudo da história da tributação permite confirmar a tese acerca do princípio fundamental da tributação: a capacidade contributiva. Almeja qualquer sistema tributário alcançar o contribuinte de acordo com sua capacidade individual de suportar o ônus da repartição das despesas públicas segundo indicação de sua renda periódica. Diversos outros argumentos formam, porém, a base desse princípio de justiça fiscal. A igualdade na tributação, afinal, é princípio que, numa aproximação metodológica de um dado sistema tributário, pode ser visto como ideal tributário. A concepção fundamental a conter a fundamentação do sistema tributário é pautada pela justiça fiscal. Nesse sentido, o objetivo fiscal e o objetivo indutivo da tributação desempenham um importante papel na formulação da estrutura normativa. Procurou-se, então, identificar os princípios-guias a orientar o legislador tributário na distribuição da carga fiscal para suportar o gasto público¹⁷.

Suportar o gasto público de uma jurisdição foi uma meta dos séculos XIX e XX, substituída neste século XXI por um sistema capaz de enfrentar o problema comum da erosão de base ocasionado pela tecnologia e a mobilidade do capital. O inimigo comum global foi endereçado nos estudos do BEPS. O subjetivismo conceitual representa um risco para o sistema tributário¹⁸. Além de não resolver o

¹⁵ AVI-YONAH, Reuven. A New International Tax Review. Disponível em: https://elsevier-ssrn-document-store-prod.s3.amazonaws.com/21/10/09/ssrn_id3939442_code208790.pdf. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹⁶ BIRK, Dieter. “..., dass unser Staat auch in seinem Steuerrecht wieder ein Rechtsstaat, ein Staat des Rechts werden wird”. In: LEHNER, Moris (org.). *Reden zum Andenken an Klaus Vogel*. Munique: Beck, 2010, (17-41) p. 45.

¹⁷ ENGLISCH, Joachim. VAT/GST and Direct Taxes: Different Purposes. In: LANG, Michael; MELZ, Peter; KRISTOFFERSON, Eleonor (coords.). *Value Added Tax and Direct Taxation – Similarities and Differences*. Amsterdã: IBFD, (1-33), p. 1.

¹⁸ HAAS, Franz Josef. Der Missbrauchstatbestand des § 42 AO – ein unkalkulierbares Risiko für die unternehmerische Gestaltungspraxis? In: KIRCHHOF, Paul; SCHMIDT, Karsten; SCHÖN, Wol-

problema do “planejamento fiscal agressivo”, neologismo criado pela OCDE, nos trabalhos do BEPS, tem criado controvérsia. Apesar disso, tal expressão já integra protocolos de tratados para evitar a bitributação. De alguma maneira, então, está sendo desenhado um sistema ideal global.

3. Alguns indícios de um sistema tributário global em construção

No espírito construtivo de um novo paradigma, instituições supranacionais restabeleceram a ideia de federação em busca de um sistema tributário global. Outras instituições procuram a confederação para legitimar estruturas globais de arrecadação. A história recente tem ensinado como o esforço conjunto de jurisdições pode ser mais eficaz no combate à erosão de bases fiscais. Aplicar a igualdade enquanto valor jurídico demanda justificação dos critérios de comparação adotados para as soluções pensadas nos tratados internacionais para evitar a bitributação, bem como para estabelecer novos mecanismos de captura da renda transnacional. Os recentes trabalhos da OCDE diagnosticaram os problemas de arrecadação da renda das empresas transnacionais e discutiram propostas de solução¹⁹. As propostas endereçadas na OCDE não precisam ser impostas verticalmente para as jurisdições associadas ou não associadas. Basta que as jurisdições entendam os trabalhos da OCDE como suficientes para orientar suas próprias políticas fiscais internas. O chamado *soft law* da OCDE tem desempenhado um papel central nesse sentido.

É natural que se apresentem conflitos entre as ideias propostas pela OCDE e o grupo dos países mais expressivos sob a perspectiva econômica, denominada G20. Uma vez superadas as divergências, obtido um consenso e desenhado um modelo de tributação, restaria outra demanda a endereçar: a negociação com as jurisdições e seus sistemas tributários internos. Os trabalhos desenvolvidos no chamado *Pillar Two* tratam da tributação mínima global. Busca-se, afinal, um piso mundial para a tributação efetiva da renda. De fato, uma nova ideia de renda encontra resistência por onde passar, seja no âmbito internacional e seus tratados para evitar a bitributação, seja sob a perspectiva das jurisdições e seus sistemas internos. Por outro lado, a inquestionável alteração no núcleo do conceito indeterminado de renda está em curso, de modo que o art. 43 do CTN não acomoda o que se convencionou chamar de Income Inclusion Rule (IIR), ou Undertaxed Profits Rules (UTPR). Os tratados para evitar a bitributação também deverão

fgang; VOGEL, Klaus (org.). *Festschrift für Arndt Raupach zum 70. Geburtstag*, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2006, (13-26), p. 26.

¹⁹ ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e sua relação com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. *RDIA Atual* 12, (133/219), p. 202. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-7155.12.6.2023.2365>. Acesso em: 20 mar. 2024

sofrer modificações em função da aparente incompatibilidade dos dois novos institutos com o art. 7 dos tratados, constante no modelo OCDE²⁰. Não obstante, a Constituição dos países como o Brasil, ao que tudo indica, não precisa de modificação qualquer, sempre que preservado o princípio da igualdade na tributação.

Lidar com a erosão de bases tributárias impõe desafios epistemológicos. Em toda a evolução de criação de um sistema tributário global no último século houve sempre a preocupação com a renda a ser tributada. Dos debates desenvolvidos no âmbito da OCDE/G20 se extraiu ainda o conceito de “tributação onde o valor é criado”. Pode-se dizer que a ideia de tributar a renda onde o valor é criado consiste na essência do esforço internacional para endereçar o BEPS. Para tanto foram pensadas regras de alocação de renda, presunções para justificar tais medidas de arrecadação. Não há nisso a pretensão de criar um sistema tributário internacional, mas a ideia de criação de valor passa por consensos²¹. A ideia de alocação de receitas num concerto mundial para combater a erosão de bases tributárias é um avanço. Existe um consenso em torno da ideia de que as jurisdições têm direito a tributar uma parcela da renda das empresas transnacionais. Entretanto, naquilo que diz respeito ao quanto, a base de cálculo e até mesmo a alíquota, muitas dúvidas seguem sem respostas.

Os argumentos acima nos indicam que os conceitos de fonte e residência estão desafiados pelas circunstâncias das empresas multinacionais e seus arranjos para evitar a tributação. Surgiram, ao longo dos anos, conflitos de alocação entre jurisdições. Conceitos econômicos como “mercado” passaram, pouco a pouco, a justificar ações fiscais para atrair a competência tributária para determinadas jurisdições onde não se encontra nem fonte nem residência. Houve a dilaceração de conceitos como sede de empresas, de sorte que nem sequer o que se entende por estabelecimento permanente é mais do que se tinha há um século. As empresas multinacionais operam em diversas jurisdições, com novas ideias de presença e gestão. A França, por exemplo, desenvolveu e hoje revisita a expressão “le centre de l’entreprise”, enquanto na Alemanha se fala em “der Mittelpunkt der Gesellschaft”. Ora, se a atividade econômica é realizada em diversas jurisdições, fica difícil precisar onde o valor a ser tributado pelo imposto de renda é efetivamente criado. Presunções devem ser criadas para a captura do rendimento diante do fato da erosão de base. Há de haver um novo paradigma para definir o direito de as jurisdições se atribuírem o direito de alocar renda segundo o princípio da

²⁰ ANDRADE, Leonardo Aguirra de. As regras recomendadas pelo Pillar Two e sua relação com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. *RDIA Atual* 12, (133/219), p. 206. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-7155.12.6.2023.2365>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²¹ HEY, Johanna. “Taxation where the value is created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018 – IBFD, (203/208), p. 203. Disponível em: https://steuerrecht.uni-koeln.de/sites/steuerrecht/veroeffentlichungen/2018/Hey__BIT_2018__203.pdf. Acesso em: 20 mar. 2024.

igualdade entre nações²². Existem dúvidas acerca da efetividade da tributação onde o valor é criado e seu potencial para combater o planejamento tributário.

O chamado GLOBE, afinal, revela todo o esforço dos países em desenvolver um método de tributação mínima da renda. O GLOBE traz a ideia de uma tributação mínima de empresas transnacionais cuja fonte de rendimentos não se encontre na jurisdição tributante. A introdução desse sistema internacional de tributação impõe diversos desafios de *compliance*. Todas as formas de arrecadação do GLOBE demandam sensíveis modificações nos sistemas tributários internos. O UTPR, por exemplo, pode ser aplicado nas jurisdições de modo mais prático, por meio de simples restrição à dedutibilidade do imposto de renda das empresas²³. A restrição artificial da dedutibilidade, com o uso de ficções ou ferramentas de praticabilidade, pode levar o imposto a tributar o capital, afrontando o princípio da renda líquida. Este é um ponto de atenção para a política fiscal constitucional.

O que está por trás do GLOBE é, afinal, limitar a ação de grupos econômicos com atuação transnacional por meio da concorrência fiscal da tributação entre jurisdições. Daí se nota o desenvolvimento de outros mecanismos de combate à elisão fiscal, como o *Base Erosion Anti-Abuse Tax* (BEAT). Como dito acima, a questão toda passa por limitar a dedutibilidade de despesas no imposto de renda das empresas. O *Pillar Two* promete quebrar de vez a concorrência fiscal entre entes tributantes, ao implementar a harmonização do *Single Tax Principle*²⁴. O sucesso desse complexo sistema tributário global traz consigo a melhoria do comércio internacional entre os chamados países em desenvolvimento e os países desenvolvidos. Resta saber se toda essa estrutura convencerá os países de residência a adotarem o novo modelo.

Os técnicos e idealizadores do BEPS investiram muito tempo em seus anos de trabalho. Afinal foi produzido um compilado de documentos para alterar o Preâmbulo da Convenção Modelo da OCDE. Existem muitas dúvidas sobre a efetividade do documento resultante desse trabalho, principalmente no que diz respeito aos mecanismos para evitar a elisão fiscal²⁵. Olhando, porém, pela pers-

²² HEY, Johanna. "Taxation where the value is created" and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018 – IBFD, (203/208), p. 205. Disponível em: https://steuerrecht.uni-koeln.de/sites/steuerrecht/veroeffentlichungen/2018/Hey_BIT_2018__203.pdf. Acesso em: 20 mar. 2024.

²³ ENGLISCH, Joachim. International Effective Minimum Taxation. SSSR, (2/19), p. 17. Disponível em: https://elsevier-ssrn-document-store-prod.s3.amazonaws.com/21/04/18/ssrn_id3829104_code1603301.pdf?. Acesso em: 20 mar. 2024.

²⁴ AVI-YONAH, Reuven e KIM, Young Ran. Tax Harmony: The Promise and Pitfalls of the Global Minimum Tax. *Michigan Journal of International Law*. Volume 43, Issue 3, (505/553), p. 540. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/mjil/vol43/iss3/2?utm_source=repository.law.umich.edu%2Fmjil%2Fvol43%2Fiss3%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 20 mar. 2023.

²⁵ BÁEZ, Andrés. Irrelevant or Even Worse? The Vicious Dilemma of the New Tax Treaty Preamble.

pectiva mais positiva, tais mecanismos antiabuso já estão sendo negociados nos novos tratados, bem como na alteração dos preâmbulos dos tratados em vigor. Em outras palavras, ainda que se reconheça a dificuldade de implementação dos novos conceitos de GAARS, SAARS e mesmo de mecanismos como o PPT, diversos países estão empenhados nas negociações da nova ordem sobre os tratados para evitar a bitributação.

4. Conclusão

A pergunta-chave ainda a ser respondida trata de como o sistema tributário global vai lidar com a desigualdade. Outra questão, esta de mais simples endereçamento, consiste no desafio de harmonização do idioma comum para estruturar o sistema global. O que não causa polêmica alguma é afirmar que os tratados bilaterais para evitar a bitributação têm o mérito de preservar a base tributária²⁶. A grande questão está no fato da ineficácia dos tratados na atual circunstância de erosão de bases tributárias.

A pergunta de pesquisa efetuada no preâmbulo deste trabalho é respondida positivamente. Temos em construção uma unidade entre institutos e regras jurídicas. Já podemos falar num sistema tributário global.

(Setembro, 2, de 2024). Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance no. 2024-07. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=4946284>.

²⁶ LANG, Michael; OWENS, Jeffrey P. The Role of Tax Treaties in Facilitating Development and Protecting the Tax Base (2014). WU International Taxation Research Paper Series No. 2014 - 03, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2398438>. Acesso em: 20 mar. 2024.

Tributação de Grandes Fortunas no Contexto da Reforma Tributária Brasileira: uma Análise Crítica à Luz da Eficiência Arrecadatória e da Justiça Fiscal

Isabel Garcia Calich da Fonseca

LL.M (Master of Laws) e PhD (Doctor of Philosophy) em Direito Tributário Internacional pela *London School of Economics and Political Science* (LSE). Coordenadora e Professora do Mestrado Profissional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF e da *International Fiscal Association* – IFA. Sócia do escritório HRSA Advogados, em São Paulo.

Rodrigo Maito da Silveira

Mestre e Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF, do Instituto de Pesquisas Tributárias – IPT/SP e da *International Fiscal Association* – IFA. Professor dos cursos de especialização e do Mestrado Profissional de Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Membro do Conselho Jurídico do SindusCon e da Comissão Tributária do Ibradim. Conselheiro do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo – CMT/SP (biênios 2006/2008 e 2010/2012). Juiz suplente do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo – TIT (2018/2019). Sócio de DCA – Dias Carneiro Advogados.

I. Introdução

O Brasil passa por um momento histórico relevante no que se refere à formação do seu sistema tributário. A Constituição Federal, tal como promulgada em 1988, refletiu os anseios da sociedade naquela ocasião, mas já nasceu com problemas significativos quanto à delimitação de competências tributárias, o que se explica sobretudo pelo sistema federativo de governo, em que a autonomia financeira dos entes políticos é uma prerrogativa fundamental para o equilíbrio dos poderes estatais entre as mais diversas regiões do país.

Se já no final da década de 1990 se verificavam iniciativas¹¹ voltadas a uma reforma constitucional para trazer maior racionalidade e simplicidade ao sistema tributário, somente agora, 35 anos depois, foi possível angariar apoio político para que esse movimento fosse adiante. A Emenda Constitucional n. 132, promulgada no final de 2023, almeja trazer simplicidade, ao preconizar a eliminação de 5 tributos (ICMS, ISS, PIS, Cofins e IPI²²) incidentes direta ou indiretamente so-

¹ Sobre o assunto, *vide*: JUNQUEIRA, Murilo de Oliveira. O nó da reforma tributária no Brasil (1995-2008). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 89, out. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.17666/308993-113/2015>.

² Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicação (ICMS), Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

bre o consumo, e a criação de 3 novos (IBS, CBS e IS³), que recairão de forma imediata sobre o preço de bens, serviços e direitos que venham a ser adquiridos no país.

Nesse contexto de mudanças ainda pendentes de regulamentação, vem ganhando força a ideia de que o imposto sobre grandes fortunas, de competência da União Federal, deveria ser finalmente instituído, diante do clamor internacional de que a concentração de riqueza vem se intensificando de forma crítica, o que enseja não apenas aumento de desigualdade, mas, segundo alguns autores⁴, poderia colocar em risco as democracias modernas, que ficariam enfraquecidas à luz do capital internacional.

O presente artigo visa apresentar um panorama geral sobre a tributação de grandes fortunas, ou tributação da riqueza, com base na experiência de outros países, para, a partir de argumentos acerca dos seus prós e contras, oferecer uma crítica fundamentada à iniciativa de se adotar esse tipo de tributo no Brasil à luz, sobretudo, da ótica de eficiência arrecadatória e de justiça fiscal.

II. Aspectos constitucionais relacionados ao imposto sobre grandes fortunas (IGF)

A Constituição Federal prevê o IGF no seu art. 153, VII, indicando que lei complementar deverá estabelecer os seus contornos gerais (fato gerador, base de cálculo e contribuintes), em linha inclusive com o que consta do art. 146, III, *a*.

Tal tributo não está sujeito às regras de repartição de receitas, ou seja, todo o produto da arrecadação ficaria com a União Federal. Dessa constatação se extrai, por exemplo, alguma possível disputa entre União Federal e estados, já que estes últimos, possuindo competência para a instituição e cobrança do ITCMD⁵, acabam vislumbrando neste tributo uma oportunidade, por via indireta, de onerar igualmente as grandes fortunas, quando estas mudam de titularidade no contexto de sucessão ou doação.

Basta verificar que, embora o propósito primeiro da Emenda Constitucional n. 132/2023 não fosse alterar os contornos do ITCMD, foi inserida uma modificação no art. 155, § 1º, VI, para prever que esse tributo será cobrado de forma progressiva, o que valida procedimento já adotado pela maioria dos estados brasileiros, e impõe a adoção de alíquotas progressivas para aqueles estados que se valiam até agora de alíquotas únicas, como é, por exemplo, o caso de São Paulo.

(ISS), Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

³ Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), e Imposto Seletivo (IS).

⁴ Em essência, é o que defende: PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. São Paulo: Intrínseca, 2014.

⁵ Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD).

O primeiro desafio existente no tocante a uma eventual instituição do IGF passa por ter a sua materialidade definida por lei complementar, o que significa ter uma definição do que seriam grandes fortunas suscetíveis da incidência desse tributo, se se integram no seu conceito todos os ativos líquidos, bens e direitos menos dívidas e obrigações, do contribuinte, ou se apenas determinadas classes de ativos (*v.g.* bens imobiliários, aplicações financeiras) estariam sujeitas à tributação.

Ainda, a incidência recairia sobre ativos localizados apenas no território brasileiro ou em bases universais? Haveria progressividade ou a tributação seria com base em alíquota única? Seriam aplicáveis isenções?

No que se refere à definição dos sujeitos passivos, algumas alternativas se colocam, já que tanto é possível estabelecer que o contribuinte deverá ser cada indivíduo que detenha grande fortuna (cabendo, como dito, ao legislador complementar indicar em que consiste esse parâmetro de riqueza) ou se a aferição de grande fortuna deve ocorrer por núcleos familiares, ou, ainda, pelo grupo familiar que divide o mesmo teto, isto é, que convivem no mesmo imóvel residencial.

Em síntese, embora a Constituição Federal preveja a competência da União Federal para instituir e cobrar o IGF, o exercício dessa competência depende de prévia lei complementar estabelecendo seus contornos.

No passado, muitas foram as iniciativas legislativas para a instituição do IGF, embora nenhuma delas tenha avançado de forma efetiva⁶. Inclusive, registre-se que em 2019 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 55, visando compelir a União Federal a instituir o IGF, à luz da competência prevista na Constituição Federal, mas essa ação encontra-se pendente de julgamento desde então.

III. Experiência internacional quanto à tributação da riqueza

Em 1990, cerca de 12 países europeus contemplavam em suas legislações tributos sobre grandes fortunas: Áustria, Dinamarca, Alemanha, Holanda, Finlândia, França, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Suíça e Espanha⁷.

Desde 2017, apenas 4 países europeus ainda insistem nessa forma de tributação, a saber: Espanha, França, Noruega e Suíça, sendo que em 2024 a França não mais conta com esse tributo no seu formato original.

Na França, o *impôt sur les grandes fortunes* (IGF) foi introduzido em 1945, inicialmente de forma temporária, como um imposto para reparar situação pós-

⁶ Sobre o assunto, *vide*: FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. *O imposto sobre grandes fortunas: reflexões acerca dos limites ao poder de tributar do Estado e o dever fundamental de pagar tributos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 153-157.

⁷ Cf. PERRET, Sarah. Why did other wealth taxes fail and is this time different? Evidence paper 6. Wealth Tax Commission. Disponível em: https://www.wealthandpolicy.com/wp/EP6_PoliticsAnd-Design.pdf.

guerra, mas, posteriormente, foi reintroduzido em 1981, incidindo sobre a riqueza líquida (ativos menos passivos) em bases universais, sendo aplicáveis algumas isenções. Embora o IGF tenha sido extinto em 1986, em 1989 foi criado para sucedê-lo o *impôt de solidarité sur la fortune* (ISF), que vigorou até 2017. Em 2018, o governo Macron instituiu o *impôt sur la fortune immobilière* (IFI), o qual incide anualmente sobre o valor líquido dos ativos imobiliários em bases universais, ou seja, independentemente da localização (na França ou no exterior) dos bens imóveis do contribuinte.

É difícil comparar os tributos sobre a riqueza tal como previstos nas legislações espanhola, suíça e norueguesa. Os ativos sujeitos à tributação, assim como as isenções aplicáveis, são distintos. O mesmo ocorre em relação à base tributável, já que enquanto alguns adotam a tributação da riqueza de cada indivíduo isoladamente considerado, outros preferem uma abordagem por núcleo familiar.

A experiência nesses países demonstra que há efetivas preocupações acerca da forma de avaliação da riqueza ou mesmo quanto à liquidez necessária ao pagamento do tributo, muitas vezes inexistente no caso de patrimônios representados majoritariamente por imóveis ou outros ativos ilíquidos.

De outro lado, não há uma uniformidade no que tange à alíquota aplicável, o que leva a disparidades em relação ao nível de arrecadação. Um aspecto que também deve ser considerado quando se analisa os países que instituíram o IGF é a interação deste com os demais tributos dos respectivos sistemas tributários.

Assim, por exemplo, na França há um teto (*capping mechanism, tax shield* ou *bouclier fiscal*) para a cobrança do IFI e do imposto de renda, sendo que a soma dos dois impostos não pode ultrapassar 50% do valor total da renda da unidade familiar no ano anterior. Já no caso da Noruega, apesar de o IGF ter sido instituído há muitos anos (1892), o sistema tributário norueguês não tributa herança e doações, ou seja, não há ITCMD naquela jurisdição. A Suíça, que também adota o IGF desde 1848, sendo este de competência dos cantões, com variações relevantes quanto às características de sua cobrança, não tributa ganhos de capital e a tributação de heranças e doações é mínima, não representando fonte expressiva de arrecadação fiscal. Por sua vez, o IGF espanhol possui inúmeras isenções e exceções, além de estabelecer, juntamente com o imposto de renda, um teto de tributação (mecanismo similar ao francês)⁸.

Na América do Sul há atualmente 5 países que adotam o IGF: Argentina, Bolívia, Uruguai, Colômbia e Venezuela. A tabela abaixo sintetiza de forma comparada as características do IGF em 4 destas 5 jurisdições, com base em pesquisa livre da legislação dos respectivos países:

⁸ CHAMBERLAIN, Emma. Wealth taxes in foreign countries. Wealth Tax Commission Background Paper n. 130. Wealth Tax Commission. Disponível em: https://www.wealthandpolicy.com/wp/BP130_Countries_Table.pdf. Acesso em: 13 set. 2024.

IGF	Argentina	Bolívia	Uruguai	Colômbia
Entrada em vigor	1991	2020	1964	2023
Contribuinte	Indivíduos residentes e não residentes	Indivíduos residentes e não residentes	Indivíduos e pessoas jurídicas residentes e não residentes	Pessoas físicas e jurídicas (em certos casos, <i>v.g.</i> com ativos na Colômbia – além de ações) residentes e não residentes
Base	Universal	Universal	Territorial	Universal
Ativos	Apenas ativos	Patrimônio líquido (ativos – passivos)	Patrimônio líquido (ativos – passivos)	Patrimônio líquido (ativos – passivos)
Há isenções e exceções?	Sim	Sim	Sim	Sim
Alíquotas	Alíquotas progressivas de 0,5% a 1,5% de acordo com o valor dos bens	Alíquotas progressivas de 1,4% a 2,4% de acordo com o valor dos bens	Residentes: alíquotas de 0,1% a 0,2%; para não residentes: alíquotas de 0,7% a 1,5%	Alíquotas progressivas aplicáveis de 2023 a 2026: 0,5% a 1,5%; alíquotas progressivas aplicáveis a partir de 2027: 0,5% a 1%

Tendo em vista as diferenças de bases de cálculo, contribuintes, alíquotas, isenções etc. nos países que adotam o IGF, Estados Unidos e Reino Unido, que atualmente não possuem esse imposto, vêm avaliando a experiência internacional para ponderar sobre eventual reforma dos seus sistemas tributários, havendo uma tendência maior de se aprimorar os tributos já existentes ao invés de implementar uma tributação de grandes fortunas.

Nos Estados Unidos, apesar de haver proposta⁹ para a implementação de imposto sobre a riqueza, alguns fatores têm arrefecido essa ideia. Recentemente a Suprema Corte americana julgou o caso *Moore v. United States* n. 22-800 (20-6-2024), concluindo no sentido de ser necessária a realização da renda para que esta possa ser tributada (ainda que, no caso analisado, lucros de empresas detidas por pessoas físicas no exterior tenham sido considerados já realizados e passíveis de tributação). Tal fato colocou freios na discussão sobre a tributação de patrimônio com base na marcação a mercado¹⁰.

⁹ A proposta é da Senadora Elizabeth Warren e os detalhes podem ser conferidos em: <https://elizabethwarren.com/plans/ultra-millionaire-tax>. Acesso em: 13 set. 2024.

¹⁰ Sobre o assunto, *vide*: ANDRADE, Leonardo Aguirra de; MALPIGHI, Caio. Brazil and U.S. Both Debate the Realization of Taxable Income. *In Tax Note International*, v. 115, 2024. p. 987-993.

Nesse contexto, Reuven-Avi-Yonah sugeriu reformas no sistema tributário americano para, sem instituir um IGF, tributar os super-ricos mediante: (i) aumento do imposto de renda das pessoas jurídicas – de 21% para 28%; (ii) realização ficta do ganho (ainda não realizado) de ativos dados em garantia para se contrair empréstimos; e (iii) revogação do imposto sobre herança e doação devido a falhas na legislação¹¹.

Já no Reino Unido, em 2020, foi realizado um extenso estudo com a participação de economistas, advogados, sociólogos e oficiais do governo, para se verificar a viabilidade de implementar o IGF. O relatório final apresentou focou na comparação entre a cobrança do IGF uma única vez (*one-off wealth tax*) ou anualmente (*annual wealth tax*). Sobre a cobrança única (*one-off wealth tax*), o relatório final apontou as seguintes vantagens: (i) aumento das receitas de forma justa e eficiente; (ii) difícil de ser evadido; (iii) funcionamento sem custos administrativos excessivos. Assim, concluiu-se ser mais eficiente em termos arrecadatários a implementação do imposto na modalidade de cobrança única (*one-off wealth tax*)¹².

Além disso, especificamente sobre as características do IGF, o estudo inglês concluiu que este tributo deve (i) ser aplicável a todos os residentes; (ii) ter uma base de cálculo abrangente (sem exceções); (iii) avaliar os ativos pelo seu valor de mercado; (iv) permitir o diferimento do pagamento quando o contribuinte tiver restrições de liquidez; e (v) evitar isenções e benefícios especiais¹³.

Considerando os desafios de se implementar o IGF anual, o relatório sugere que sua adoção só seria justificada se houver uma reforma dos impostos já existentes sobre o patrimônio, caso o objetivo seja reduzir a desigualdade através da redistribuição da riqueza¹⁴.

IV. Reforma tributária brasileira em andamento

A edição da Emenda Constitucional n. 132/2023 marcou uma nova fase da história tributária brasileira, porquanto abriu o caminho para a substituição de

Destaca-se o seguinte trecho: “[...] a potential tax created by Congress to apply to large fortunes (for example, one that targets high-net-worth individuals) would not find support under the 16th Amendment. Therefore, our understanding of Moore is that the Court did not provide a ‘blank check’ for Congress to tax any wealth increase under the label of ‘income’” (p. 989).

¹¹ AVI-YONAH, Reuven. Taxing the Super-Rich After Moore. In *Tax Notes International*, v. 115, July 1, 2024.

¹² ADVANI, Arun; CHAMBERLAIN, Emma; SUMMERS, Andy. A wealth tax for the UK – Final Report. Wealth Tax Commission. Disponível em: <https://www.wealthandpolicy.com/wp/WealthTaxFinalReport.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.

¹³ ADVANI, Arun; CHAMBERLAIN, Emma; SUMMERS, Andy. A wealth tax for the UK – Final Report. Wealth Tax Commission. Disponível em: <https://www.wealthandpolicy.com/wp/WealthTaxFinalReport.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.

¹⁴ ADVANI, Arun; CHAMBERLAIN, Emma; SUMMERS, Andy. A wealth tax for the UK – Final Report. Wealth Tax Commission. Disponível em: <https://www.wealthandpolicy.com/wp/WealthTaxFinalReport.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.

tributos (ICMS, ISS, PIS, Cofins e IPI) incidentes sobre bens e serviços, por tributos (IBS, CBS e IS) que recairão sobre o consumo de forma mais ampla (abarcando também direitos/intangíveis, para além de bens e serviços).

Em adição ao propósito principal da referida Emenda Constitucional, o texto da Carta Política foi alterado para prever que o ITCMD deverá ser cobrado com base em alíquotas progressivas, observada a alíquota máxima fixada pelo Senado Federal.

Em nível infraconstitucional, a Lei n. 14.754/2023 inovou ao permitir a tributação de lucros de empresas *offshore* controladas direta ou indiretamente por pessoas físicas residentes no Brasil, independentemente de sua distribuição, assim como estabeleceu tratamento tributável para operações envolvendo *trusts* constituídos no exterior.

Atualmente, o Congresso Nacional está discutindo alguns projetos de lei complementar voltados à regulamentação das inovações veiculadas pela Emenda Constitucional n. 132, bem como para aprimorar as regras do ITCMD, dentre as quais aquelas que versam sobre a incidência desse tributo em doações de bens e direitos cujo doador resida ou seja domiciliado no exterior e transmissões *causa mortis* de bens localizados no exterior, para além de outras questões relacionadas à restrição de planejamentos tributários.

O IGF não é objeto da reforma tributária em andamento, embora, com o Brasil sob a presidência do G20 em 2024, exista um movimento voltado à tributação dos super-ricos. Normalmente, governos de esquerda, com viés ideológico socialista, lançam a ideia de que a tributação de grandes fortunas é medida essencial para reduzir desigualdades. Invoca-se a ideia de redistribuição de rendas pela via tributária, embora não existam evidências teóricas ou estudos que comprovem que esse tipo de medida atinja os objetivos almejados. Conforme será demonstrado no tópico a seguir, a experiência de países que adotaram a tributação da riqueza aponta na direção oposta, ou, ao menos, indica que, em termos de política tributária, esse tipo de tributo não é eficiente, apresentando uma desinteressante relação custo x benefício.

V. Críticas à tributação de grandes fortunas com base na experiência internacional

A questão que se coloca é se efetivamente um tributo sobre grandes fortunas seria capaz de mitigar desigualdades oriundas da concentração de riquezas. Ou seja, haveria efetivamente um efeito redistributivo a partir da arrecadação gerada por um tributo dessa natureza, ou essa seria uma iniciativa de cunho muito mais político-ideológico, sem efeito concreto no que se refere à concentração da riqueza?

A premissa de que o IGF ou qualquer tributo que recaia sobre o patrimônio de milionários teria efeito redistributivo, para mitigar a concentração de riquezas, é algo duvidoso. Lembra-nos Sergio André Rocha sobre a necessidade de se recuperar a percepção de que a tributação é meramente instrumental, prestando-

se para que sejam alcançados determinados objetivos públicos que geram despesas¹⁵. Logo, deve haver coerência entre os fins e os meios, é dizer, entre o objetivo de redução de desigualdades em termos de concentração de renda e do meio adotado para tanto. Por certo, essa desigualdade não será mitigada por meio de um imposto sobre grandes fortunas, mas sim mediante a adoção de outras políticas públicas (*v.g.* educação) que permitam que as pessoas tenham igualdade de oportunidades de se capacitar em termos de formação acadêmica, de empreender e de se desenvolver e auferir rendas.

Estudos mais específicos apontam que a tributação de grandes fortunas se revela falaciosa diante dos objetivos e argumentos suscitados para justificar sua adoção. Destaca-se, por exemplo, a alta complexidade para instituição e fiscalização, ao passo que o nível de arrecadação não se mostra satisfatório. Neste particular, o relatório da Tax Foundation intitulado *The High Cost of Wealth Taxes*¹⁶ concluiu que, nos últimos anos, muitos países desenvolvidos deixaram de adotar tributos sobre riqueza, sendo que, atualmente, dentre os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), apenas Colômbia, Noruega, Espanha e Suíça adotam essa forma de tributação. São várias as razões que justificam esse movimento, a saber:

Baixa arrecadação: a título de exemplo, em 2022 as receitas fiscais dos impostos sobre a riqueza líquida individual variaram de 0,19% do PIB na Espanha a 1,19% do PIB na Suíça;

Alto custo para cobrança: especialmente pelo fato de que o mapeamento e a avaliação dos ativos e passivos integrantes do patrimônio são tarefas que demandam maiores esforços da administração tributária;

Fuga de contribuintes (e de seu patrimônio): como exemplo, após um aumento de 1% no imposto sobre a riqueza da Noruega, muitos indivíduos de elevado patrimônio deixaram o país. Em 2023, após a Espanha introduzir um novo “imposto sobre a riqueza solidária”, Portugal estendeu seu regime tributário para não residentes, já que mais contribuintes espanhóis estavam considerando mudar sua residência fiscal para aquele país. Ou seja, a possibilidade de mobilidade do capital e de alteração da residência fiscal dos indivíduos demonstram que países que adotaram a tributação de grandes fortunas acabaram por repelir os seus milionários e bilionários, que preferiram buscar residência em jurisdições com menor voracidade fiscal;

Redução do crescimento econômico: os impostos sobre a riqueza desincentivam o empreendedorismo, reduzem o nível de emprego, levando a menos inovação e menos crescimento a longo prazo, além de reduzirem o estoque de capital.

¹⁵ ROCHA, Sergio André. *Fundamentos do direito tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2020, p. 42.

¹⁶ ENACHE, Cristina. *The High Cost of Wealth Taxes*. Tax Foundation Europe. June 2024. Disponível em: <https://taxfoundation.org/research/all/eu/wealth-tax-impact/>. Acesso em: set. 2024.

A tributação da propriedade, da renda e das transferências patrimoniais (doações e heranças) seriam mais efetivas e eficientes, e já captariam a riqueza que se pretende ver onerada por um imposto sobre grandes fortunas¹⁷.

Partidários da tributação da riqueza defendem, de outro lado, que esse tipo de medida, caso adotado de forma coordenada pelos países, levaria a um aumento de arrecadação, a qual recairia de forma mais justa e eficiente sobre aqueles que possuem maior capacidade contributiva, além do que seria mais difícil de ser evitado, já que a opção de mudança de país encontraria óbice no fato de que as opções de destino ficariam reduzidas.

Gabriel Zucman propõe um padrão coordenado internacionalmente que garanta uma tributação eficaz de indivíduos com patrimônio líquido ultraelevado, sendo que tal coordenação global evitaria aos potenciais destinatários dessa tributação dela se esquivarem em razão da facilidade de mobilidade. Segundo ele, os indivíduos com mais de um bilhão de dólares em riqueza (cerca de 3.000 contribuintes) seriam obrigados a pagar anualmente um montante mínimo correspondente a 2% da sua fortuna, o que seria capaz de gerar uma arrecadação entre US\$ 200 a US\$ 250 bilhões por ano em todo mundo. Essa proposta contempla a possibilidade de dedução dos valores pagos a título de imposto de renda e imposto sobre propriedade da base de cálculo do imposto sobre a riqueza. Tal tributação atingiria ganhos de capital e rendimentos não realizados, o que, reconhece o autor, dependeria de análise de viabilidade jurídica. Alternativamente, seria possível incrementar a progressividade do imposto de renda e do imposto sobre doações e heranças, de tal forma a atingir um resultado equivalente¹⁸.

De certo modo, a alternativa apontada por Zucman confirma a conclusão de outros autores no sentido de que a tributação da riqueza encontra possíveis óbices sob a perspectiva jurídica, especialmente no tocante à tributação de renda não realizada (embora marcada a mercado, via cotação em bolsas e afins), ao passo que o aprimoramento da tributação da transferência da riqueza (via imposto sobre herança e doações) poderia levar a melhores resultados em termos de arrecadação e efetividade da capacidade contributiva¹⁹.

A ideia de que a riqueza avaliada a mercado poderia ficar sujeita à tributação independentemente de evento de realização parece contrariar o racional econô-

¹⁷ No mesmo sentido, *vide*: HEBOUS, Shafik; KLEMM, Alexander; MICHIELSE, Geerten; OSORIO-BUITRON, Carolina. *How to Tax Wealth*. IMF How to Note 2024/001. Washington, DC: International Monetary Fund, 2024.

¹⁸ ZUCMAN, Gabriel. A Blueprint for a Coordinated Minimum Effective Taxation Standard for Ultra-High-Net-Worth Individuals (Commissioned by the Brazilian G20 presidency). June 25, 2024. 49 p. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://gabriel-zucman.eu/files/report-g20.pdf>.

¹⁹ Cf. FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. *O imposto sobre grandes fortunas: reflexões acerca dos limites ao poder de tributar do Estado e o dever fundamental de pagar tributos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020, p. 147 e s.

mico sobre uma adequada e efetiva aferição de capacidade contributiva, além de não necessariamente existir liquidez para se honrar o pagamento do tributo.

Mesmo que exista um esforço coordenado entre os países, seria muito difícil encontrar consenso em relação a parâmetros comuns dessa tributação, dada as diferentes realidades econômicas de cada país. Assim, por exemplo, um indivíduo com patrimônio acima de determinado patamar pode ser considerado rico em um país, mas não em outro. Em última instância, os efeitos de um imposto sobre grandes fortunas são diferentes em países desenvolvidos e em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

VI. Considerações finais sob a ótica de eficiência fiscal e tributação justa

Ricardo Lobo Torres apontou em erudito estudo sobre a relação entre ética e justiça fiscal que alguns fatores fundamentais passaram a ser considerados no Direito Tributário a partir da década de 1970, para além de uma abordagem meramente positivista, a saber: (i) a inclusão da regra de justiça, ao lado da de liberdade, no imperativo categórico; (ii) a positivação jurídica da norma ética abstrata; (iii) o equilíbrio entre justiça e direitos humanos; (iv) a projeção da ética tributária para as dimensões internacional, nacional e local; (v) a efetividade jurídica do mínimo ético; e (vi) a perspectiva orçamentária do justo tributário. Segundo o saudoso jurista, a justiça tributária, em essência, encontra concretude nos princípios do sistema jurídico-tributário, em especial no princípio da capacidade contributiva, corolário, por sua vez, do princípio da igualdade. Em assim sendo, conclui-se que a fundamentação moral da justiça tributária só se afirma na medida em que o valor se concretiza por meio dos princípios e normas, afastando-se de experiências frustradas do causalismo, do economicismo, do relativismo e do ceticismo²⁰.

Sob outro viés, a materialização da justiça tributária definitivamente depende da observância de princípios constitucionais e tributários, explícitos (*v.g.* igualdade) e implícitos (*v.g.* segurança jurídica), mas as imposições tributárias somente serão justas se forem atendidos os testes de proporcionalidade e razoabilidade²¹.

As lições acima indicam que não se deve buscar justiça tributária meramente com base em análises econômicas que se afastam dos princípios que regem a tributação, em especial o da capacidade contributiva. Ainda que o IGF possa aparentemente atender a esse princípio, acaba por não respeitar a perspectiva de

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Ética e justiça tributária*. In: Schoueri, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 173-196.

²¹ Cf. ROLIM, João Dácio. Proportionality and Fair Taxation. *Series on International Taxation* n. 48. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 1-23.

igualdade vertical. Idealmente, os tributos devem atender à capacidade contributiva de forma plena, tanto horizontal quanto verticalmente.

É dizer que, a depender do patamar de riqueza que se pretenda tributar via IGF, contribuintes que estão ligeiramente abaixo desse nível ficariam à margem da incidência do imposto, embora sejam dotados de alguma capacidade contributiva. Tal circunstância revela um tratamento desigual que é desproporcional em função das desigualdades verificadas.

Justamente por isso que a capacidade contributiva encontra melhor aplicação na tributação da renda, largamente utilizada e testada pelos países. E é por essa razão que, em termos de justiça fiscal, a tributação da renda, desde que devidamente calibrada para atender a capacidade contributiva²² (o que se faz mediante a observância dos princípios de generalidade, universalidade e progressividade), mostra-se mais apta e adequada quando comparada com a tributação da riqueza.

Entende-se, ainda, que a inserção de um tributo sobre grandes fortunas, em vista dos possíveis efeitos negativos anteriormente apontados, deve ser analisada no contexto de todo o sistema tributário do país.

Mesmo que se considere a instituição do IGF no Brasil, é altamente recomendável primeiro entender o impacto da reforma tributária na arrecadação dos entes federados, e reunir mais dados sobre desigualdade, riqueza individual e estudos considerando diferentes formatos e características que esse tributo poderia ter (por exemplo, faixas de isenção, alíquotas etc.).

É imprescindível, antes de se cogitar sobre a criação do IGF, o aperfeiçoamento de mecanismos de controle dos gastos públicos, não apenas em termos de transparência como também sob a perspectiva qualitativa, o que poderá indicar a desnecessidade de incremento de arrecadação. Como salienta Murphy, um sistema tributário é parte integrante de toda a gestão macroeconômica de um país, o que requer atenção para a relação entre receitas tributárias e gastos governamentais, a qual irá ditar se e em que termos eventuais ajustes desse sistema deverão ser implementados²³.

Em síntese, as experiências dos países não são suficientes para validar a adoção da tributação da riqueza como uma medida eficiente e eficaz de política tributária, sendo, portanto, de rigor, que propostas lastreadas em avaliações econômicas com viés ideológico não sejam acatadas sem uma análise aprofundada, sob a ótica jurídico-constitucional, quanto à efetiva concretização do ideal de um sistema tributário justo, escorado em simplicidade, transparência, equidade e efetividade, e que não produza distorções e efeitos indesejados na economia do país²⁴.

²² Cf. LIMA, Daniel Serra. *Capacidade contributiva: conteúdo e (in)eficácia*. São Paulo: IBDT, 2023. , v., p. 113-115.

²³ MURPHY, Richard. *The Taxing Wealth Report 2024*. Disponível em: <https://taxingwealth.uk/>. Acesso em: 13 set. 2024.

²⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51 e s.

Bibliografia

- ADVANI, Arun; CHAMBERLAIN, Emma; SUMMERS, Andy. A wealth tax for the UK. Final Report. Wealth Tax Commission. Disponível em: <https://www.wealthandpolicy.com/wp/WealthTaxFinalReport.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.
- ANDRADE, Leonardo Aguirra de; MALPIGHI, Caio. Brazil and U.S. Both Debate the Realization of Taxable Income. *In Tax Note International*, v. 115, 2024, p. 987-993.
- AVI-YONAH, Reuven. Taxing the Super-Rich After Moore. *In Tax Notes International*, v. 115, July 1, 2024.
- CHAMBERLAIN, Emma. *Wealth Taxes in Foreign Countries*. Wealth Tax Commission Background Paper n. 130. Disponível em: https://www.wealthandpolicy.com/wp/BP130_Countries_Table.pdf. Acesso em: 13 set. 2024.
- ENACHE, Cristina. The High Cost of Wealth Taxes. Tax Foundation Europe. June 2024. Disponível em: <https://taxfoundation.org/research/all/eu/wealth-tax-impact/>. Acesso em: 13 set. 2024.
- FIGUEIREDO, Laura de Oliveira Mello. *O imposto sobre grandes fortunas: reflexões acerca dos limites ao poder de tributar do Estado e o dever fundamental de pagar tributos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.
- HEBOUS, Shafik; KLEMM, Alexander; MICHIELSE, Geerten; OSORIO-BUITRON, Carolina. *How to Tax Wealth*. IMF How to Note 2024/001. Washington, DC: International Monetary Fund, 2024.
- JUNQUEIRA, Murilo de Oliveira. O nó da reforma tributária no Brasil (1995-2008). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 89, out. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.17666/308993-113/2015>. Acesso em: 13 set. 2024.
- LIMA, Daniel Serra. *Capacidade contributiva: conteúdo e (in)eficácia*. São Paulo: IBDT, 2023, Série Doutrina Tributária, v. LII.
- MURPHY, Richard. The Taxing Wealth Report 2024. Disponível em: <https://taxingwealth.uk/>. Acesso em: 13 set. 2024.
- PERRET, Sarah. Why did other wealth taxes fail and is this time different? Evidence paper 6. Wealth Tax Commission. Disponível em: https://www.wealthandpolicy.com/wp/EP6_PoliticsAndDesign.pdf. Acesso em: 13 set. 2024.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. São Paulo: Intrínseca, 2014.
- ROCHA, Sergio André. *Fundamentos do direito tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2020.
- ROLIM, João Dácio. *Proportionality and Fair Taxation*. Series on International Taxation n. 48. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUMMERS, Andy. Ways of Taxing Wealth: Alternatives and Interactions. Wealth Tax Commission Evidence Paper no. 4. London School of Economics. Disponível em: www.ukwealth.tax. Acesso em: 13 set. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. *Ética e justiça tributária*. In: , Luís Eduardo; ZILVETI, (coord.) *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 173-196.

ZUCMAN, Gabriel. A Blueprint for a Coordinated Minimum Effective Taxation Standard for Ultra-High-Net-Worth Individuals (Commissioned by the Brazilian G20 presidency). June 25, 2024. 49 p. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://gabriel-zucman.eu/files/report-g20.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.

The Global Tax Governance: the Current Role of the OECD and the UN in Contemporary International Tax Law

A Governança Tributária Global: o Atual Papel da OCDE e da ONU no Direito Tributário Internacional Contemporâneo

Izadora Coutinho

Mestranda pelo Departamento de Direito Internacional e Direito Comparado do programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pesquisadora com vínculo institucional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Especialista em Direito Tributário Brasileiro e em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Graduada em Direito e em Relações Internacionais. Advogada tributarista em São Paulo. *E-mail*: izadoraccoutinho@gmail.com.

Abstract

In a globalized economy driven by capital mobility and digitalization, international tax governance has become a key issue on global agendas. This paper examines the evolving framework of global tax governance, focusing on the roles of the OECD and the United Nations (UN) in shaping international tax law. The OECD, through initiatives like the BEPS Project and the Pillar Two Global Minimum Tax, has tackled tax avoidance and base erosion by multinational enterprises (MNEs). However, concerns persist regarding its inclusivity, as the interests of developed nations often outweigh those of developing countries. Conversely, the UN provides a more inclusive platform for global tax cooperation, amplifying the voices of developing countries, as seen in Resolution 77/244 and the creation of the UN Tax Framework Convention. Using a qualitative methodology, this study analyzes the interaction between these institutions, the effectiveness of their initiatives, and the need for a fair, inclusive, and administrable global tax system.

Keywords: Global Tax Governance, OECD, United Nations, BEPS Project, Pillar Two, Fiscal Sovereignty, International Tax Cooperation.

Resumo

Em uma economia globalizada impulsionada pela mobilidade de capital e pela digitalização, a governança tributária internacional tornou-se uma questão fundamental nas agendas globais. Este documento examina a estrutura em evolução da governança tributária global, concentrando-se nas funções da OCDE e da Organização das Nações Unidas (ONU) na formação do direito tributário internacional. A OCDE, por meio de iniciativas como o Projeto BEPS e o Imposto Mínimo Global do Pilar Dois, combateu a evasão fiscal e a erosão da base tributária por empresas multinacionais (MNEs). No

entanto, persistem preocupações com relação à sua inclusão, já que os interesses das nações desenvolvidas geralmente superam os dos países em desenvolvimento. Por outro lado, a ONU oferece uma plataforma mais inclusiva para a cooperação tributária global, ampliando as vozes dos países em desenvolvimento, como visto na Resolução 77/244 e na criação da Convenção-Quadro Tributária da ONU. Usando uma metodologia qualitativa, este estudo analisa a interação entre essas instituições, a eficácia de suas iniciativas e a necessidade de um sistema tributário global justo, inclusivo e administrável.

Palavras-chave: governança tributária global, OCDE, Nações Unidas, Projeto BEPS, Pilar Dois, soberania fiscal, cooperação tributária internacional.

1. Introduction

The past decades have seen a significant trend towards economic openness. The weakening of borders between independent economic systems – local, state, national, and beyond – has had profound implications for economic policies within each system. Capital, firms, and labor now move more freely across regions, states, and countries, better leveraging differences in opportunities (employment, saving, investments, etc.), as well as technological, economic, fiscal, and monetary conditions.

For example, the tax base has increasingly globalized, with its distribution among various jurisdictions becoming more sensitive to the fiscal policies implemented within each. As *The Economist* succinctly noted on May 31, 1997: “Globalization presents significant challenges for taxation for three primary reasons. First, business no longer has greater flexibility in choosing their locations, making it increasingly difficult for any country to impose substantially higher taxes on a company compared to its competitors. Second, globalization complicates determining where a company should be taxed regardless of its headquarters. This enables companies to significantly lower their tax obligations by reallocating operations or engaging in sophisticated transfer pricing strategies. Third, globalization erodes individual taxation. Taxing personal income becomes more challenging as skilled professionals are far more mobile today than they were two decades ago (pp. 17-18)”.

Similarly, capital tends to flow from regions with low returns and high labor costs to those with higher returns and lower labor costs. Additionally, misalignments in exchange rates, often driven by differences in monetary policies and short-term interest rate disparities, influence the allocation of capital, labor, and other resources across countries, shaping the global distribution of economic activity.

Another key aspect of globalization is the cross-border dissemination of technology. The international mobility of skilled labor, trade in goods and services, and foreign direct investment are critical channels for spreading technological advancements globally. As a result, the global economic value of a technological

innovation far exceeds its national impact, which, in turn, already surpasses the returns gained by the firm that developed it. This creates a two-tier spillover¹ effect, where globalization further amplifies the broader global benefits of technological progress.

With the growing international integration of financial and economic activities, issues such as the income of multinational enterprises and the taxation of foreign-source income for residents and domestic-source income for nonresidents have become central to tax policy debates. Without greater cooperation among national tax authorities – such as information, and harmonization of tax rates and bases – it will be increasingly challenging to tax mobile factors effectively. Today, not only financial and physical capital are highly mobile, but also skilled, professional, and even unskilled labor, posing a significant risk of shrinking national tax bases in absence of international collaboration.

In face of that, global tax governance has emerged as a priority on international agendas for two main reasons: the 2008 financial crisis, which significantly increased public debt, and recent tax scandals involving major corporations. As taxation is the most direct link between the state and the market, it serves as a key lens to understand globalization's effects on state sovereignty, the role of international institutions, and their legitimacy.

This paper aims to examine the evolving framework of global tax governance, emphasizing the central role of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) and the complementary yet critical contributions of the United Nations (UN) in shaping the modern international tax law. As globalization intensifies the mobility of capital, labor, and technology, the OECD has emerged as a leading force in addressing key challenges such as base erosion and profit shifting (BEPS), tax competition, and the allocation of taxing right through initiatives like the BEPS Project and the Pillar Two Framework for a Global Minimum Tax.

Meanwhile, the UN plays a crucial role in advocacy for the interests of developing countries, promoting inclusive and equitable solutions to address systemic asymmetries in the global tax system. By combining the OECD's technical leadership with the UN's focus on equity and inclusivity, this governance aims to foster cooperation among jurisdictions, safeguard national tax bases, and balance the tensions between sovereignty, harmonization, and the complex demands of an increasingly globalized economy. To address this, the paper adopts a qualitative approach, analyzing OECD and UN's advocacy for more inclusive solutions that reflect the realities of developing nations.

¹ RAZIN, Assaf. SADKA, Efrain. *The economics of globalization: policy perspectives from public economics*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 5.

2. Tax Harmonization, Tax Coordination and the “Disappearing Taxpayer”: Is There a Need for a World Tax Organization?

Over the past four centuries, the nation-state has been the dominant framework for organizing societies; however, its current role and future are increasingly debated. Some scholars argue that globalization and the transfer of decision-making powers to supranational bodies are eroding the nation-state's authority, while other emphasize its enduring importance as the guarantor of security, democracy and welfare, and the rule of law. This debate raises critical questions: is the national state becoming obsolete, or can it be revitalized to address modern challenges²?

Central to this discussion is the role of taxation, a key function of the nation-state that now faces challenges due to globalization. While economic activities have crossed borders, the power to tax remains tied to national boundaries. This misalignment has created two major issues: overlapping taxation claims, leading to double taxation, and opportunities for tax avoidance and evasion, resulting in double non-taxation. These challenges have driven countries toward international cooperation in taxation³.

Historically, international tax governance has relied on bilateral double tax agreements (DTAs), developed in the early 20th century and largely shaped by multilateral frameworks, such as the OECD's model conventions. This “bilateralism within multilateralism” approach preserves a national sovereignty but also facilitated tax competition, evasion, and avoidance, particularly as globalization intensified from the 1960s onwards. Consequently, the traditional framework has proven insufficient to address new problems like base erosion and profit shifting (BEPS).

While bilateral treaties effectively resolved double taxation issues, they inadvertently contributed to double non-taxation and aggressive tax avoidance, amplifying tax competition among states. These dynamics resemble an “asymmetric prisoner's dilemma”, where states face incentives to lower tax rates or implement favorable policies to attract mobile capital, even if it undermines collective revenue goals. Addressing the dilemma requires enhanced multilateral cooperation and institutions capable of enforcing rules across jurisdictions⁴.

However, establishing such cooperation is inherently difficult due to conflicting national interests and institutional path-dependence. Reforms in international tax governance have often been incremental, constrained by existing frame-

² RIXEN, Thomas. *The Political Economy of International Tax Governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 30.

³ RIXEN, Thomas. *The Political Economy of International Tax Governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 31.

⁴ RAZIN, Assaf; SADKA, Efrain. *The economics of globalization: policy perspectives from public economics*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 20.

works. For example, the OECD's initiatives – like the multilateral attack on tax evasion and avoidance since the 1990s – reflect efforts to modernize the system but remain limited by sovereignty concerns. Despite attempts to shift from “soft law” toward “hard law,” the traditional reliance on bilateral agreements continues to dominate⁵.

This study explores the governance structure of international taxation from the perspective of international political economy, emphasizing the importance of understanding the institutional choices and transformations that have shaped the current system. While bilateralism remains prevalent, particularly in international tax relations, it is essential to evaluate its relative advantages and limitations compared to multilateral cooperation⁶.

The analysis demonstrates that international tax governance functions across three levels: unilateral (domestic rules), bilateral (tax treaties), and multilateral (model conventions). These layers interact systematically, shaped by historical legacies and modern demands. As globalization intensifies, the need for a more cohesive and multilateral approach becomes evident to address the complexities of balancing tax sovereignty with the interconnected nature of the global economy. However, achieving this balance remains a significant challenge for contemporary tax governance.

2.1. The International Tax Governance: The Issues

Global tax governance has taken center stage on international and political agendas for two key reasons. First, in the aftermath of the 2008 financial crisis, many states experienced a sharp rise in public debt, making it increasingly unsustainable to forgo tax revenues lost through international tax evasion and avoidance. Second, recent tax scandals involving major corporations (e. g., Starbucks, Apple, Offshore Leaks, and Lux Leaks) have heightened public awareness and attracted significant media attention⁷.

The focus on global tax governance is well justified. Taxation, as the most direct link between the state and the market, provides a critical lens for understanding the interplay and relative power of these two spheres. It is also a fundamental function of the modern nation-state, essential for analyzing how economic globalization impacts state sovereignty, the creation and evolution of international institutions, and their legitimacy and effectiveness—key themes in the broader literature on global governance.

⁵ RIXEN, Thomas. *The Political Economy of International Tax Governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 33.

⁶ RIXEN, Thomas. *The Political Economy of International Tax Governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 34.

⁷ DIESCH, Peter. RIXEN, Thomas. *Global Tax Governance: What is Wrong With it and How to Fix it*. London: ECPR, 2016. p. 34.

Politically, governments and international organizations claim progress in addressing the challenges posed by tax competition. In response to the financial crisis, the G20 and OECD reintroduced “black” and “grey” lists of uncooperative tax havens, compelling them to sign bilateral tax information exchange agreements (TIEAs).

The contributions presented here are highly relevant to this ongoing debate. They aim to demonstrate why current efforts to strengthen global tax governance remain inadequate and to propose alternative solutions. This involves several steps: i) identifying the specific challenges globalization poses for taxation, particularly in the context of tax competition; ii) explaining the structures, processes, and institutions that govern global taxation and highlighting their limitations; iii) developing a normative foundation to guide appropriate regulatory responses; and iv) proposing concrete reforms for institutions and policies⁸.

Addressing this multifaceted agenda requires an interdisciplinary approach. It demands a solid understanding of the economics of tax competition, which operates at the intersection of markets and state policies; an awareness of the intricate legal frameworks governing taxation; insight into the geopolitical and social dynamics that can either facilitate or hinder reform; and, ultimately, a normative framework that balances competing values, such as fiscal autonomy, distributive justice, and economic efficiency.

2.2. What is global tax governance?

Governance, in its broadest sense, can be understood as the activity of organizing collective action, encompassing the creation and development of institutions – defined as formal and informal principles, norms, rules, and procedures – that structure both individual and collective behavior. Governance can be carried out by state and non-state actors, as well as public and private entities. When the scope of these principles, norms, rules, and procedures extends across borders, it becomes global governance, encompassing international or worldwide policymaking.

This concept aligns with Keohane’s widely recognized definition of an international regime, a key concept in global governance literature (Krasner, 1982: 186). While the term *global* implies the inclusion of all countries, in practice, it often refers to policy frameworks with international reach, even if not universally adopted⁹.

Global tax governance refers to the collection of institutions that regulate taxation issues involving cross-border transactions or other international implica-

⁸ DIESCH, Peter. RIXEN, Thomas. *Global Tax Governance: What is Wrong With it and How to Fix it*. London: ECPR, 2016. p. 36.

⁹ DIESCH, Peter. RIXEN, Thomas. *Global Tax Governance: What is Wrong With it and How to Fix it*. London: ECPR, 2016. p. 38.

tions. This definition does not necessarily entail a full or partial transfer of taxing rights – the power to impose taxes on individuals or entities – to a supranational level. However, the possibility of such a shift, whether in part or in whole, remains a topic of ongoing debate.

At present, the right to tax remains closely tied to the nation-state. Global governance, however, shapes and limits this power through institutions that manage the interactions between national tax systems. Whether transferring certain aspects of taxation authority to the international level is desirable is one of the key questions explored in contemporary discussions¹⁰.

Global tax governance addresses both direct and indirect taxation. Currently, most discussions focus on direct taxation, as international trade agreements largely govern the cross-border aspects of indirect taxes. However, this does not mean that the tax-related elements of international trade should be excluded from the analytical scope of global tax governance. Rather, they form an integral part of understanding how global governance operates in the realm of taxation¹¹.

2.3. Global Planners and Strategic Players

The decentralized nature of international taxation and the competitive dynamics among states in the global tax arena significantly influence the policies adopted to achieve national objectives. In the absence of a global authority to allocate taxing rights and establish clear jurisdictional priorities, states are compelled to act independently to advance their interests. Contrary to the conventional neutrality debate, which simplistically assumes that states should promote global welfare – such as through CIN (Capital Import Neutrality), CEN (Capital Export Neutrality), or CON (Capital Ownership Neutrality) – states must instead approach tax policy strategically¹².

Specifically, states should design their tax systems to maximize their competitive advantages in attracting investments, residents, and tax revenues while anticipating the likely responses of competing jurisdictions. From a methodological perspective, international taxation can be effectively analyzed through a game-theoretical framework, where states are treated as rational actors in a strategic game. This approach identifies state preferences and potential strategies, analyzing their interactions and mutual influence.

Such an analysis highlights that international tax policies are never crafted in isolation: the policies adopted by one country invariably impact the outcomes

¹⁰ DIESCH, Peter. RIXEN, Thomas. *Global Tax Governance: What is Wrong With it and How to Fix it*. London: ECPR, 2016. p. 41.

¹¹ DIESCH, Peter. RIXEN, Thomas. *Global Tax Governance: What is Wrong With it and How to Fix it*. London: ECPR, 2016. p. 43.

¹² DAGAN, Tsilly. *International Tax Policy: Between Competition and Cooperation*. New York: Cambridge University Press, 2018. p. 64-65.

of another country's strategies and vice versa. Therefore, policymakers must carefully consider the actions of other states that might affect domestic economic behavior and design tax policies that optimize national interests in this interconnected environment¹³.

The international tax system is grounded in the principle of state sovereignty, creating a fundamental governance challenge: determining which country has the right to tax profits or income derived from cross-border business and investment (Graetz and O'Hear, 1997). The core issue lies in developing a fair and efficient mechanism to allocate taxing rights among sovereign states.

A particular challenge arises when governments attempt to tax the offshore investments of their residents. As Rixen (2008:61) points out, tax authorities often rely heavily on self-reported income, which taxpayers have an economic incentive to understate. This reliance on self-declaration makes the enforcement of resident taxation dependent on robust information exchange between tax authorities¹⁴.

To address this issue and combat the risk of widespread international tax evasion – where resident investors fail to report offshore income – recent international tax transparency efforts have focused on establishing comprehensive information-sharing regimes. These frameworks require participating governments to gather data on funds invested within their jurisdictions and exchange this information with relevant foreign tax authorities.

By enhancing cross-border cooperation and increasing transparency, such initiatives aim to close enforcement gaps, reduce opportunities for tax evasion, and ensure greater compliance in the taxation of global income.

3. The Current Role of the UN and the OECD in Contemporary International Tax Law

Over the past few decades, international tax policymaking has been primarily led by the OECD, whose initiatives have significantly advanced global tax governance by enhancing transparency and combating base erosion and profit shifting (BEPS) by multinational enterprises (MNEs). The OECD/G20 BEPS Project marked a turning point in international tax coordination, representing a milestone in addressing the challenges of MNEs that fail to contribute their fair share of taxes.

This development cannot be overlooked by the United Nations (UN) as it explores future opportunities to intervene in this area. Collaborative synergies could emerge from a framework that prioritizes fair, efficient, and administrable

¹³ RIXEN, Thomas. *The Political Economy of International Tax Governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 50.

¹⁴ RIXEN, Thomas. *The Political Economy of International Tax Governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. p. 50.

solutions for developing countries, including measures like Article 12B of the UN Model Tax Convention.

However, this progress raises a critical question: Has the OECD sufficiently considered the broader implications of its initiatives, particularly in relation to developing countries? While the OECD has engaged a wide range of global stakeholders in establishing tax governance standards, there are clear indications – supported by concrete examples – that the influence of OECD member countries continues to outweigh that of non-members. This imbalance is particularly evident in the OECD’s decision-making process, where some countries are included in discussions but lack an effective platform to voice their perspectives¹⁵.

They are, metaphorically, admitted to the boardroom but denied a microphone, allowing them to observe and learn in real-time without meaningful participation. Despite efforts to address this, including the creation of the Inclusive Framework (IF), issues surrounding inclusivity and equitable cooperation remain unresolved. The adoption of UN General Resolution 77/244 has sparked a broader discussion on the potential for the UN to play a more prominent and central role in promoting inclusive and effective international tax cooperation.

While the BEPS Project has achieved notable successes, particularly with Actions 5, 6, 8, 13, and 14, a recurring concern among developing countries lies in the relevance and feasibility of these measures. As the OECD itself acknowledges, not all BEPS Action Points align with the priorities or economic realities of developing economies. The complexity and high implementation costs often result in inconsistent adoption across IF members. This is one reason why developing countries frequently resist adopting measures such as Controlled Foreign Corporation (CFC) rules and interest barrier provisions.

From a fairness perspective, this hesitation is entirely legitimate, as it reflects the sovereign right of countries to determine their international tax policies. A more inclusive agenda that prioritizes the needs of developing countries – while aligning with the UN’s Sustainable Development Goals (SDGs) – could foster more consistent and positive outcomes for BEPS measures. This approach would allow countries to retain control over their tax policy decisions without undue external interference.

The right to economic development must remain a priority and should not be compromised in the pursuit of global tax governance. Instead, a balanced approach is required – one that harmonizes global standards with the capacity of developing countries to implement them while addressing the asymmetries that persist between developed and developing economies¹⁶.

¹⁵ IBFD. UN Tax Framework Convention: Background. Disponível em: <https://research.ibfd.org/home/content/un-tax-framework-convention#Background>. Acesso em: 27 July 2024.

¹⁶ IBFD. UN Tax Framework Convention: Background. Disponível em: <https://research.ibfd.org/home/content/un-tax-framework-convention#Background>. Acesso em: 27 July 2024.

3.1. OECD

The OECD plays a central role in global fiscal governance, serving as both a technical and political institution capable of designing and coordinating solutions to address the tax challenges brought about by globalization and the digitalization of the economy. Through initiatives such as the BEPS Project (Base Erosion and Profit Shifting), the OECD has solidified its leadership by providing mechanisms to combat tax base erosion and the artificial shifting of profits by multinational enterprises (MNEs), ensuring that these companies pay their “fair share” of taxes.

One of the OECD’s most significant achievements is the development of the GloBE Rules (Global Anti-Base Erosion Rules) under Pillar Two, a core element of the plan to modernize the international tax system. In collaboration with the G20 and the Inclusive Framework, the OECD spearheaded efforts to implement a global minimum tax, addressing harmful tax practices that exploit discrepancies in national tax systems. The primary objective of the GloBE Rules is to ensure that the profits of large MNEs are taxed at a minimum rate in each jurisdiction where they conduct economic activities, reducing incentives to shift profits to low-tax jurisdictions or tax havens.

Furthermore, the OECD promotes standardization and harmonization in international taxation through comprehensive guidance, such as the Consolidated Commentary on the GloBE Rules, which incorporates agreed administrative guidance released up to December 2023. This document offers clarity for tax administrations and multinational enterprises, ensuring a consistent and coordinated interpretation and application of the GloBE Rules worldwide. By doing so, the OECD fosters a stable, predictable, and aligned tax governance framework, essential for both governments and businesses operating in a globalized economy.

Through these initiatives, the OECD promotes a discourse aimed at strengthening international tax cooperation while balancing the interests of diverse economies, fostering efficiency, transparency, and fairness within the global tax system. Its role in tax governance underscores the urgent need to adapt traditional tax structures to address contemporary challenges, such as the digitalization of the economy, while ensuring the fiscal sovereignty of each nation is preserved.

3.2. UN Tax Framework Convention

Over the past few years, the need for reforming the international tax system has gained increasing attention. At its core lies the principle of sovereign equality of all Member States, as enshrined in Article 2(1) of the United Nations Charter. This principle was reinforced in Resolution 69/313, where the General Assembly emphasized that international tax cooperation must be universal in scope, inclusive in approach, and reflective of the diverse needs and capacities of all countries, particularly those in vulnerable situations.

Recent developments highlight that the current treaty-based framework for allocating taxing rights is no longer fit for purpose in an increasingly digitalized and globalized economy. While the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) has made notable progress – particularly through its two-pillar solution targeting large multinational enterprises – this initiative does not fully address concerns shared by many developing countries. Specifically, these countries argue that the current rules fail to allocate sufficient taxing rights to jurisdictions that host multinational enterprises or serve as markets for their products¹⁷.

This broader dissatisfaction has fueled calls for a more inclusive and effective international tax cooperation system. There is widespread agreement on the need to tackle tax evasion, aggressive tax avoidance, money laundering, and illicit financial flows, while simultaneously improving confidence in tax systems. Importantly, these efforts must adopt a holistic perspective, aligned with sustainable development goals (SDGs), by addressing issues such as inequality, environmental protection, public health, gender equity, and intergenerational justice.

Against this complex backdrop, the UN General Assembly, through Resolution 77/244, reached a consensus to begin intergovernmental discussions aimed at enhancing the inclusivity and effectiveness of international tax cooperation. This resolution includes evaluating new options for a framework or instrument developed under an UN-led intergovernmental process, while also taking existing international and multilateral arrangements into account. To advance this initiative, the Assembly requested the UN Secretary-General to produce a comprehensive report analyzing current frameworks, identifying additional options, and proposing actionable next steps¹⁸.

The international tax system must therefore feature policy options and mechanisms that are adaptable to the varying needs and capacities of jurisdictions. These options must ensure that taxes are paid where economic activity occurs, including where markets are located. Simplicity and administrative feasibility are essential to enable effective implementation, particularly for developing countries. At the same time, the system must strike a balance between stability – allowing businesses to plan for the long term – and flexibility, ensuring it evolves alongside advancements in technology, changing business models, and shifts in global tax cooperation¹⁹.

¹⁷ UNITED NATIONS. Promotion of inclusive and effective international tax cooperation at the United Nations. New York: United Nations, 2023. Disponível em: <https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-08/2314628E.pdf>. Acesso em: 20 July 2024.

¹⁸ UNITED NATIONS. Promotion of inclusive and effective international tax cooperation at the United Nations. New York: United Nations, 2023. Disponível em: <https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-08/2314628E.pdf>. Acesso em: 20 July 2024.

¹⁹ UNITED NATIONS. Resolution adopted by the General Assembly on 22 December 2023: A/

The United Nations, as an institution founded on the sovereign equality of its 193 Member States, plays a central role in international tax cooperation, primarily through the General Assembly, the Economic and Social Council, and the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters²⁰.

By late 2023, significant progress was made when 125 jurisdictions out of 182 voted in favor of creating a UN Framework Convention on International Tax Cooperation. This initiative, approved by the Second Committee of the General Assembly, seeks to rebalance international tax policymaking by empowering developing countries. The ongoing project builds on the following key resolutions and milestones:

1. **The Promotion, Inclusion, and Tax Cooperation Resolution:** On 30 December 2022, the UN General Assembly adopted Resolution 77/244 to strengthen international tax cooperation, combat illicit financial flows, and address aggressive tax avoidance and evasion.
2. **The Secretary-General's Report:** In August 2023, the UN Secretary-General issued Report A/78/235, outlining three potential solutions to advance international tax cooperation and address the identified challenges.
3. **The Adopting Resolution:** On 22 November 2023, the Second Committee of the General Assembly adopted Resolution A/C.2/78/L.18/Rev.1, with 125 countries voting in favor, 48 against, and 9 abstaining. The voting outcomes revealed clear geographical patterns of support.
4. **Organizational Meetings:** From 22 to 24 February 2024, meetings were held to establish an Ad Hoc Committee tasked with developing the UN Tax Framework Convention. The committee includes 20 geographically and gender-balanced members, chaired by Egypt²¹.

The table below outlines the key differences between the three options for international tax: cooperation²²:

RES/78/230. New York: United Nations, 2024. Disponível em: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2024-01/A.RES_.78.230_English.pdf. Acesso em: 20 July 2024.

²⁰ UNITED NATIONS. Promotion of inclusive and effective international tax cooperation at the United Nations. New York: United Nations, 2023. Disponível em: <https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-08/2314628E.pdf>. Acesso em: 20 July 2024.

²¹ IBFD. UN Tax Framework Convention: Background. Disponível em: <https://research.ibfd.org/home/content/un-tax-framework-convention#Background>. Acesso em: 27 July 2024.

²² IBFD. *UN Tax Framework Convention: Background*. Disponível em: <https://research.ibfd.org/home/content/un-tax-framework-convention#Background>. Acesso em: 27 July 2024.

Criteria	Multilateral Convention on Tax	Framework Convention on International Tax Cooperation	Framework for International Tax Cooperation
Description	Binding legal instrument.	Binding legal instrument, with possible modifications through protocols.	Non-binding agenda for coordinated actions at various levels.
Most Likely to Be Effective	When there is unanimous political consensus; otherwise, less comprehensive agreements.	When immediate consensus on binding measures is not achievable.	When no political consensus exists on substantive measures or required actions.
Decision-Making	Negotiation follows General Assembly rules; ongoing as defined in the convention and among parties.	Negotiation follows General Assembly rules; ongoing as per the convention and among parties.	Negotiation follows General Assembly rules.
Implementation	As prescribed in the multilateral convention.	As prescribed in the framework convention.	Voluntary participation.
Dispute Resolution	As outlined in the multilateral convention.	As outlined in the framework convention.	Not applicable, as obligations are non-binding.

This comparison highlights the varying degrees of legality, effectiveness, and participation in each approach. While the Multilateral Convention offers binding and enforceable solutions, the Framework for International Tax Cooperation focuses on non-binding, voluntary efforts. The Framework Convention serves as a middle ground, providing a binding structure but allowing room for flexible updates and protocols.

The voting results for the resolution were geographically differentiated as follows²³.

1. **Africa:** Predominantly voted in favor, reflecting support for greater inclusivity and fairness in global tax governance.
2. **Asia-Pacific:** Mixed results, with significant support from developing economies, while some developed nations abstained or opposed.

²³ IBFD. UN Tax Framework Convention: Background. Disponível em: <https://research.ibfd.org/home/content/un-tax-framework-convention#Background>. Acesso em: 27 July 2024.

3. **Latin America and the Caribbean:** Strong support, driven by a shared interest in addressing tax evasion and ensuring equitable taxing rights.
4. **Europe:** Divided, with many developed countries voting against the resolution, aligning with their current reliance on OECD-led frameworks.
5. **North America:** Largely opposed, emphasizing concerns about sovereignty and the potential duplication of existing international tax initiatives.
6. **Small Island Developing States (SIDS):** Generally supportive, recognizing the importance of tax transparency and addressing illicit financial flows.

This breakdown illustrates a clear divide between developing and developed countries, with developing nations advocating for a more inclusive, UN-led process to rebalance the international tax system. The UN Tax Framework Convention is expected to gain momentum between 2025 and 2027, paving the way for a more inclusive, equitable, and effective international tax system. By prioritizing the needs of developing countries, the framework aims to deliver solutions that reflect global realities while preserving national sovereignty and supporting sustainable economic development.

4. Conclusions

The evolution of global tax governance reflects the growing complexity of a globalized and digitalized economy, where national tax systems are increasingly interconnected. The OECD has played a leading role in addressing critical challenges, such as base erosion, profit shifting, and harmful tax practices, through initiatives like the BEPS Project and the Pillar Two Framework for a Global Minimum Tax. These efforts have significantly advanced international tax transparency and cooperation. However, the OECD's approach often prioritizes the interests of developed economies, limiting the full participation and representation of developing countries in decision-making processes.

In response, the United Nations has emerged as a key advocate for a more inclusive and equitable global tax system. Through initiatives such as Resolution 77/244 and the development of the UN Tax Framework Convention, the UN seeks to address long-standing asymmetries in international tax governance, empowering developing nations to participate effectively. The UN's focus on sovereign equality and sustainable development aligns international tax cooperation with broader global goals, such as reducing inequality, promoting economic growth, and ensuring fairness in taxing rights allocation.

This study concludes that while the OECD and the UN have complementary roles, greater collaboration and synergy between these institutions are essential to achieving a balanced, fair, and administrable global tax system. A future framework must prioritize inclusivity, simplicity, and adaptability to address

emerging challenges, such as digitalization and changing business models, while respecting the fiscal sovereignty of all nations. Ensuring that taxes are paid where economic activity occurs remains a central goal, alongside fostering global equity, transparency, and stability in international tax governance.

References

- DAGAN, Tsilly. *International Tax Policy: Between Competition and Cooperation*. New York: Cambridge University Press, 2018.
- DIESCH, Peter. *Catching Capital: The Ethics of Tax Competition*. New York: Oxford University Press, 2015.
- DIESCH, Peter; RIXEN, Thomas. *Global Tax Governance: What is Wrong With it and How to Fix it*. London: ECPR, 2016.
- IBFD. UN Tax Framework Convention: Background. Disponível em: <https://research.ibfd.org/home/content/un-tax-framework-convention#Background>. Acesso em: 27 July 2024.
- OECD. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), First Edition: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/1e0e9cd8-en>. Acesso em: 27 July 2024.
- RAZIN, Assaf; SADKA, Efrain. *The economics of globalization: policy perspectives from public economics*. New York: Cambridge University Press, 1999.
- RIXEN, Thomas. *The Political Economy of International Tax Governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.
- UNITED NATIONS. Promotion of inclusive and effective international tax cooperation at the United Nations. New York: United Nations, 2023. Disponível em: <https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-08/2314628E.pdf>. Acesso em: 20 July 2024.
- UNITED NATIONS. Resolution adopted by the General Assembly on 22 December 2023: A/RES/78/230. New York: United Nations, 2024. Disponível em: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2024-01/A.RES_.78.230_English.pdf. Acesso em: 20 July 2024.

Tributação Internacional e Sustentabilidade. Obrigação Internacional dos Estados na Adoção de Medidas Regulatórias (Tributárias e Não Tributárias) para a Proteção do Meio Ambiente

João Dácio Rolim

LLM pela London School of Economics and Political Science, Doutor em Direito Público pela UFMG com foco em direito tributário, PhD (Doctor of Philosophy) pela Queen Mary University of London. Professor do curso do Mestrado Profissional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), *visiting* professor da Northwestern University of Chicago e ex-consultor da United Nations Economic Commission for Africa (UNECA).

Sócio fundador do escritório Rolim, Goulart, Cardoso Advogados.

Resumo

Analisa-se a proteção ao meio ambiente como Direito Humano Internacional e a obrigação de proteção dos Estados perante o Direito Internacional Público. Discutem-se também quais medidas seriam mais adequadas para cumprir a obrigação internacional e reconhecer na prática o Direito Fundamental, dentre medidas regulatórias tributárias e não tributárias.

Inicialmente o presente artigo analisa a proteção do meio ambiente como um direito fundamental perante a ordem internacional, principalmente de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos e de outros órgãos e normas da Organização das Nações Unidas. Em decorrência deste reconhecimento, discute-se em que medida os Estados estariam obrigados a adotarem medidas tributárias, de acordo com a soberania fiscal de cada país, em conjunto ou não com outras medidas de caráter não tributário.

Em que pese a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 assim como a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 não possuírem em seu texto qualquer direito explícito de cunho ambiental, o certo é que na prática tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos como, mais recentemente, a Corte Europeia de Direitos Humanos têm demonstrado que no plano dos sistemas regionais interamericano e europeu é possível amparar (proteger, garantir etc.) problemas relacionados ao meio ambiente, por desenvolvimento jurisprudencial. Cartas de Direitos Humanos mais recentes, como a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981¹, já consagram uma proteção mais expressa ao meio ambiente tal como disposto no seu artigo 24².

¹ African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted in Nairobi on 1 June 1981 and entered into force on 21 October 1981.

² "All people shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development."

Mas o primeiro exemplo de manifestação de uma Corte de direitos humanos em que não havia referência expressa à proteção ao meio ambiente é o parecer OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos³. O parecer consultivo foi requerido pela República da Colômbia para interpretação por parte da Corte das obrigações do Estado em relação ao meio ambiente no contexto da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal⁴ (interpretação e alcance dos artigos 4 (1) e 5 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Dentre os argumentos apresentados, cabe destacar os seguintes:

47: Este Tribunal reconheceu a existência de uma relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos, na medida em que a degradação ambiental e os efeitos adversos das mudanças climáticas afetam o gozo real dos direitos humanos.

129: O princípio da prevenção de danos ambientais faz parte do direito consuetudinário internacional⁵.

134: A redação da obrigação de prevenção estabelecida nas Declarações de Estocolmo e do Rio não descreve o tipo de dano ambiental que deve ser evitado. No entanto, muitos tratados que incluem a obrigação de prevenir danos ambientais condicionam essa obrigação a um certo grau de severidade do dano que poderia ser causado (geralmente dano significativo).

145: As medidas específicas que os Estados devem tomar [para cumprir a obrigação de prevenção] incluem as obrigações de: (i) regulamentar; (ii) supervisionar e monitorar; (iii) exigir e aprovar avaliações de impacto ambiental; (iv) estabelecer planos de contingência, e (v) mitigar, quando ocorrer dano ambiental.

147: Dada a relação entre a proteção do meio ambiente e do ser humano, todos os Estados devem regulamentar esta matéria e tomar outras medidas semelhantes para prevenir danos significativos ao meio ambiente. Esta obrigação foi expressa-

³ Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁴ A Corte foi solicitada a determinar “como o Pacto de San José deve ser interpretado quando existe o perigo de que a construção e operação de grandes projetos de infraestrutura possam ter graves efeitos sobre o meio ambiente marinho na Região do Caribe Amplo e, consequentemente, sobre o habitat humano essencial para o pleno gozo e exercício dos direitos dos habitantes das costas e/ou ilhas de um Estado-Parte do Pacto, à luz das normas ambientais reconhecidas no Direito Internacional Consuetudinário e dos Tratados aplicáveis entre as respectivas Estados”. Além disso, o Estado requerente solicitou ao Tribunal que determine “como deve ser interpretado o Pacto de San José em relação a outros tratados sobre o meio ambiente que buscam proteger áreas específicas, como a Convenção para a Proteção e Desenvolvimento do Meio Marinho em a Região do Caribe Amplo, no contexto da construção de grandes projetos de infraestrutura em Estados signatários de tais tratados, bem como das respectivas obrigações internacionais em matéria de prevenção, precaução, mitigação de danos e cooperação entre os Estados potencialmente afetados”. O texto completo em espanhol pode ser encontrado em: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf.

⁵ International Court of Justice. Cf. ICJ, Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory opinion, July 8, 1996, para. 29; ICJ, Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia). Judgment of September 25, 1997.

mente incluída em instrumentos internacionais de proteção ambiental, sem fazer distinção entre os danos causados dentro ou fora do território do Estado de origem [...].

180: A obrigação geral de garantir os direitos à vida e a integridade pessoal significa que os Estados devem agir diligentemente para evitar danos a esses direitos. [...]. Portanto, a Corte entende que os Estados devem atuar em consonância com o princípio da precaução, a fim de proteger os direitos à vida e à integridade pessoal nos casos onde houver indicações plausíveis de que uma atividade pode resultar em graves e irreversíveis danos ao meio ambiente, mesmo na ausência de certezas científicas. Consequentemente, os estados devem agir com o devido cuidado para evitar possíveis danos. Assim, no contexto da proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal, o Tribunal considera que os Estados devem agir de acordo com o princípio da precaução. Portanto, mesmo na ausência de certeza científica, eles devem tomar medidas “eficazes” para prevenir graves ou irreversíveis danos.

Por fim, cabe ressaltar também a conclusão do parecer:

- Para respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas sujeitas à sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos dentro ou fora do seu território e, para tanto, devem regular, supervisionar e fiscalizar as atividades em sua jurisdição que poderia produzir danos ambientais significativos;
- Os Estados devem atuar de acordo com o princípio da precaução para proteger os direitos à vida e à integridade pessoal nos casos em que haja indícios plausíveis de que uma atividade possa resultar em danos ambientais graves ou irreversíveis, mesmo na ausência de certeza científica;
- Para respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade das pessoas sujeitas à sua jurisdição, os Estados têm a obrigação de cooperar, de boa-fé, para garantir a proteção contra danos transfronteiriços significativos ao meio ambiente. Para cumprir esta obrigação, os Estados devem notificar outros Estados potencialmente afetados quando souberem que uma atividade planejada sob sua jurisdição pode causar danos transfronteiriços significativos e também em casos de emergências ambientais, e devem consultar e negociar de boa-fé com os Estados potencialmente afetados por dano transfronteiriço significativo.

Em 2022, também a Comissão de Direitos Humanos da ONU, ao interpretar a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que não contém qualquer disposição explícita de proteção ambiental, entendeu que esta deriva do direito à vida (artigo 6) e do direito à vida privada e da vida em família (artigo 17)⁶. Já anteriormente, em 2019, o Comentário Geral n. 36 da Comissão sobre o

⁶ Communication No. 3624/2019 (*Daniel Billy et al. v. Australia*; “Torres Strait Islanders case”), 21-7-2022.

artigo 6 considerava que a proteção deve ser a uma vida com dignidade incluindo a proteção contra a degradação do meio ambiente⁷. Como simples comentário não tinha força impositiva, mas persuasiva, em face dos princípios gerais de direitos humanos e de direito ambiental internacional.

Não seria equivocado a meu ver interpretar os direitos humanos internacionais à vida e à vida familiar (*family life*) à luz de princípios gerais de direito ambiental internacional como os princípios da precaução, da prevenção, da equidade entre gerações, além do dever de cooperação internacional, pois os problemas climáticos acabam afetando o planeta como um todo, muitas vezes não ficando limitados a territórios ou áreas fixas que não se intercomunicam.

Igualmente, em 2022, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 76/300, considerando o direito a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano⁸. Como Resolução da Assembleia Geral, não tem *status* de norma obrigatória *stricto sensu*, mas faz parte do Direito Internacional, reforçando o seu caráter, por exemplo, de um direito humano internacional e podendo fazer já parte de um costume ou princípio geral de direito internacional público. Assim sendo, poderia ser indagado se o art. 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça que estabelece como fontes primárias do Direito Internacional os tratados internacionais, os princípios gerais de Direito Internacional reconhecidos pelos países civilizados e o costume internacional⁹, poderia ser também aplicado neste caso concreto. Seria possível entender esta prática de todos os Estados protegerem o meio ambiente e os direitos humanos em menor ou maior latitude como um costume internacional (no sentido de obrigação internacional) ou como um simples exercício facultativo da sua soberania? Com efeito, para ser caracterizado um costume internacional os Estados devem adotar determinada prática como uma obrigação e aqueles que não a adotam estariam em descumprimento do Direito Internacional. Exemplos de costume internacional podem ser mencionados como normas de interpretação e aplicação dos tratados (prevista na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que neste sentido como costume de Direito Internacional seria norma obrigatória também aos Estados que não sejam partes da Convenção) e de outras práticas como crimes contra humanidade, escravidão, uso de armas nucleares e racismo que foram se incorporando a

⁷ CCPR, International Covenant on Civil and Political Rights, Human Rights Committee, General comment No. 36 on article 6: right to life, CCPR/C/GC/36, 2019, paragraph 26.

⁸ UN General Assembly Resolution A/RES/76/300, 28 July 2022.

⁹ “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.”

alguns tratados internacionais, e de princípios gerais de direito aceitos pelos Estados como o princípio geral do abuso de direito. Mas esta polêmica sobre a natureza da proteção ao meio ambiente como um direito humano internacional parece realmente superada por tratados internacionais e decisões de tribunais internacionais, sendo a mais recente a decisão da Grand Chamber da Corte Europeia de Direitos Humanos de 2024, comentada a seguir.

Com efeito, em 9 de abril de 2024, a Corte Europeia de Direitos Humanos por sua composição plenária (*Grand Chamber*) analisou o caso *Verein Klima Seniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*¹⁰ numa memorável e paradigmática decisão em que reconheceu a proteção ao meio ambiente como direito humano ao abrigo principalmente do artigo 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, com a responsabilidade do Estado de conferir a devida proteção a este direito. Assim, decidiu a Corte que o artigo 8 da Convenção compreende o direito à proteção “prática e efetiva” pelas autoridades do Estado contra efeitos adversos e sérios da mudança climática nas vidas, saúde, bem-estar e qualidade de vida dos indivíduos¹¹. E entendeu ainda a Corte, com base em dados científicos da IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*)¹², que é o órgão das Nações Unidas encarregado de verificar os aspectos científicos da mudança climática, ser um dever primário do Estado adotar e efetivamente aplicar na prática medidas e regulações capazes de mitigar os efeitos existentes e futuros, e potencialmente irreversíveis da mudança climática¹³. E concluiu a Corte com relação à violação ao direito previsto no artigo 8 da Convenção¹⁴:

In line with the international commitments undertaken by the member States, most notably under the UNFCCC and the Paris Agreement, and the cogent scientific evidence provided, in particular, by the IPCC (see paragraphs 104-120 above), the Contracting States need to put in place the necessary regulations and measures aimed at preventing an increase in GHG concentrations in the Earth's atmosphere and a rise in global average temperature beyond levels capable of producing serious and irreversible adverse effects on human rights, notably the right to private and family life and home under Article 8 of the Convention.

Ao mesmo tempo, a Corte em linha com seus precedentes levou em consideração a doutrina da margem de apreciação pelos Estados, a qual tem o objetivo

¹⁰ Application n. 53600/20, por maioria de votos de 16 a 1, interpretando os artigos 2 e 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹¹ Ver parágrafos 440 e 545 do julgamento e o caso *H.F. and Others v. France*, § 208 *in fine*.

¹² Parágrafos 104-120 e 546 do julgamento.

¹³ Ver parágrafos 440 e 545 do julgamento. Com relação ao artigo 2 da Convenção (direito à vida), a Corte decidiu não o examinar, pois o artigo 8 já seria suficientemente aplicável, mas observou que os princípios desenvolvidos de acordo com ambos os artigos são extensamente similares.

¹⁴ Parágrafo 546 do julgamento.

de reconhecer a soberania estatal para estabelecer políticas públicas e suas respectivas implementações, contrastando essas com as suas obrigações de reconhecer e dar efetividade aos direitos humanos¹⁵. Somente quando aquelas políticas e respectivas medidas possam afetar desproporcionadamente os direitos fundamentais, a Corte exerce então a revisão judicial delas, aplicando também o princípio da proporcionalidade para escrutiná-las em função da sua adequação e necessidade aos seus fins e balanceando os diferentes princípios em jogo em cada caso¹⁶. Assim, a Corte entendeu, neste caso, que os Estados têm uma margem de discricção mais abrangente com relação à escolha dos meios a serem implementados para alcançar as metas internacionalmente acordadas conforme os seus recursos e prioridades. Entretanto, com relação ao comprometimento com a necessidade de combater os efeitos da mudança climática e estabelecer os seus objetivos e propósitos, haveria uma margem de apreciação mais reduzida¹⁷. Em outras palavras, a livre escolha do Estado seria maior com relação aos meios a serem empregados, por exemplo, uso do *carbon tax*, mecanismos de regulação de comercialização de créditos de carbono, incentivos para uma transição energética, medidas voluntárias e compulsórias etc.; porém, com relação ao propósito e objetivos de combater a mudança climática, os Estados teriam uma margem de discricção menor, não podendo chegar ao ponto de não fazerem nada ou até negarem os efeitos adversos da mudança climática sem contraprovas científicas objetivas.

Embora então a margem de apreciação dos Estados seja relativamente abrangente e submetida ao princípio da proporcionalidade, a Corte ponderou alguns fatos e critérios objetivos na sua função de supervisionar a discricionariedade dos Estados pelos atos de seus órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com a devida atenção quanto à necessidade do seguinte¹⁸:

- (a) adopt general measures specifying a target timeline for achieving carbon neutrality and the overall remaining carbon budget for the same time frame, or another equivalent method of quantification of future GHG emissions, in line with the overarching goal for national and/or global climate-change mitigation commitments;
- (b) set out intermediate GHG emissions reduction targets and pathways (by sector or other relevant methodologies) that are deemed capable, in principle, of meeting the overall national GHG reduction goals within the relevant time frames undertaken in national policies;

¹⁵ R. St. J. Macdonald, The Margin of Appreciation, in *The European System for The Protection of Human Rights*, p 83-124, Brill Ed., 1993.

¹⁶ Ver a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio-chave na interpretação e adjudicação da Convenção de Direitos Humanos: ROLIM, João Dácio. *Proportionality and fair taxation*. Kluwer Law International, 2014, Chapter 3.2, The Netherlands.

¹⁷ Parágrafo 543 do julgamento.

¹⁸ Parágrafos 550-551 do julgamento.

- (c) provide evidence showing whether they have duly complied, or are in the process of complying, with the relevant GHG reduction targets (see sub-paragraphs (a)(b) above);
- (d) keep the relevant GHG reduction targets updated with due diligence, and based on the best available evidence; and
- (e) act in good time and in an appropriate and consistent manner when devising and implementing the relevant legislation and measures.

551. The Court's assessment of whether the above requirements have been met will, in principle, be of an overall nature, meaning that a shortcoming in one particular respect alone will not necessarily entail that the State would be considered to have overstepped its relevant margin of appreciation.

Como se observa, a Corte não detalhou qualquer medida concreta como estabelecer um *carbon tax* ou mecanismos de *cap and trade* e de negociação de certificados de controle de emissões e controle de carbono ou quaisquer outros meios que reduzam os seus efeitos, reiterando a necessidade de estabelecer as metas objetivas de acordo com os compromissos internacionais assumidos e respectivos recursos e prioridades, bem como demonstração prática dos seus resultados e eficiência. Isto não quer dizer que o *carbon tax*, por exemplo, não possa ser necessário, pois se outros mecanismos compulsórios ou voluntários não forem eficientes para atingir as respectivas metas, o mesmo pode ser necessário ainda que em conjunto com outras medidas de incentivos a uma transição energética. Neste sentido, a existência de um projeto de Modelo de Convenção Multilateral sobre o *Carbon Tax* pode representar uma alternativa de âmbito internacional para a sua adoção e mitigação dos efeitos nocivos ao meio ambiente das emissões de carbono¹⁹.

Finalmente, em conclusão, a Corte reconheceu a falha do processo das autoridades suíças de colocar em prática um plano regulatório doméstico incluindo a falta de quantificação das emissões de carbono. Igualmente, ao ter falhado em cumprir as metas nos anos anteriores, como reconhecido pelas autoridades, bem como não ter agido a tempo e de maneira apropriada e consistente para desenvolver e implementar uma “*relevant legislative and administrative framework*”, a Corte considerou que o Estado Suíço excedeu sua margem de apreciação e não cumpriu com as obrigações de reconhecer e aplicar o direito humano previsto no artigo 8 da Convenção²⁰.

Reconhecendo-se então a proteção do meio ambiente como um direito humano internacional e a necessidade de reduzir e controlar as emissões de carbono, quais são os mecanismos principais já adotados por alguns países e outros que podem ser adotados? Do ponto de vista jurídico-econômico, pode-se dizer que,

¹⁹ Vide FALCÃO, Tatiana. *A climate treaty for the global taxation of carbon*. Brighton: Institute of Development Studies, 2024. Disponível em: <https://www.ictd.ac/publication/climate-treaty-for-global-taxation-of-carbon/>. Acesso em: 27 jun. 2024.

²⁰ Parágrafo 573 do julgamento.

basicamente, existem três categorias de mecanismos que de modo direto ou indireto se destinam à proteção ao meio ambiente à medida que visam controlar e reduzir os efeitos das emissões de gases de efeito estufa (GEE), como o carbono, que é o principal deles:

- (i) Os mecanismos de mercado, que se destinam a precificar o carbono (comercialização de créditos de carbono; e tributação do carbono – *carbon tax* e outras medidas fiscais);
- (ii) Mecanismos regulatórios obrigatórios que limitam as emissões de carbono por meio de um sistema de comércio de emissões (ex.: *emissions trading systems*); e
- (iii) Implementação concomitante de mecanismos de mercado e mecanismos regulatórios obrigatórios.

Contudo, para melhor compreender os mecanismos de mercado ou regulatórios aplicáveis ao carbono, previamente, se faz imprescindível entender sobre a precificação do carbono.

Em linhas gerais, a comercialização de créditos de carbono, comumente conhecido como “mercado voluntário”, opera sem o controle/regulação do Estado, e visa ao atendimento da demanda por créditos de carbono de organizações ou pessoas físicas que buscam compensar (*offsetting*) as suas emissões GEE por meio da aquisição de créditos gerados em projetos de redução de emissões e/ou de captura de carbono.

Nas operações de créditos de descarbonização, a geração dos ativos começa com um projeto que reduz as emissões de gases de efeito estufa ou *capture CO₂* da atmosfera. A metodologia e estruturação dos projetos são submetidas a um processo de certificação, usando metodologias estabelecidas por programas de credibilidade reconhecida. Durante a certificação, é verificado se o projeto atende aos critérios de: 1) Adicionalidade: se as reduções de emissões são acima e além do que aconteceria na ausência do projeto; 2) Mensurabilidade: se é possível quantificar o carbono poupado; 3) Permanência: se a redução não é temporária ou enganosa; e 4) Retidão: se não está levando a emissões indiretas. Após a aprovação, os créditos são emitidos, sendo que cada crédito representa uma tonelada de carbono equivalente (CO₂eq) que foi evitada ou removida da atmosfera. Esses créditos podem, então, ser vendidos no mercado voluntário de carbono²¹.

O preço do crédito de carbono (por tCO₂e) no mercado voluntário apresenta considerável variação e depende do tipo de projeto, de seu tempo no mercado, do tamanho da transação e do padrão ao qual ele está credenciado. A média do preço global dos créditos de carbono negociado no primeiro trimestre de 2024 foi de

²¹ NALDIS, Guilherme. Entenda o que são e como funcionam os créditos de carbono. *B3: Bora Investir*, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://borainvestir.b3.com.br/noticias/esg/entenda-o-que-sao-e-como-funcionam-os-creditos-de-carbono/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

US\$3,40²², com variações de preço consideráveis entre as categorias de crédito (ex.: créditos de remoção por reflorestamento foram negociados por US\$ 11,80 por tonelada de CO₂eq).

Ainda no âmbito dos mecanismos de mercado, há o instrumento tributário de onerar as emissões do carbono, deixando ao mercado a decisão acerca do nível de emissão. É o que se denomina *carbon tax*. Uma vez estabelecida a taxa, caberá aos agentes de mercado avaliar suas estratégias de mercado considerando o custo adicional de emissão face a seus concorrentes. É assim um instrumento de nivelamento da concorrência na medida em que também internaliza os custos associados à emissão de carbono.

Apesar de no sistema de taxa de carbono haver a intervenção do Estado na imposição de tributo por tCO₂eq, ele possibilita economicamente ao mercado operar de forma “voluntária” e não regulada. Uma vez operada a intervenção do Estado pela imposição do *carbon tax*, os agentes econômicos afetados avaliam a sua estratégia de mercado tendo em conta este custo adicional tributário nos seus produtos fabricados com recursos fósseis, em face de alternativas econômico-tributárias de fabricação de produtos que não utilizem recursos fósseis ou que reduzam tal utilização. Por isto, ao possibilitar ao produtor ou explorador daqueles produtos reavaliar o mercado e se reposicionar o *carbon tax*, poderia ser considerado economicamente como uma das figuras que compõem os mecanismos de mercado.

O que faz o mecanismo ser considerado como de mercado é a sua precificação com base na emissão de carbono a partir da qual os agentes econômicos se reposicionam. Entretanto, no seu sentido formal de imposição legal poderia ser visto como um mecanismo regulado, mas esta visão parcial faria perder de vista a finalidade principal do tributo que seria a de ser um instrumento de controle de emissões de carbono com a colaboração e reposicionamento do mercado.

A implementação concomitante de mecanismos de mercado e mecanismos regulatórios obrigatórios já ocorre em diversos países, sendo mais comum a ocorrência simultânea de sistemas de comércio de emissões e tributação de carbono. Atualmente, existem em todo o mundo 36 sistemas de comércio de emissões (ETS) implementados e 39 tributos sobre carbono (*carbon tax*)²³.

Os dois sistemas apresentam vantagens e desvantagens. Por exemplo, na tributação há um conhecimento prévio dos custos, mas sem garantia de atingimento da meta ambiental de redução/mitigação. Já no sistema de comércio de emissões, os resultados ambientais podem ser melhores, haja vista que há estabeleci-

²² BERTÃO, Naiara. Geração de crédito de carbono sobe no 1º trimestre de 2024 e preços seguem baixos. *Valor Econômico*, 26 abr. 2024.

²³ WORLD BANK, State and trends of carbon pricing dashboard: EU ETS. World Bank Group, [2005]. Disponível em: https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/compliance/factsheet-s?instrument=ETS_EU.

mento de teto para as emissões, mas os preços oscilam, o que representa risco econômico aos investidores.

Dentre os países que já implementaram a tributação do carbono e o sistema de comércio de emissões simultaneamente, podemos citar: Canadá, México, Portugal, Espanha, França, Holanda, Suécia, Noruega, Finlândia, dentre outros²⁴.

Enfim, do ponto de vista da ordem internacional e comparada há um extenso arsenal de mecanismos regulatórios e tributários, bem como de mercado, voluntários disponíveis, que podem ser utilizados num grau de otimização para uma proteção ao meio ambiente mais ampla possível e de forma mais efetiva.

Na ordem constitucional brasileira, incluindo a seara de incentivos fiscais, de tratamento diferenciado e de imposição direta de um imposto seletivo sobre determinados produtos, igualmente os compromissos internacionais de uma redução de emissões de carbono e dentro também de uma perspectiva de transição energética podem ser atingidos, sendo um exemplo para a região em que o Brasil se insere dentro de um espírito de cooperação internacional.

Combinando os vários princípios em jogo como o desenvolvimento econômico sustentável, desenvolvimento regional e redução das desigualdades, proteção ao meio ambiente e dos demais direitos fundamentais, como a liberdade de iniciativa e o dever do Estado como obrigação de direito internacional de proteger o meio ambiente²⁵, o princípio da proporcionalidade não somente pode tornar todos eles compatíveis entre si, mas também na prática buscar um grau de otimização de todos eles em busca da necessária redução e controle das emissões de carbono²⁶.

²⁴ WORLD BANK, State and trends of carbon pricing dashboard: compliance mechanisms. World Bank Group, [2024]. Disponível em: <https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/compliance/instrument-detail>.

²⁵ *Vide* parecer mencionado no início OC-23/17, de 15 de novembro de 2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017) sobre as obrigações do Estado em relação ao meio ambiente no contexto da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal (interpretação e alcance dos artigos 4 (1) e 5 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e o caso decidido pela Grand Chamber da Corte Europeia de Direitos Humanos (Application n. 53600/20), bem como as demais normas emanadas de órgãos da ONU comentadas acima.

²⁶ ROLIM, João Dácio. *Proportionality and fair taxation*. Kluwer Law International, 2014, Chapter 3.2, The Netherlands.

At Arm's Length Principle: Inconsistências Teóricas e Deficiências Operacionais

José André Wanderley Dantas de Oliveira

Doutor em Direito Tributário (Universidade de Salamanca/Espanha/2007), título obtido com a Menção *European Doctor*; Mestre – *Master in Law of Advanced Studies in International Taxation* (University of Leiden/International Tax Center/Holanda/2006); Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário, da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, atuando nos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFPE; Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Julgador Tributário da DRJ04/RFB. E-mail: andredantas1@yahoo.com.br.

1. Introdução

No presente artigo vamos levantar reflexões e analisar algumas incongruências teóricas do princípio *at arm's length* e sua forma operacional baseada no método da contabilidade separada, que se contrapõe ao princípio da tributação unitária (*unitary taxation principle*) e a técnica que o materializa, o método de repartição das rendas geradas em bases transnacionais fundamentado numa fórmula global (*global formulary apportionment method*) como instrumento alternativo para o controle fiscal das operações que se realizam intragrupo de empresas transnacionais (ETNs).

A escolha ou a imposição (para os seguidores da teoria de LANGBEIN)¹ do princípio *at arm's length* como o sistema modelo para o controle fiscal das operações vinculadas foi, e continua sendo, um tema de ampla discussão. O princípio, na verdade, tem sido objeto de um grande número de críticas, pois, basicamente, se observa sua falta de adequação conceitual², seu grau de insegurança operacional e jurídica e a alta carga administrativa que cria tanto para os contribuintes como para as Administrações Tributárias, além dos riscos de gerar uma dupla tributação econômica e, essencialmente, pela ausência de comparáveis razoáveis existentes no livre mercado.

A crítica efetuada por muitos autores em relação à manutenção do princípio *at arm's length* exatamente se inicia por seu defeito mais evidente, o de não conseguir alcançar a realidade econômica dos grupos de empresas transnacionais,

¹ LEBOWITZ nota: “os preços de transferência nos EUA há muito que se baseiam no princípio *at arm's length*, e EUA exportou com êxito este princípio a grande parte do resto do mundo mediante negociações de tratados e de vários foros internacionais”; ver LEBOWITZ, Brian E. Transfer pricing and the end of International Taxation, *Tax Notes International*, 1999, p. 1.

² LANGBEIN expressa: “eu penso que os problemas são teoricamente previsíveis, e, portanto, inevitáveis as consequências de qualquer esforço de utilizar o sistema *at arm's length* para distribuir os lucros de qualquer grupo de sociedades internacionalmente unificadas – eu acredito é que o método é inconsistente na teoria”; ver LANGBEIN, Stanley I. The unitary method and the myth of arm's length. *Tax Notes*, February 17, 1986, p. 627.

uma vez que não trata de forma adequada as circunstâncias operacionais das transações vinculadas realizadas no âmbito interno de um grupo integrado de ETNs. Como se sabe, o comportamento operacional das partes vinculadas de um grupo empresarial que opera transnacionalmente se realiza de maneira consideravelmente diferente quando se compara com o *modus operandi* das empresas independentes³.

Além do mais, mesmo que haja comparáveis no livre mercado, normalmente constituirão um parâmetro inadequado para representar as circunstâncias econômicas especiais das partes vinculadas, pois o simples fato da existência de produtos ou transações semelhantes no livre mercado não significa, de maneira alguma, que elas guardem possibilidade de comparação, devido precisamente às discrepantes circunstâncias operacionais que distanciam a realidade da dinâmica de um grupo de ETNs das empresas independentes. Dessa forma, o princípio *at arm's length* representa um parâmetro pobre (*poor benchmark*)⁴ para controlar de forma coerente os preços de transferência.

Igualmente, o princípio *at arm's length* não consegue alcançar o prêmio operacional da eficiência de um grupo de ETNs, traduzido em rendimentos crescentes com economias de escala, ganhos de produtividade e efeitos sinérgicos. Nesse sentido, não considerar os benefícios da integração econômica do grupo transnacional representa, no âmbito fiscal, uma grande arbitrariedade no tratamento tributário das ETNs. As metodologias de cálculo para a determinação do valor *at arm's length* se revelam completamente ineficientes para distribuir adequadamente o prêmio da eficiência (*efficiency premium*) operacional do grupo ETN, resultado da integração econômica deste.

O princípio *at arm's length* se estabeleceu como o *standard* internacional para o controle fiscal dos preços de transferência. Contudo, historicamente se situou em sentido diametralmente oposto, como método alternativo para a distribuição das rendas geradas em bases transnacionais, o princípio da tributação unitária baseado no método da distribuição proporcional da renda. Há muito a OCDE firmou posição clara recusando essa metodologia, pois na sua concepção essa sistemática não é uma alternativa realista e viável para substituir o princípio *at arm's length*⁵.

³ Esse problema se torna agudo quando se observa que uma transação controlada implica um bem intangível único. Sobre esse tema, ver MOGLE, James R. Intercompany Transfer Pricing for Intangible Property, 6 *BNA TMTPR* 3 (21 May, 1997), Special Report; VERLINDEN, I., BOONE, P. y SMITS, A. Tax-Efficient Intellectual Property when Volatility Reigns. 11 *BNA TMTPJ* 24 (16 April, 2003), p. 1102.

⁴ Como chama FRANCESCUCI, parâmetro pobre o "*poor benchmark*". Ver FRANCESCUCI, D. L. P. The Arm's Length Principle and Group Dynamics – Part 1. The Conceptual Shortcomings. *ITPJ IBFD* (March/April 2004), p. 68.

⁵ Ver OCDE. Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administrations. Paris, OECD Publications, 1995, parágrafo 3.63.

2. O princípio *at arm's length* e sua incompatibilidade com os princípios fundamentais da fiscalização internacional

A tributação internacional deve se estruturar concebendo como princípios fundamentais, especialmente: o da neutralidade e o da igualdade fiscal. Estes praticamente trabalham vinculados e de maneira complementar.

O primeiro estabelece que um sistema tributário não deve influenciar a distribuição dos recursos por parte do setor privado. A teoria econômica explica que a distribuição dos recursos se realiza com base no sistema de preços, e o sistema tributário não deve interferir substancialmente na variação dos preços praticados⁶. O princípio tenta dar a ideia de que o mercado se encarrega de promover uma eficiente distribuição dos recursos. Contudo, sabemos, na prática nenhum tributo é completamente neutro. Na verdade, todos os tributos, com mais ou menos ênfase, interferem na distribuição dos recursos.

O segundo princípio tem como postulado que o sistema tributário deve ser justo no sentido de dar tratamento igualitário aos contribuintes que se encontrem em situações semelhantes. Há duas correntes que tentam explicar como se alcança a mencionada justiça. Uma se fundamenta no princípio do benefício e a outra, no princípio da capacidade contributiva⁷.

O princípio do benefício determina que cada cidadão contribuirá ao financiamento do gasto público proporcionalmente aos benefícios que recebe pelo fornecimento de bens e serviços públicos. Assim, quanto mais benefícios recebe, mais deve contribuir mediante o pagamento de tributos. Na prática, a aplicação de tal princípio é de duvidosa eficácia, uma vez que os bens e serviços públicos são oferecidos de forma coletiva, feito que dificulta a identificação do quanto individualmente cada cidadão é de fato beneficiado e, conseqüentemente, com quanto deveria contribuir com o pagamento dos tributos.

O princípio da capacidade contributiva, quando instaurado num sistema tributário, pretende alcançar a justiça fiscal mediante o pagamento de tributos em proporção à renda gerada pelo contribuinte. Assim, quanto maior seja a renda de um contribuinte, maior será sua capacidade contributiva; inversamente, quanto menor seja sua renda, menor será sua obrigação de contribuir. O corolário deste princípio é que as pessoas que apresentem o mesmo nível de renda devem contribuir com o mesmo montante de tributo (igualdade horizontal), e as pessoas que comparativamente apresentam níveis de rendas distintos deverão contribuir pagando distintos montantes de tributo (igualdade vertical). Para atender ao princípio da igualdade fiscal baseado na capacidade contributiva, um sistema tributário deve estruturar-se fundamentalmente mediante tributos progressivos.

⁶ Ver FERGUSON, C. E. *Microeconomia*. 9. ed. Tradução: Almir Guilherme Barbassa y Antônio Pessoa Brandão. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1986, p. 112-113.

⁷ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. X, 26-27.

2.1. Neutralidade e igualdade fiscal no contexto internacional

O conceito de neutralidade fiscal⁸ se converteu em um princípio relevante no âmbito da tributação internacional e tem a tarefa de salvaguardar que a carga fiscal não deve ter influência nas decisões da dinâmica econômica da empresa no plano internacional.

O estudo da neutralidade fiscal foi tratado de forma sistêmica pela ciência Econômica. Contudo, ele não pode permanecer alheio a análise jurídica. Assim, do ponto de vista jurídico, a neutralidade fiscal pode ser avaliada como consequência especialmente da igualdade fiscal. Nessa premissa, o princípio da neutralidade busca alcançar o equilíbrio ou justiça fiscal considerando obrigatoriamente materializar-se mediante uma concepção de igualdade. Igualdade no sentido de um mesmo tratamento para aqueles que estão na mesma situação e que consequentemente devem ser gravados da mesma maneira.

O aspecto tributário pode, mediante a discrepância entre a carga fiscal⁹ dos sistemas tributários dos países, representar a essência do processo decisório da empresa que a conduz a comportar-se de uma maneira diferente da que normalmente poderia assumir no caso de que existisse um tratamento fiscal equânime entre os Estados¹⁰. Várias são as possibilidades contidas nas estruturas fiscais dos Estados que podem com muita facilidade criar diferenças que influenciam o direcionamento empresarial. Como exemplos muito claros podemos citar: as diferentes formas impositivas sobre as espécies de rendas, os incentivos fiscais, as isenções/reduções, as alíquotas, os tipos etc. E em última instância, o tratamento fiscal privilegiado dispensado pelos países com tributação favorecida ou nula, os paraísos fiscais.

As divergências fiscais anteriormente citadas podem estimular um planejamento empresarial dirigido a estabelecer as inversões em terrenos com clima fiscal mais ameno ou inclusive estimular a transferência de rendas para essas soberanias fiscais. Esse contexto justifica reclamar pela instalação da neutralidade fiscal como instrumento inibidor das considerações de natureza tributária como aspectos de forte influência no processo decisório empresarial. Contudo, clamar por neutralidade fiscal no contexto internacional representa obrigatoriamente reivindicar uma harmonização fiscal, e esse é um tema no qual sabemos que ainda há muito por fazer.

⁸ Sobre o tema ver: MUSGRAVE, Richard. Criteria for Foreign Tax Credit. In: *Taxation and Operations Abroad*, Symposium, 1960, p. 84; MUSGRAVE, Peggy. *Taxation of Foreign Investment Income*. Cambridge, Harvard Law School, 1963, p. 8 y MUSGRAVE, Richard y MUSGRAVE, Peggy. *International Equity*. In: *Modern Fiscal Issues*. Cambridge: Ed. Bird Head, 1972, p. 63.

⁹ UCKMAR, Victor. *International Tax Evasion and Avoidance*. LXVIII *Cahiers de Droit Fiscal International*, General Report, 1983, p. 15-53.

¹⁰ Nas palavras de TORRES: “este princípio é colocado atualmente como a direção teórica de eficiência para o sistema tributário de um país que tenha economia integrada e globalizada”; ver TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 741-742.

Nesse sentido, a verificação do conceito de neutralidade fiscal necessariamente deve ser realizada mediante uma análise comparada, pois a condição de neutralidade atribuída a um tributo não se verifica em relação ao sistema tributário que o instituiu, porém, de forma comparada, em relação a um tributo semelhante instituído por sistemas tributários de outras soberanias fiscais. Assim, a neutralidade fiscal adquire magnitude dentro de uma visão comparativa, ou seja, verifica-se tal instituto mediante a comparação de tributos semelhantes existentes em estruturas tributárias distintas¹¹. E isso é justamente o detalhe que se deve observar na hora de identificar se uma determinada soberania fiscal age de maneira desleal (*harmful tax competition*). O princípio da neutralidade, na esfera internacional, só se concretizaria mediante uma razoável harmonização fiscal¹².

Igualmente, devemos concluir que a neutralidade fiscal merece uma análise bilateral, ou seja, tanto deve ser analisada pelo lado do contribuinte como pelo lado do Estado. Para o contribuinte, o aspecto tributário deve ser neutro no sentido de não exercer influência nas decisões econômicas. Para os Estados, sobre as transações realizadas transnacionalmente, podemos dizer que a neutralidade pode ser, por extensão, analisada sob o princípio da igualdade “inter-nação” (*inter-nation equity*), que tem por objetivo garantir uma equitativa distribuição da base tributária internacional entre diferentes Estados.

A divisão da renda tributável é considerada equitativa, se todos os países envolvidos na geração desta têm o direito de gravar uma parcela dela. Assim, o panorama internacional propicia que as diferentes estruturas tributárias postas à disposição pelos países representem um verdadeiro convite a transferência de rendas entre os diversos territórios onde estão situadas as unidades dos grupos transnacionais.

2.2. O princípio *at arm's length* e os princípios de neutralidade e igualdade fiscal

Neste momento, devemos introduzir a questão do princípio *at arm's length* e analisar sua relação com os princípios de neutralidade e igualdade fiscal. O princípio *standard* de controle fiscal das operações vinculadas, em tese, encontra no princípio de neutralidade fiscal uma das principais justificativas para a manuten-

¹¹ Ressalta GARCÍA PRATS: “interessa destacar aqui que todas as tentativas de determinação do critério da neutralidade tomam como base a comparação de várias situações teóricas com cuidado que se estabeleçam os critérios definidores do mesmo. Igualmente como sucede com o princípio da igualdade, o processo de construção interpretativa da neutralidade necessita de um estudo comparativo de diversas situações”; ver GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo. *El establecimiento permanente – Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 232.

¹² Ver ARNOLD, Brian J. y Mc INTYRE, Michael J. *Internacional Tax Primer*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2002, p. 81-102 y 137-158.

ção de seu *status*. Contudo, aqui devemos analisar se o uso do princípio *at arm's length* garante efetivamente a neutralidade fiscal no âmbito dos preços de transferência.

Acusam-se as ETNs da manipulação dos preços de transferência como um instrumento mais de distorção fiscal sobre a concorrência, do que de verdadeira valoração de operações intragrupo empresarial. A neutralidade de concorrência significa, primeiramente, igualdade de pressão fiscal sobre os concorrentes; de outro prisma, pode dizer-se que nesse âmbito a neutralidade é uma consequência do tratamento igualitário. Analisado num contexto mais amplo de princípios, é claro e direto o nexo de relação entre igualdade, liberdade e neutralidade da forma jurídica¹³.

Na nossa opinião, a tão festejada neutralidade contida no princípio *at arm's length* merece uma análise cuidadosa com a intenção de verificar a efetividade mesma. Ao princípio *at arm's length* se atribui a capacidade de eliminar incentivos de natureza econômica para operar em outro mercado mediante a inversão estrangeira direta (IED), quando se compara com as transações que realiza com uma entidade independente situada no exterior, pois a valoração das operações intragrupo empresarial seriam tratadas como operações realizadas entre partes independentes. Este postulado tenta transmitir a ideia de que a aplicação do princípio garante um ambiente fiscal neutro e que a decisão da ETN de transacionar com empresas independentes no mercado nacional ou internacional, ou instalar uma unidade no exterior, não está motivada por questões de natureza fiscal, porém por aspectos estritamente econômicos.

A neutralidade é um argumento claramente falho porque a forma de operar das ETNs, baseadas em realidades operacionais completamente distintas das empresas independentes, determina às primeiras resultados mais eficientes, pautados em ganhos de produtividade com economias de escala e sinergias¹⁴.

Assim, o fato de que mediante uma suposta neutralidade se tente modificar o preço de transferência, transformando-o num preço de mercado ineficiente, nos parece um completo equívoco. Como vimos anteriormente, o sistema tributário não deve modificar o sistema de preços. Tal ação representaria somente um castigo para eficiência operacional da empresa transnacional e na escolha de investir no exterior, assim como representaria um limite para a expansão econômica empresarial. Aspectos que inclusive se revelam antagônicos aos ideais neoliberais.

Destarte, os pressupostos da teoria econômica que dão suporte ao princípio *at arm's length* não se verificam na prática, pois a maneira de operar das ETNs é completamente distinta do que se apresenta no modelo de concorrência perfeita

¹³ Ver TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 724-743.

¹⁴ Ver SADIQ, Kerrie. Unitary Taxation – The Case for Global Formulary Apportionment. *Bulletin IBFD* (July 2001), p. 277-278.

de empresas operando no livre mercado¹⁵. Consequentemente, tentar comparar transações realizadas entre entidades vinculadas e entidades independentes parece absurdamente ilógico e sistematicamente não aplicável, pois o princípio *at arm's length* não consegue alcançar, e muito menos distribuir, o excesso de lucros determinados pela integração econômica apresentada por um grupo de ETN, caracterizado pelas economias de escala determinantes de efeitos sinérgicos.

Por outro lado, ratificando o argumento, lembramos que há diferenças radicais entre o *modus operandi* das empresas vinculadas e as independentes com relação à divisão das funções e dos riscos assumidos pelas respectivas partes. Embora saibamos que a atribuição destes fatores se realiza através de instrumentos formalmente diferentes. As relações entre as empresas independentes estão coordenadas mediante contratos e as relações entre as empresas vinculadas se revelam precisamente no controle regulado pelo Direito Societário.

No primeiro caso, o interesse das partes se regula pelos termos estabelecidos num contrato, que é um instrumento legal, e qualquer alteração na conduta das partes deve observar o predeterminado no contrato, ou ele deve ser modificado de comum acordo para poder atender ao desejo das partes independentes que se relacionam. Este conflito de interesses não se verifica entre as empresas vinculadas, pois estas estão coordenadas mediante o controle e os contratos existentes entre elas, ainda que representando um instrumento legal, podem, contudo, ser facilmente modificados, fato que determina uma liberdade muito mais ampla para que essas empresas possam celebrar contratos e acordos, quando se comparam com as empresas independentes¹⁶.

Em síntese, o princípio *at arm's length* ignora todas essas diferenças fundamentais e, portanto, não promove a distribuição da renda, considerando os efeitos da integração empresarial e o consequente excesso de lucros produzido, feito que se revela inconsistente com o princípio da igualdade, e por extensão, automaticamente, também vulnerabiliza o princípio da neutralidade.

Ademais, podemos continuar ratificando que o alcance da neutralidade fiscal mediante o uso do princípio *at arm's length* é um argumento claramente falido, pois o que o princípio *standard* faz é, mediante o uso inadequado de uma ficção, obrigar a que as empresas associadas hajam “como se” fossem empresas independentes, e quando se verificam diferenças entre o lucro apresentado pelas empresas vinculadas em comparação com o das empresas independentes, como consequência da diferença entre o preço de transferência e o tal preço de mercado, se promove um ajuste e nesse momento se modificam os preços praticados entre as empresas associadas.

¹⁵ Ver McLURE Jr., C. E. Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment. *Bulletin IBFD* (December 2002), p. 593.

¹⁶ LEBOWITZ, Brian E. Transfer pricing and the end of International Taxation, *Tax Notes International*, 2000, p. 1-3.

De fato, as empresas vinculadas normalmente apresentam resultados mais eficientes e preços mais competitivos, justamente pelo fato de apresentarem estruturas e formas de operar que lhes permitem alcançar um resultado otimizado.

Outrossim, geralmente as teorias que explicam a origem das ETNs apontem as imperfeições do mercado¹⁷ como um dos principais fatores de motivação para o estabelecimento de uma unidade do grupo empresarial no território de outro país, o que o princípio *at arm's length* faz é obrigar a que as ETNs modifiquem, mediante um ajuste, os preços de transferência quando esses são diferentes dos preços de mercado. E como vimos anteriormente, um sistema tributário não deve contribuir para modificar substancialmente os preços, senão estaria influenciando negativamente a distribuição dos recursos.

Se a ETN apresenta uma maior eficiência na distribuição dos recursos e um consequente resultado mais satisfatório, parece-nos um absurdo conceitual considerar que mediante o uso do princípio *at arm's length* se alcança a neutralidade fiscal modificando os preços mais eficientes. Na verdade, o ajuste preconizado pelo princípio *at arm's length* influencia negativamente a distribuição dos recursos na economia, fato que nos permite concluir que o uso do princípio *at arm's length* age em sentido diametralmente oposto à essência do princípio de neutralidade fiscal¹⁸.

Se o princípio da neutralidade fiscal tem por fundamento que os tributos sejam neutros em relação às decisões econômicas da empresa, isso não se coordena com a aplicação do princípio *at arm's length*, pois ele inibiria a expansão das ETNs, uma vez que determina uma imposição mais gravosa, penalizando a eficiência empresarial, e isso representaria uma interferência de natureza tributária negativa que destrói a essência do princípio da neutralidade fiscal.

Tentar tratar as operações entre empresas vinculadas semelhantemente às operações realizadas entre empresas independentes é o grande equívoco contido na ficção embutida no princípio *at arm's length*, uma vez que tentar dar o mesmo tratamento a situações completamente distintas viola por completo a possibilidade de aplicar coerentemente o princípio da comparação e, por consequência, fere o princípio da igualdade.

Vinculado a isso, indiretamente se tenta passar a ideia de um tratamento equitativo entre empresas independentes e empresas associadas com o objetivo de

¹⁷ A integração econômica e a internalização das atividades foram estratégias empresariais adotadas pelas ETNs para escapar das imperfeições do mercado e conseguir uma melhor otimização dos recursos para alcançar a maximização do resultado global.

¹⁸ Assevera GARCÍA PRATS: “em todo caso, o processo de construção interpretativa deste princípio necessita de um estudo comparativo de diversas situações. Atendendo a esta circunstância, a análise dos objetos de comparação adquire uma importância decisiva a fim de discernir o possível quebrantamento da igualdade impositiva internacional”; ver GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo. *El establecimiento permanente* – Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 231.

garantir a justiça fiscal. Essa aparente busca da justiça fiscal não tem substância, pois está estruturada numa falsa concepção de igualdade¹⁹. De fato, este é mais outro equívoco, pois, como mencionamos anteriormente, as empresas vinculadas e as empresas independentes não apresentam coerentes possibilidades de comparação e o objetivo do princípio da igualdade não é dar um tratamento equânime a situações distintas, porém promover a tributação do contribuinte em proporção à renda por ele gerada.

Se os contribuintes, independentemente de ser empresa vinculada ou não, apresentam o mesmo nível de renda, devem contribuir com o mesmo montante de tributo; e contribuintes que comparativamente apresentam níveis de rendas distintos deverão contribuir pagando distintos montantes de tributo. Isso sim é a coerente aplicação do princípio de igualdade²⁰. Qualquer movimento com intenção de transformar os preços de transferência nos preços de mercado praticado pelas empresas independentes representa uma distorção do bom emprego dos princípios de igualdade e neutralidade fiscal²¹.

3. O princípio *at arm's length* e a vulnerabilidade da importância do princípio da fonte em uma economia globalizada

Muitos dos que apoiam a manutenção do princípio *at arm's length* como o *standard* de controle das operações vinculadas utilizam como argumento o aspecto de que é um método mais eficiente para determinar a verdadeira fonte geográfica de geração da renda em comparação com o método de distribuição proporcional global²².

¹⁹ Destaca MILLER: “os proponentes do método de distribuição proporcional discutem que *standard arm's length* não procura alcançar resultados fiscais justos através da observação dos fatos, sem dúvida procuram determinar uma justa imposição enquanto ignoram um fato crítico: os negócios empresariais de uma multinacional não se realizam dentro do grupo como se elas estivessem tratando com terceiros sem relação. Na realidade, o que o *standard arm's length* faz é tentar criar um mundo de fantasia artificial no qual todas as transações estão entre terceiras partes independentes”; ver MILLER, B. F. None are so blind as those will not see. *Tax Notes* (February 13, 1995), p. 1034.

²⁰ O princípio da igualdade busca alcançar uma tributação genérica, universal e igualitária; assim explica GARCÍA PRATS: “este princípio parte da base de um tratamento igualitário daqueles sujeitos passivos que se encontrem em circunstâncias semelhantes, como manifestação do princípio constitucional de igualdade tributária protegido na maioria das organizações constitucionais”, ver GARCÍA PRATS, Francisco Alfredo. *El establecimiento permanente – Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 230-231.

²¹ Ironiza AVI-YONAH destacando: “o regime atual da tributação internacional é um milagre defeituoso”; ver AVI-YONAH, R. S. The Structure of International Taxation: A Proposal of Simplification. 74 *Texas Law Review*, 1996, p. 1031. E de forma ainda mais irônica HELLERSTEIN, comentando sobre o princípio *at arm's length*, o interpreta “como Alice no País das Maravilhas, que funciona em um universo de irrealidade”; ver HELLERSTEIN, W. The Case for Formulary Apportionment. *ITPJ IBFD* (May/June 2005), p. 108.

²² Ver HELLERSTEIN, W. The Case for Formulary Apportionment. *ITPJ IBFD* (May/June 2005), p. 103-104.

Assim, este outro argumento teórico utilizado para defender o princípio *at arm's length* como *standard* de controle das operações vinculadas se baseia no aspecto de que o método da contabilidade separada é mais adequado, pois consegue identificar cada transação individualmente em sua respectiva jurisdição, ou seja, no território geográfico onde a transação efetivamente ocorreu. Porém, esse argumento, visto por seus defensores como uma vantagem, deve ser analisado a partir de sua premissa, ou seja, de que o propósito das regras de distribuição da renda é identificar a verdadeira ou correta fonte geográfica do lucro de um grupo empresarial que opera multijurisdicionalmente.

Contudo, inclusive assumindo, motivados pela discussão, que o propósito das regras de distribuição da renda é identificar a verdadeira fonte geográfica de uma empresa que opera multijurisdicionalmente, de nenhuma maneira se pode dizer que o *at arm's length/separate-geographic-accounting standard* é teoricamente superior ao método de distribuição proporcional global da renda. Além disso, sobre o princípio *at arm's length*, devemos ressaltar que ele ignora as condições reais em que a renda é gerada nos grupos de ETNs, uma vez que desconsidera a interdependência e a integração econômica dos negócios empresariais conduzidos em vários Estados simultaneamente, e trata as unidades vinculadas do grupo “como se” elas fossem separadas, independentes e não integradas²³.

Esse detalhe é um ponto relevante a examinar, pois as diferenças entre os negócios separados e a realidade operacional dos grupos empresariais transnacionais na economia global são cruciais. Embora a riqueza, o poder e os benefícios alcançados por essas corporações sejam consequências diretas, exatamente da integração econômica de seus negócios, aspecto que, concretamente torna absurda a premissa contida no princípio *at arm's length* de não considerar ou ignorar esse fator diferencial no comportamento das ETNs. Assim, ao tal método não se pode atribuir o caráter de teoricamente satisfatório para dividir a renda tributável entre os Estados. Como explica Hellerstein²⁴: “sem dúvida, nestas circunstâncias, uma fórmula que reconheça as contribuições essenciais, mas indeterminadas da renda proveniente de vários fatores de atividades produtoras de renda é teoricamente superior a um método que se afirme sobre uma premissa falsa”.

Nesse rumo, se recusamos a premissa de que o propósito da distribuição da renda é determinar a verdadeira fonte geográfica onde foi gerada e abraçamos, pelo contrário, a perspectiva de que o propósito da distribuição da renda é o de

²³ O *modus operandi* das ETNs dificulta a perfeita identificação da origem da renda gerada, ou seja, a efetiva fonte, pois o excesso de lucros gerados pela integração econômica do grupo empresarial não permite de maneira perfeita determinar onde mencionado excesso foi gerado, uma vez que depende e é consequência imediata da integração, sem a qual o mesmo não existiria. Ver KOPITZ, G. F. *Taxation and Firm Behavior: A Critical Survey. Staff Papers*. International Monetary Fund, 1976, 58 p.

²⁴ Apoiando essa ideia, ver HELLERSTEIN, W. The Case for Formulary Apportionment. *ITPJ IBFD* (May/June 2005), p. 108.

efetuar uma equitativa divisão desta, então a questão teórica retorna ao ponto de discutir qual dos dois métodos serve melhor a este objetivo.

Dessa forma, parece-nos importante lembrar que a concepção do princípio *at arm's length* foi estruturada com base em alguns pilares, tais como: que é possível determinar na maioria dos casos a fonte geográfica de um item de renda; que no caso de uma corporação transnacional é possível distribuir a renda de cada unidade constituinte do grupo de ETNs com base na sistemática da contabilidade separada (*separate accounting*) relativa ao lucro ou a prejuízo de tal unidade, por tratar as transações entre as unidades como se fossem *at arm's length*; e que o local da incorporação da casa matriz da empresa transnacional é de fundamental importância para a distinção entre contribuintes nacionais e estrangeiros.

Uma análise rápida é suficiente para evidenciar que essas suposições são completamente incongruentes com o contexto do mundo da economia globalizada. Afirma Avi-Yonah²⁵: “essas suposições são pouco realistas porque numa economia cada vez mais globalizada, não há uma única fonte de renda e uma contabilidade separada para cada unidade de uma multinacional é impossível”. Devemos ter em mente que para um grupo de ETNs não importa onde se localiza sua administração central (*headquarters*); de onde deriva a renda de suas operações, que pode ser das mais distintas jurisdições fiscais, e que não pode ser, ou atribuída, a uma fonte geográfica específica ou dividida por uma contabilidade separada entre as várias afiliadas que formam o grupo transnacional.

Além disso, tentar identificar, no contexto da globalização, se uma empresa transnacional é residente nacional ou estrangeira com base no seu local de incorporação é um tema cada vez mais irrelevante. Os grupos de empresas transnacionais muitas vezes contratam seus executivos e empregados desde um consórcio mundial e localizam suas atividades empresariais em virtude de considerações de natureza puramente econômica e não fundadas em aspectos nacionalistas. As ETNs há muito perderam a suas bandeiras nacionais²⁶...

As políticas internacionalmente utilizadas para eliminar ou mitigar a dupla imposição, *capital export neutrality* e *capital import neutrality*, foram construídas com base nessas suposições irreais. Lembremos, que a *capital export neutrality* busca alcançar a neutralidade tratando a renda gerada, seja de fonte estrangeira ou doméstica, da mesma maneira; por sua vez, a *capital import neutrality* busca alcançar a neutralidade tratando igualmente ao contribuinte, seja nacional ou estrangeiro, que gera uma renda da mesma fonte. Devemos observar que ambas as teorias, além de ressaltar o aspecto da localização da fonte, seja doméstica ou estrangeira, igualmente põem uma forte ênfase sobre a proveniência do contribuin-

²⁵ Ver AVI-YONAH, R. S. Slicing the Shadow: A Proposal for Updating U.S. International Taxation. *Tax Notes* (March 15, 1993), p. 1512.

²⁶ Sobre o tema, ver MICHALET, Charles A. Souveraineté Nationale et mondialization. In: LAROCHE, J. (Org): *Mondialisation et gouvernance mondiale*. Paris: Ed. PUF, 2003.

te, seja também doméstico ou estrangeiro. Ratificamos, ambos os aspectos são de duvidosa relevância na atualidade²⁷.

Nesse contexto, no qual não se consegue com precisão identificar a fonte geográfica da renda gerada e, conseqüentemente, também não se consegue de forma apropriada contabilizá-la separadamente e distribuir a cada unidade componente do grupo transnacional, e, igualmente, não se identifica com facilidade a nacionalidade da empresa que opera transnacionalmente, poderíamos perguntar: qual é o sistema que trata de forma realista o contexto da economia globalizada e pode controlar e gravar de forma apropriada as transações internacionais, e em especial as das empresas vinculadas pertencentes a um grupo de ETNs?

Sem dúvida, acreditamos que o método de distribuição proporcional global poderia, portanto, gravar todas as unidades da corporação, constituídas em qualquer jurisdição fiscal, da mesma maneira. Não necessita identificar a fonte da renda, nacional ou estrangeira, pois toda a renda produzida pelo grupo transnacional, independentemente da jurisdição fiscal, seria dividida sob uma fórmula²⁸. Ademais, o crédito tributário estrangeiro (*foreign tax credit*) poderia ser eliminado, porque os países deveriam gravar só a porção da renda mundial que os toca pela divisão, e da mesma maneira não teriam que dar crédito tributário para impostos estrangeiros sobre a renda que eles não gravaram.

A metodologia da imposição ao negócio unitário (*unitary taxation*) não se baseia na comparabilidade. Ao contrário, considera a entidade como uma realidade econômica única. Portanto, nessa metodologia não se presume que as transações entre as partes controladas devam ser comparáveis às transações entre empresas independentes. O grande aspecto a destacar no *unitary taxation method* é que este considera a integração econômica do grupo empresarial, e dessa forma observa as economias de escala e os efeitos sinérgicos, portanto, no que respeita o tema da igualdade entre as nações, o *unitary taxation* apresenta uma base teórica metodologicamente correta, uma vez que considera e respeita a realidade econômica do negócio na sua integridade e não parte para fazer comparações, impondo regras que constroem fatos fictícios²⁹.

²⁷ Como referência de um amplo estudo analítico sobre a tributação em bases mundiais e o princípio da fonte da renda, ver VOGEL, Klaus. Worldwide vs Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (I, II, III), *Intertax*, n. 8, 9, 10, 11/1988, p. 216-219, 310-321, 393-403.

²⁸ Expressa BIRD: “O método unitário tem a seu favor a realidade econômica de que a renda de uma empresa multinacional é o produto consumível de um sistema integrado de fatores que produzem rendas que estão essencialmente sob controle comum, independentemente da localização. O rateio desta base de cálculo entre jurisdições, uma vez que se haja determinado, sob este método, baseado de uma certa maneira na distribuição geográfica dos ativos e de atividades se presume que contribui ao processo integrado de produção de renda”; ver BIRD, R. M. The Interjurisdictional Allocation of Income. 3 *Australian Tax Forum*, 1986, p. 343.

²⁹ JACOBS, O. H., SPENGEL, C. y SCHÄFER, A. ITC and Profit Allocation within Multinational Groups. 32 *Intertax*, 2004, p. 48.

Desde um ponto de vista conceitual, a sistemática do método de distribuição proporcional tem por objetivo oferecer uma resposta adequada e plausível para as difíceis questões relacionadas com a identificação da fonte da renda e a distribuição dos direitos aos Estados em gravá-la³⁰.

4. Considerações finais

Ao início do século XXI, a comunidade internacional se deparou com o maior projeto multilateral já desenvolvido na área da tributação internacional, o denominado *base erosion and profit shifting*, conduzido pela OCDE com vistas a eliminar a perda de arrecadação tributária determinada em função da transferência de lucros ou, para localidades de tributação favorecida ou nula, ou que através de macroplanejamentos tributários estratégicos, normalmente abusivos, conseguiram se esquivar ou reduzir a carga tributária.

Contudo, essa mesma comunidade se acostumou a pronunciar de forma mecânica a expressão *base erosion and profit shifting* (BEPS), mas, sem se dar conta ou mesmo identificar que, majoritariamente, esses lucros são transferidos para fugir do fenômeno da tributação através dos preços de transferência. Contudo, é de se admirar, a OCDE insiste no seu caro, complexo e ineficiente modelo de controle fiscal dos preços de transferência, baseado no seu princípio standard, o *at arm's length*. No presente artigo, de forma muito sintética, apresentamos apenas algumas de suas muitas deficiências teóricas e práticas, uma vez que o referido padrão consagrado no *transfer pricing guidelines* da OCDE é plasmado de fragilidades, vejamos algumas:

A implantação do princípio *at arm's length* como *standard* internacional de controle fiscal das operações vinculadas não se produziu por motivos de uma eficácia prática constatada ou de uma coerência teórica comprovada empiricamente; pelo contrário, entendemos que sua instauração representou uma verdadeira imposição, para em sua origem atender aos interesses do poder econômico e político dos países desenvolvidos.

O princípio *at arm's length*, apesar de ter incorporado em si mesmo um princípio de análise comparada, lamentavelmente não respeita a regra lógica e racional de comparação, que significa tratar aos semelhantes de forma semelhante e aos diferentes diferentemente. Também, apresenta várias deficiências operacionais, sem embargo, a maior de todas é não considerar os benefícios da integração

³⁰ Adverte MILLER: “os críticos do método de distribuição proporcional de distribuição global falam em reconhecer que o sistema que está baseado na verdadeira neutralidade. Os tributos não se baseiam no local onde o negócio está domiciliado; se baseiam no montante de renda que é ganha. Nivela o campo de jogo para todos os competidores do negócio baseando os tributos sobre o que eles realmente ganham sobre uma base total”; MILLER, B. F. None are so blind as those will not see. *Tax Notes* (February 13, 1995), p. 1035. No mesmo sentido, ver RUSSO, A. Formulary Apportionment for European: An Analysis and a Proposal. *Intertax*, 2005, v. 33, p. 12.

econômica do grupo transnacional que simboliza, no âmbito fiscal, uma grande arbitrariedade no tratamento tributário das ETNs, representando o mais evidente defeito do princípio *at arm's length*.

Por fim, não se pode aceitar que a aplicação do princípio *at arm's length* garanta a neutralidade fiscal. O ajuste preconizado pelo mencionado princípio influencia negativamente a alocação dos recursos na economia, fato que nos permite concluir que o uso do princípio atua no sentido diametralmente oposto à essência do princípio da neutralidade fiscal, destruindo-a. A aplicação do princípio *at arm's length* supõe uma aparente busca da justiça fiscal, sem embargo, não tem substância alguma, pois está estruturada numa falsa concepção de igualdade. Fato que por consequência direta, igualmente, macula este último princípio.

Cost Sharing and Cost Contribution Agreements. Some Remarks from Latin America

Jose Manuel Castro Arango
Universidad Externado de Colombia.

Introduction

For multinational enterprises (MNEs) transfer pricing is “an instrument for coordinating the production and sales decision of different business segments”, from the managerial accounting literature¹. Tax law, however, analyzes the controlled transactions under the arm’s length principle (ALP) and it means to demonstrate that, under the transfer pricing methodology, “the price which the associated enterprises would have agreed if they had made a comparable transaction on the open market rather than the controlled transaction that was in fact made”². In that way, while managerial analysis attempts to evaluate the efficiency of the MNE operation, tax law perceives transfer pricing as a base erosion mean that should be limited.

Optimizing the chain with common costs on goods, services and the development of intangibles are part of the efficiency strategies developed by MNEs to get market advantages. MNEs usually require the participation of many group entities to develop them and, at the same time, represent direct and indirect benefits for all the group. There are different ways to set the roles that the companies belonging to multinational groups can play, but one of those are Cost Contribution Arrangements (CCA), an alternative to avoid common structures where a company becomes the only owner of the intangibles and then licenses them to related parties.

Particularly, optimizing the development and exploitation of intangibles is a key part of the global strategy of multinationals, as those are the most important assets for achieving efficiency and market success³. However, internal transactions related to those intangibles are difficult to verify in tax audits and also can be hard to delineate ex-ante. Moreover, the intangible development requires in-

¹ HIEMANN, M. and REICHELSTEIN, S. Transfer pricing in Multinational Corporations: An integrated Management/and Tax Perspective. En: Schon, W. and Konrad, K. Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics. Springer. Heidelberg Dordrecht London New York. 2012. p. 3 y ss.

² WITTENDORFF, J. Transfer Pricing and the Arm’s Length Principle in International Tax Law. Series on International Taxation. Wolters Kluwer. 2010. p. 6

³ CUGOVA, A., & CUG, J. (2019). Financial management in the background of cost contribution arrangements and cost sharing agreements. Economic and Social Development: Book of Proceedings, p. 74-79.

vestments by several MNE units, is scalable, and becomes a public good⁴; and it can be made by teams formed by employees from different units and countries of the MNE, that work together in virtual scenarios⁵.

This article analyzes the OECD perspective on CCA and studies particular cases on the application of tax law in American countries to those agreements. CCA are contracts used by associated enterprises to improve efficiency and optimize resources⁶, that resembles joint ventures, but in CCA participants must be related parties⁷. The most common examples of CCA are joint research and development (R&D) projects, shared services, marketing and advertising campaigns, and centralized procurement.

Transfer pricing rules provide special treatment for cost-sharing arrangements (CSAs) or cost contribution arrangements (CCAs). Those expressions come from the US law (Sec. 482 IRC and treas. Reg. 1.482-7) and Chapter VIII of the OECD Transfer Pricing Guidelines (TPG)⁸, respectively, and answer in general terms, the same issue: how to deal, in the scope of the arm's length principle, with agreements "where the participants share the costs and risks of an activity and share the rights to the results"⁹.

Cost sharing was a concept introduced in US tax law in 1968 to reduce complexity in the valuation of intangibles alienation and use, between related parties¹⁰, but the OECD made it wider to services and tangible assets. Nowadays in United States CSA are under scrutiny and the most prominent doctrine suggests eliminating them¹¹, while the OECD updated Chapter VIII of the TPG in 2017 due to the results of the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) plan, and most

⁴ HIEMANN, M. and REICHELSTEIN, S. Transfer pricing in Multinational Corporations: An integrated Management/and Tax Perspective. En: Schon, W. and Konrad, K. Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics. Springer. Heidelberg Dordrecht London New York. 2012. p. 11.

⁵ NIJSSEN, D.J.R., An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool. 2019. Version of the following full text: Publisher's version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08 p. 21.

⁶ CUGOVA, A., & CUG, J. (2019). Financial management in the background of cost contribution arrangements and cost sharing agreements. Economic and Social Development: Book of Proceedings, 74-79.

⁷ PETERSON, S.J., (1989) A Looking Glass Through a Cost Sharing Arrangement. *Santa Clara High Technology Law Journal*. pp. 133-160

⁸ OECD (2022), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>.

⁹ WITTENDORFF, J. Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law. Series on International Taxation. Wolters Kluwer. 2010. p. 537.

¹⁰ WITTENDORFF, J. Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law. Series on International Taxation. Wolters Kluwer. 2010. p. 538.

¹¹ AVI-YONAH, R. Has Cost Sharing Aoutlived Its Usefulness? Tax Notes. July 29, 2024.

Latin American countries keep restrictive positions to allow deductions on CCA contributions and payments.

I. CCAs and the OECD TPG

1. General remarks

Cost-sharing issues got the OECD's attention in the report of 1979 for research and development, and in 1984 for services¹², but the current Chapter VIII of the transfer pricing guidelines was introduced in 1997. CCA's regulations under the guidelines were updated in 2017 due to the results of the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Actions 8-10 in 2015.

The objective of the guidelines with CCA rules is to ensure that contributions to shared costs are in line with the arm's length principle. After the BEPS Plan, CCA regulations have the objective of aligning transfer pricing outcomes with value creation and preventing profit shifting, consequently, the current rules require a deeper study of the economic substance of the agreement and so, implies to duly measuring actual contributions rather than only the costs incurred. In addition, OECD outcomes of 2015 guidelines attempt to avoid CCA could be used to "circumvent the new guidance on the application of the arm's length principle in relation to transactions involving the assumption of risks, or on intangibles"¹³.

Cost Contribution Arrangements (CCAs) for OECD Guidelines are contracts between business enterprises "to share the contributions and risks involved in the joint development, production or the obtaining of intangibles, tangible assets or services with the understanding that such intangibles, tangible assets or services are expected to create benefits for the individual businesses of each of the participants".

Similarly, UN Manual 2021 defines CCA as "an arrangement between enterprises to share the costs and risks of developing, producing or obtaining assets, services or rights. The arrangement sets out the responsibilities and risks of the participants and the nature and extent of the interest of each participant in the assets, services or rights resulting from the arrangement"¹⁴.

Parr. 8.3 TPG explains that they do not create, necessarily, an entity, nor a fixed place, and do not mean a combination of the operations of the participants. In a CCA, each participant "may exploit their interest in the outcomes of a CCA through their individual businesses"¹⁵. As a consequence, even the CCAs involve transactions of transfer of property or services, there are no fees, but a reasonable compensation of proportional benefits.

¹² WITTENDORFF, J. *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*. Series on International Taxation. Wolters Kluwer. 2010. p. 540

¹³ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>. 162

¹⁴ UNITED NATIONS. *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* (2021). p. xl

¹⁵ TPG 2017, par. 8.3.

Most countries require the existence of a written agreement¹⁶. For tax purposes, a CCA contract must have at least clear clauses about the responsibilities, risks, and anticipated outcomes. The OECD TPG recommends conditions and documentation specified in par. 8.50 to 8.53, which attempts to provide proper information to demonstrate the ALP and the analysis required by Chapter VIII for CCA.

The following information would be relevant and useful concerning the initial terms of the CCA:

- a) a list of participants
- b) a list of any other associated enterprises that will be involved with the CCA activity or that are expected to exploit or use the results of the subject activity
- c) the scope of the activities and specific projects covered by the CCA, and how the CCA activities are managed and controlled
- d) the duration of the arrangement
- e) the manner in which participants' proportionate shares of expected benefits are measured, and any projections used in this determination
- f) the manner in which any future benefits (such as intangibles) are expected to be exploited
- g) the form and value of each participant's initial contributions, and a detailed description of how the value of initial and ongoing contributions is determined (including any budgeted vs actual adjustments) and how accounting principles are applied consistently to all participants in determining expenditures and the value of contributions
- h) the anticipated allocation of responsibilities and tasks, and the mechanisms for managing and controlling those responsibilities and tasks, in particular, those relating to the development, enhancement, maintenance, protection, or exploitation of intangibles or tangible assets used in the CCA activity
- i) the procedures for and consequences of a participant entering or withdrawing from the CCA and the termination of the CCA
- j) any provisions for balancing payments or for adjusting the terms of the arrangement to reflect changes in economic circumstances.

The object of a CCA cannot be the core activities of the participants¹⁷. As prof. Schoueri wrote¹⁸:

¹⁶ ROCHA (2017). General Report. Cahiers de droit fiscal international. Volume 102. B: The future of transfer pricing. IFA.

¹⁷ ROCHA (2017). General Report. Cahiers de droit fiscal international. Volume 102. B: The future of transfer pricing. IFA.

¹⁸ SCHOUERI, L.E. (2012) O contrato de rateio de despesas (cost contribution arrangements) e o

It happens that intra-group services can constitute the core activity of one of the group members. In such a case – as mentioned above – there is no confusion with the hypothesis of cost contribution arrangements, as these cannot encompass core activities. Intra-group services of this nature should be the subject of a separate contract, with common remuneration, as if the service provider and recipients were independent parties (arm's length principle). After all, if it is a case of the service provider's core activity, there is no reason to accept different prices and conditions.

CCA must be in accordance with the ALP and fulfill the common analysis in transfer pricing¹⁹. In general, all the TPGs apply to CCA, particularly, chapters VI and VII²⁰. This is why the first step is the delineation of the actual transaction undertaken and so, it is necessary to evaluate the roles, responsibilities, and risks contractually assumed (formally) and conducted (substantially) by parties, having into consideration the framework established in paragraph 1.60 TPG; and the anticipated outcomes as determined by the functional analysis of the transaction²¹.

For CCAs, the arm's length implies, following the OECD TPG, that “the value of participants' contributions must be consistent with what independent enterprises would have agreed to contribute under comparable circumstances given their proportionate share of the total anticipated benefits they reasonably expect to derive from the arrangement”. Under the quoted phrase, CCAs are reciprocal agreements and so, there is a necessity for proportional contributions and benefits. Even more, the OECD clarifies that the risks associated with the CCA are shared upside and downside.

In that way, CCA simplifies the number of separate intra-group transactions netting payments of contributions and benefits and avoids the existence of “complex cross-licensing arrangement and associated allocation of risk and replace them with a more streamlined sharing of contributions and risks, with ownership interests of the intangible(s) shares in accordance with the terms of the CCA”²².

The OECD TPG recognizes two types of CCAs: “those established for the joint development, production or the obtaining of intangibles or tangible assets ('development CCAs'); and those for obtaining services ('services CCAs)'. Usually, the latter creates current and more certain benefits, while the former is expected to create future benefits and involve significant risks, but the OECD recommends analyzing the CCA in detail and avoiding superficial distinctions²³.

ISS. In: DE MORAES PINTO, ACEDO, DE ARAÚJO. *Gestão tributária municipal e tributos municipais*. Volume II. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil.

¹⁹ TPG 2017, par. 8.9.

²⁰ TPG. Par. 8.9.

²¹ TPG. Par. 8.4, 8.39 and 8.40.

²² TPG. Par. 8.7 and 8.8.

²³ TPG. Par. 8.10.

The OECD states that arm's length in CCAs requires the following conditions: a) a reasonable expectation of benefit; b) a calculated contribution of each participant; c) the proportionality of contributions to the CCA and the expected benefits²⁴.

2. The arm's length requirements for CCAs

2.1. Reasonable expectation of benefits

Participants in a CCA must have a reasonable expectation of benefit from the CCA outcomes, particularly, because that participant will be entitled to receive a right or interest in the intangible, tangible asset or service, defined as the scope of the agreement. The exploitation or the enjoyment of the goods or services under de CCA must be granted to each participant without any other payment²⁵. Those entities that under the contract won't be able to receive a right or interest won't be participants of the CCA, but rather a mere provider of goods or services²⁶.

The OECD guidelines require measure the interest of each participant in the results of the CCA endeavors, "because legal ownership of developed intangibles or tangible assets may be vested in only one of them but all of them have certain rights to use or exploit the intangibles or tangible assets as provided in the contractual arrangements (for example, perpetual, royalty-free licenses for the territory in which the individual participant operates)"²⁷.

In financial terms, the expected benefits are additional income, costs saved or of other kind, are a result of an exercise of futurology as it usually comprehends various years. It can raise problems when there are deviations from the actual benefits; that is why the OECD recommends having periodical adjustments and keeping a transparent tracking of cases of non-implementation of CCA outcomes by a participant in its business activity²⁸. The proportionality can be granted using allocation keys like "sales (turnover), profits, units used, produced, or sold; number of employees, and so forth"²⁹.

2.2. A calculated contribution of each participant

Participants can contribute to the CCA any kind of resources, skills, services, tangible or intangible assets, performance of development activities, and financial support and should bear risks. Contributions can be made at the initial mo-

²⁴ TPG. Par. 8.13.

²⁵ TPG. Par. 8.5.

²⁶ TPG. Par. 8.14.

²⁷ TPG. Par. 8.6.

²⁸ TPG. Par. 8.20 and 8.22.

²⁹ TPG. Par. 8.19.

ment of the CCA or during the term of the contract and should be recognized in the evaluation process³⁰. All “contributions of current or pre-existing value must be identified and accounted for appropriately in accordance with the arm’s length principle”, and consequently, they must be valued at the price that independent parties would have assigned to that contribution at the time of the respective input³¹.

The general rules on hard-to-value intangibles are applicable to measure the arm’s length price on contributions, particularly to contributions with pre-existing value in which the mere reimbursement of cost plus a markup would not reflect the market price. However, for development CCAs, measuring contributions at cost can be accepted in specific circumstances³².

Participants need to exercise control over the risks assumed under the CCA and should have the financial capacity to assume them³³. Those risks are greater in R&D activities and lesser in services cost sharing, as in the latter the benefits should be instantaneous³⁴. The risks depend on the specific contribution that each participant makes, the risk assumed by other parties in relation to their contribution to the CCA, and the results of that CCA.

Each party in a CCA “must have (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline the risk-bearing opportunity presented by participating in the CCA, and must actually perform that decision-making function and (ii) the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, and must actually perform that decision-making function”.

³⁰ TPG. Par. 8.30.

³¹ TPG. Par. 8.25.

³² TPG. Par. 8.23-8.33.

³³ TPG. Par. 8.15 and 1.60. Under the latter paragraph evaluation of risks for TP purposes requires: “1) Identify Relevant Economic Risks: First, specifically identify the economic risks (refer to Section D.1.2.1.1); 2) Contractual Assumption of Specific Risks: Determine how the specific economically relevant risks are contractually assumed based on the terms of the transaction (see Section D.1.2.1.2). 3) Functional Analysis of Associated Enterprises: Analyze how the associated enterprises involved in the transaction operate regarding the assumption and management of these specific economic risks. Identify which company or companies perform risk control and mitigation functions, which bear the positive or negative consequences of risk outcomes, and which have the financial capacity to assume the risk (see Section D.1.2.1.3); 4) Interpretation and Coherence Check: Based on the information gathered in steps 2 and 3, interpret whether the contractual risk assumption aligns with the behavior of the associated enterprises. Consider whether they adhere to contractual terms (as per principles in Section D.1.1) and whether the risk-assuming party (as analyzed in step (i)) exercises control over the risk and has the financial capacity to bear it (see Section D.1.2.1.4); 5) Risk Allocation Guidelines: If the risk-assuming party from steps 1 to 4 (i) does not control the risk or lacks financial capacity, apply risk allocation guidelines (see Section D.1.2.1.5). 6) Determine Effective Transaction Price: Finally, determine the price of the effective transaction, precisely defined based on all economically relevant characteristics of the operation. Consider the financial and other consequences of correctly allocated risk and appropriately compensate risk management functions (see Section D.1.2.1.6)”.

³⁴ TPG. Par 8.16.

Even more, participants “must have the capability to determine the objectives of those risk mitigation activities to be performed by another party, to decide to entrust that other party to provide the risk mitigation functions, to assess whether the objectives are being adequately met, and, where necessary, to decide to adapt or terminate the arrangement, and must actually perform such assessment and decision-making”³⁵.

The TPG specifically mention that in a CCA some or part of the joint activity can be outsourced to third parties or to related parties not participating in the CCA, but “at least one of the participants to the CCA should also exercise control over the important development, enhancement, maintenance, protection and exploitation functions that are outsourced” and the others should have the functional capability to exercise control over the assumed risks under the CCA’s.

2.3. The proportionality of contributions to the CCA and the expected benefits

As mentioned before, CCAs imply the proportional sharing of contributions with reasonable expectations of benefits derived from the outcomes of the agreement. Several parts of Chapter VII of the OECD TPG reinforce that idea: the “contributions of a participant may need to be adjusted if they are not proportionate to their expected benefits”³⁶; “Where the value of a participant’s share of overall contributions under a CCA at the time the contributions are made is not consistent with that participant’s share of expected benefits under the CCA, the contributions made by at least one of the participants will be inadequate, and the contributions made by at least one other participant will be excessive”³⁷.

Balancing payments are instruments to guarantee the arm’s length principle in cases where the expected benefits are higher than the proportionate contributions, which can be agreed upon in advance in the contract or can be part of a periodic re-evaluation³⁸, or even, can be the result of an assessment made by the tax administration in cases where the contributions or the benefits were not proportional. Balancing payments must consider the proportionality of contributions and benefits considering the nature of the CCA. This is of special importance for development CCAs where a single-year analysis can ignore the substance and rationale of the contract³⁹.

Excessive balancing payments are considered by the TPG as a signal that the transaction is not well delineated and that there is an actual funding transaction⁴⁰.

³⁵ TPG. Par. 8.15.

³⁶ TPG. Par. 8.11.

³⁷ TPG par. 8.34.

³⁸ TPG par. 8.35.

³⁹ TPG. Par. 8.37.

⁴⁰ TPG. Par. 8.40.

The OECD TPG also has a set of rules for cases of entries, withdrawals, or termination payments. In these situations, a reassessment of expected benefits and contributions is required in most cases, and it will entail compensation for previous participants who transfer their interest to a new participant (“buy-in payment”), or a compensation paid to a participant who leaves the CCA, by another participant (“buy-out payment”). ALP requires to value buy-in payments and buy-out payments considering the interest in the tangible or intangible assets and the expected benefit for the new entrant or the rest of the participants⁴¹.

II. Tax treatment of payments made under a CCA

OECD TPG does not alter the tax treatment that the contributions and balancing payments must have if they were made outside the CCA, under the applicable domestic law and the respective tax treaties⁴². This is natural since the arm’s length defines the allocation of profits among participants but does not restrict the tax jurisdiction (source or residence) may have under their domestic and international tax law⁴³.

It is worth to mention that the TPG states that:

8.42. In services CCAs, a participant’s contribution to the CCA will often give rise to benefits in the form of cost savings (in which case there may not be any income generated directly by the CCA activity). In development CCAs, the expected benefits to participants may not accrue until some time after contributions are made, and therefore there will be no immediate recognition of income to the participants on their contributions at the time they are made.

8.43. Any balancing payment should be treated as an addition to the contribution of the payor and as a reduction in the contribution of the recipient. As with contributions generally, the character and tax treatment of any balancing payments will be determined in accordance with domestic laws, including applicable tax treaties.

Finally,

8.48. Buy-in and buy-out payments should be treated for tax purposes in the same manner as would apply under the general rules of the tax system(s) (including conventions for the avoidance of double taxation) applicable to the respective participants as if the payment were made outside a CCA as consideration for the acquisition or disposal of the interest in the results of the prior CCA’s activity.

⁴¹ TPG. Par. 8.44-8.49.

⁴² TPG. Pag. 8.41-8.43.

⁴³ Nijssen, D.J.R., *An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool*. 2019. Version of the following full text: Publisher’s version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08 p. 225 y ss.

Therefore, the OCD TPG establishes that transfer pricing rules do not intervene in the tax consequences derived from a CCA development. Those consequences should be analyzed under the domestic law of the relevant states (source and residence of the participants). In practice, tax consequences in income tax law (and other taxes) must be analyzed in all the events derived from the CCA. Particularly, it should be necessary to evaluate the tax consequences of contributions, compensation payments, and buy-in and buy-out payments.

Generally, contributions are not taxable income, nor deductible expenses, whenever they are qualified as a capitalization of costs or intangibles (the interests in the CCA), however, amortization of expenses is allowed in most countries. Clearer is the qualification of compensations and other payments, which can be taxable income for payee participants and would generate deductions in payor participants.

CCAs can raise a permanent establishment when the contributions from the participants qualify as a fix place of business through, they carry all or part of their business. Even it would be exceptional, it can occur whenever, under the CCA, one or more participants have at their disposal, premises of one participant, or can directly command the personnel in other states involved in the activities of the CCA⁴⁴.

The OECD Model commentaries states that:

That place cannot, therefore, be considered to be a permanent establishment of the company to which the services are provided. Indeed, the fact that a company's own activities at a given location may provide an economic benefit to the business of another company does not mean that the latter company carries on its business through that location: clearly, a company that merely purchases parts produced or services supplied by another company in a different country would not have a permanent establishment because of that, even though it may benefit from the manufacturing of these parts or the supplying of these services.

The quoted Commentaries reveal that a CCA would not create a PE under common circumstances. TPG explicitly mentions the same, as established before in this paper. The main reason behind those affirmations is that the sharing of risks, contributions and activities does not identify with the "at the disposal" requirement of article 5 of the OECD Model. There is however some room for the existence of a PE under a CCA, but the attribution of income would be immaterial, unless the balancing and other payments are not consistent with the ALP, as occur when "the contributions of R&D resources would not be valued at market price but at cost"⁴⁵.

⁴⁴ Parr. 42, Art. 5 of the OECD Model 2017.

⁴⁵ NIJSSEN, D.J.R., *An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool*. 2019. Version of the following full text: Publisher's

Finally, balancing and other payments may be taxable in the residence state of the payee and may be also taxable in the payor's residence state. Under OECD-modelled tax treaties, those payments can be qualified as business profits (art. 7) or royalties (art. 12).

In order to have a business profit there must be a business activity, like a service or the exploitation of assets, so, the mere transfer of costs can't be considered as business profits⁴⁶. In those cases, there is not even income. In treaties including services articles (art. 12A or 14 UN Model), it is worth to keep in mind that there is no service when there is no execution of an activity.

In article 12 OECD Model can qualify payments for the use or right of a pre-existing intangible mentioned therein⁴⁷. In words of Nijssen "By consequence, payments related to the development of new intangibles that will become the effective ownership of the payer do not qualify as a royalty". Balancing payments would not be qualified as royalties because there is no transfer of the right to use an intangible, unless the payer "does not obtain a beneficial interest in the intangible property itself" but a right to use it⁴⁸.

Nijssen consider that can happen when:

- i) "The balancing payments relate to pre-existing intangibles being made under the CCA, which are not merely of an auxiliary and largely unimportant character;" and in this case, the part of the compensation payment that corresponds with the pre-existing intangible will be considered royalties.
- (ii) "The balancing payments relate to the development of new intangibles, but the effective ownership of these new intangibles is not proportionately shared among the participants"⁴⁹. The disproportionate allocation of ownership requires for Nijssen, two conditions: "the payer effectively should receive nothing more than a right to use the newly developed intangibles"; and "the payee should hold a more absolute ownership."

version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08 p. 230.

⁴⁶ NIJSSEN, D.J.R., An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool. 2019. Version of the following full text: Publisher's version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08 p. 234.

⁴⁷ NIJSSEN, D.J.R., An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool. 2019. Version of the following full text: Publisher's version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08 p. 235.

⁴⁸ Par. 8.25 TPG.

⁴⁹ NIJSSEN, D.J.R., An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool. 2019. Version of the following full text: Publisher's version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08 p. 237.

III. Remarks on CCAs with Latin-American participants

In CIAT countries, cost-sharing/cost contribution agreements, contributions made by a local entity to a global chain of intangibles, intra-group services, research and development costs, and their consequent remuneration, are seen as high-risk transfer pricing schemes for base erosion and profit shifting. Tax administrations reveal a high concern on this topic⁵⁰. In addition, regional organizations recognized that the modifications of the rules governing Cost Contribution Agreements in the TPG are one of the most important results of Actions 8-10 of the BEPS Project and a priority for developing countries⁵¹, and even more the 2017 update of the UN Manual on Transfer Pricing adopted similar changes to those included in the OECD TPG, due to the importance of aligning the CCA with value creation⁵².

The IBFD Transfer Pricing Country Tax Guides from Colombia, Chile, Peru, Mexico, and Argentina⁵³, allow us to conclude that:

- All countries indicate that the TPG is applicable for determining the arm's length principle in CCAs⁵⁴. For this reason, risks of inconsistencies in val-

⁵⁰ This is shown in the questionnaire answered by countries about the main concerns on profit shifting by MNEs: "Argentina: 8) Contribution of the local subject to the value chain of intangible assets or in research and development activities that are not owned by them. Evaluation of the remuneration obtained. 9) Payment and deduction for royalties for the use of intangibles to a related entity that is the legal owner without contribution to the value chain." "Brazil: Use of cost sharing agreements to avoid paying income tax on payments" "Chile: Intragroup services.", "Colombia: 1) Payment of royalties for the use of the trademark to a related party (located in a jurisdiction with low or no taxation) who despite being the legal owner of the intangible does not create any value in it. 4) Intra-group services without demonstrating the actual provision of service" "El Salvador: 2) Use of intermediaries in tax havens to import goods and / or services" "Guatemala: 2) Transfer of intangibles to related parties based in countries with low or no taxation" "3) Intra-group services without demonstrating the actual provision of service, administrative, marketing, financial advice." "Honduras: 2) Excessive royalty payments; 7) Intragroup services." "Jamaica: Marketing Intangibles" "Mexico: migration of intangibles abroad. Panamá: 2) Intra-group services – value chain. 4) contribution of the local subject to the value chain of intangible goods. 5) Payment and deduction of royalties for the use of intangibles to a related entity that is the legal owner without contribution to the value chain." Dominican Republic: services operations, intangible operations" "Uruguay: payment of royalties for use of trade marks" "Venezuela: operations of intangibles with related parties."

⁵¹ IBFD. Implementing OECD/G20 BEPS Package in Developing Countries. An assessment off priorities, experiences, challenges and needs of developing countries. GIZ. Bonn, 2018. https://www.giz.de/en/downloads/wp_implementing_beps_package_developing_countries.pdf

⁵² UNITED NATIONS Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2021). pp. 315-331.

⁵³ ASOREY, R. & ASOREY, F. Argentina - Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024); FLORES QUIROZ, F. Chile – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024); DÍAZ TONG, E. & ARENAS ALVARADO, K. Colombia – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024); DÍAZ TONG, E. Peru –Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024); LÓPEZ SALAZAR, O. Mexico – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024).

⁵⁴ The same conclusion can be found in the IFA General Report 2017. Rocha (2017) General Report. Cahiers de droit fiscal international. Volume 102. B: The future of transfer pricing. IFA.

uation of contributions (cost-based or arm's length-based), attribution of risks and delineation of the transactions, are low.

- All reports highlight the need for CCA operations to be real and to comply with the arm's length principle for benefits and contributions.
- All country reports state that the definitions, conditions, and documentation requirements are the same as those set by the OECD TPG. This is also true, whether the domestic law does not specify anything, or whether the OECD TPG is replicated in legal and/or regulatory norms, as in Colombia (Decree 1625 of 2015) and Mexico (Reglas de la Miscelánea Fiscal)
- All countries require information regarding CSAs in line with what is established by the OECD TPG, particularly obliges to reveal the existence of CCAs in the list of significant agreements in the local or master file or, even in the transfer pricing statements⁵⁵. Reporters recommend keeping evidence of the transaction, but some legislation specifically require that⁵⁶.
- Reporters from Colombia and Chile highlight that there are different treatments for cases where the CCA involves a capital contribution that is recorded on the balance sheets as an asset for the contributor and a liability or equity for the operator or the CCA entity, which in any case, won't be taxable income; and cases where an expense is recorded for the payer and income for the manager. In the latter, transfer pricing adjustment issues arise regarding the taxable benefit in the respective period.
- It is noteworthy that for purposes of determining the deductibility in income tax of contributions and payments to a CCA, all country reports emphasize the importance of meeting the necessity requirement of the expense. In Chile, compliance with the strict test of section 31 of the Income Tax Law is required, and in Colombia, expenses must fulfill the general requirements for tax deductions set in section 107 of the tax statute.

⁵⁵ See for example: Sec. 1.2.2.2.4.3. of Decree 1625/2015. Local File: “- describe and demonstrate the costs or expenses incurred in the year for the development of the activity of the CCA, as well as the nature and value of the contributions made by each participant during the term of the agreement; - identify the direct or indirect beneficiary of the CCA; - specify the nature and importance of the benefit to each participant from the results of the activities of the agreement, the scope of activities and projects covered, the duration of the agreement and the obligations and responsibilities of the parties; - indicate whether there is any different payment for the contributions related to the CCA corresponding to the acquisition of an effective return on assets, services or rights obtained through the agreement; - provide details regarding the method of attribution, criteria, conditions and adjustments, if any, that reflect the participation fee and quantification of the benefits expected from the agreement through a comparison of (i) estimates used to determine the expected benefits and (ii) the actual results; and - provide details regarding the procedures for membership or withdrawal of a participant under a CCA and the consequences thereof, as well as the procedures and consequences of its rescission.”

⁵⁶ E.g. Mexico: Sec. 3.3.1.27. “Reglas de la Miscelánea Fiscal”: d) [...] all documentation proving that the expense that was passed on to them, was actually incurred by the foreign entity; e) Details of how the prorated expense was paid to the taxpayer and documentary evidence of such payment.

- Whenever a CCA is planned, it is necessary to evaluate the limitations on the deductibility of payments abroad and other restrictions for amortization of intangibles. For instance, Colombia and Mexico have rules that restrict deductions of payments/contributions made by residents to foreign participants in a CCA.
 - In Mexico, transfer pricing regulations are grounded in the Income Tax Law (LISR). These laws require transactions between related parties to occur at market values. While Mexico adheres to the arm's length principle under OECD transfer pricing guidelines, an old norm prohibits its application in case of expenses under a CCA⁵⁷. However, jurisprudence has supported the possibility of disregarding this aged norm in favor of the most recent transfer pricing rules⁵⁸, but the fiscal authority set a large and complex list of requirements for deducting foreign costs derived from CCAs that makes difficult its application⁵⁹. Even more, in

⁵⁷ La Ley del Impuesto sobre la Renta. "Artículo 28. Para los efectos de este Título, no serán deducibles. [...] XVIII. Los gastos que se hagan en el extranjero a prorrata con quienes no sean contribuyentes del impuesto sobre la renta en los términos de los Títulos II o IV de esta Ley."

⁵⁸ Amparo directo en revisión 2424/2012. SC Johnson and Son, S.A. de C.V. 19 de marzo de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Sergio A. Valls Hernández, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales. Disidentes: José Fernando Franco González Salas y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Francisco Gorka Migoni Goslinga.

⁵⁹ Sec. 3.3.1.27. Reglas de la Miscelánea Fiscal: "Para los efectos del artículo 28, fracción XVIII de la Ley del ISR, no será aplicable lo señalado en dicha fracción, tratándose de gastos que se hagan en el extranjero a prorrata con quienes no sean contribuyentes del ISR en los términos de los Títulos II o IV de la misma Ley, cuando se cumpla la totalidad de los requisitos siguientes: I. Que el gasto realizado sea estrictamente indispensable para los fines de la actividad del contribuyente. II. Que las personas con quienes se hagan gastos en el extranjero a prorrata, sean residentes de un país que tenga en vigor un acuerdo amplio de intercambio de información con México en los términos de la regla 2.1.2. III. Acreditar que el servicio que corresponda a dicho gasto efectivamente haya sido prestado. Si el gasto se realizó entre partes relacionadas, se considerará, salvo prueba en contrario, que el servicio de que se trata no fue prestado si se actualiza cualquiera de las siguientes hipótesis:

a) En las mismas condiciones, una parte no relacionada no hubiera estado dispuesta a pagar por dicho servicio o a ejecutarlo por sí misma; b) Se trata de servicios que una parte relacionada realiza únicamente debido a sus intereses en una o varias de sus partes relacionadas; es decir, en su calidad de accionista o socio a que se refiere el Capítulo VII de Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la OCDE en 1995, o aquellas que las sustituyan; c) Se trata de servicios u operaciones llevadas a cabo por una parte relacionada que impliquen la duplicidad de un servicio que realiza otra parte relacionada o un tercero; o d) El gasto está duplicado o repercutido con otros costos, gastos o inversiones efectuados por el contribuyente por concepto, entre otros, de comisiones, regalías, asistencia técnica, publicidad e intereses. Para los efectos de esta fracción, en ningún caso la facturación y/o el pago acreditan por sí mismos que un servicio fue efectivamente prestado. IV. Si el gasto se realizó entre partes relacionadas, acreditar que el precio pactado, monto de la contraprestación o margen de utilidad corresponde al que hubiera utilizado u obtenido con o entre partes independientes en operaciones comparables. V. Que exista una razonable relación entre el gasto efectuado y el beneficio recibido o que se espera recibir por el contribuyente que

2021 the Law was amended to restrict deductions on technical assistance, technology transfer, or royalties, because since then it must be demonstrated to the tax authorities that: a) the provider of the knowledge has the necessary technical elements; b) the service is provided directly and not through third parties, and c) the service is effectively carried out and it is not merely the possibility of obtaining it.

- Colombian tax law restricts deductibility of payments made to non-residents considered sourced in the country, when there is no withholding

participa en el gasto. Para tales efectos, los contribuyentes que pretendan efectuar la deducción del gasto a prorrata deberán tener celebrado un acuerdo o contrato que sea la base del gasto a prorrata mismo que, de conformidad con el artículo 179 de la Ley del ISR en relación con el Capítulo VIII de las Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la OCDE en 1995, o aquellas que las sustituyan, deberá cumplir, cuando menos, con las siguientes condiciones: a) Cada participante del acuerdo o contrato debe tener pleno acceso a los detalles de las operaciones que vayan a realizarse en el marco del mismo, a las proyecciones sobre las que se basarán los gastos prorrateados y se determinarán los beneficios esperados, así como a los gastos prorrateados efectivamente erogados y los beneficios efectivamente recibidos en relación con la operación del acuerdo o contrato; b) Los participantes serán exclusivamente empresas que puedan beneficiarse mutuamente de la totalidad del acuerdo o contrato; c) El acuerdo o contrato debe especificar la naturaleza y el alcance del beneficio global e individual obtenido por el grupo al que pertenece el contribuyente respecto del gasto efectuado y que le fue prorrateado o que prorrateó entre los demás integrantes del grupo; d) El acuerdo o contrato debe permitir que el gasto a prorrata se distribuya adecuadamente utilizando un método de atribución que refleje dicho gasto en relación con los beneficios que se espera obtener del acuerdo o contrato, y e) El acuerdo o contrato debe señalar el ámbito de las operaciones específicas cubiertas por el mismo, así como su duración y la del acuerdo o contrato. VI. Conservar la siguiente documentación e información respecto de cada una de las operaciones, cuyos gastos se realicen en el extranjero a prorrata: a) Nombre, país de constitución, de residencia fiscal y de administración principal del negocio o sede de dirección efectiva, domicilio fiscal, así como número de identificación fiscal de cada una de las partes relacionadas que participaron en el prorrateo del gasto global o que explotarán o usarán sus resultados; b) Tipo de operación realizada, así como sus términos contractuales; c) Funciones o actividades realizadas en la operación de que se trata por cada una de las partes relacionadas involucradas en dicha operación y, en su caso, los activos utilizados y los riesgos asumidos para esta; d) Documentación que ampare la realización del gasto global efectuado. Para tales efectos, se deberá contar con toda la documentación con la que el contribuyente acredite que el gasto que le fue repercutido fue efectivamente realizado por la entidad residente en el extranjero; e) Detalle de la forma en que fue pagado el gasto prorrateado al contribuyente y evidencia documental de dicho pago; f) Método que se aplicó, en los términos del artículo 180 de la Ley del ISR, para determinar que la operación de que se trata se encuentra a precios de mercado, así como el desarrollo de dicho método; g) Información utilizada para determinar que las operaciones o empresas son comparables en cada tipo de transacción, y h) Soporte de las operaciones que vayan a realizarse, de las proyecciones sobre las que se basarán los gastos prorrateados y se determinarán los beneficios esperados, así como de los gastos prorrateados efectivamente erogados y los beneficios efectivamente recibidos. El párrafo anterior y sus fracciones se aplicará sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos establecidos en las disposiciones fiscales aplicables. En caso de incumplimiento de alguno de los requisitos señalados, se estará a lo establecido en el artículo 28, fracción XVIII de la Ley del ISR. En todo caso, los contribuyentes deberán contar con la documentación que demuestre que la prorrata se hizo con base en elementos fiscales y contables objetivos, debiendo acreditar que subyace una razón válida y constatable de negocios”.

tax. However, overhead amounts “paid” or “recognized” to home offices, qualified as management fees or royalties, are deductible only if the payor applies a 33% withholding tax, regardless of whether they are deemed to generate Colombian source income or not. Even more, the tax law prohibits amortization of intangibles acquired from a related party and require registration of technology import contracts. Finally, deductions on payment of royalties to foreign economic partners or free zones, corresponding to the exploitation of an intangible formed in the national territory, are not accepted⁶⁰. Consequently, if a Colombian participant makes a contribution or payment to a foreign participant under a CCA, withholding taxes must be taken into account to prevent those taxes in Colombia affects the final amount of the contribution or payment. Also, restrictions on deductibility of royalties on intangibles formed in Colombia affect CCA schemes, particularly that rule discourages MNEs to have development agreements with Colombian participants as the intangible can be considered formed in Colombia.

- Finally, Latin-American countries have important withholding taxes and, recently, countries like Colombia have introduced new nexus, i.e. the significant economic presence, that can affect the normal development of a CCA. Besides, there is not a wide network of tax treaties, which restricts the application of taxes at source. Even more, recent reforms in VAT rules in Latin-American countries adopted the destination principle which can have implications on a CCA.
- All those tax effects, withholding taxes, deductibility, VAT, among others, must be taken into consideration in the design of a CCA, because the economic impact of them can alter the proportionality of the contributions made to the CCA and the expected benefits, of all participants.

Finally, the Colombian *Consejo de Estado* (the Supreme Court in tax issues) in the case DIAN vs. Bavaria, (exp. 25885), ruling of March 23, 2023, analyzed several issues related with limitation on deductions and transfer pricing rules on intragroup services. Here, it is worth to summarize two of them.

- The first one deals with a reimbursement of expenses to a related party abroad. The Court found the taxpayer did not prove that there was an expense reimbursement through invoices issued by third parties. Bavaria argued that miscellaneous expenses, travel, legal, relocation, salaries, and health were real, but could not demonstrate the nature of reimbursement, and actually, the court found some of these expenses recorded as consulting services for financial purposes, rather than as expense reimbursements. As a result, the Court concluded that since they were not reim-

⁶⁰ Secs. 121-124-2 of the Tax Statute.

bursments, they were taxable income subject to withholding tax, and in the absent of that taxation, the expense is not deductible.

The solution of this case reveals the importance of documentation and evidence of the actual transaction. Although CCAs should be fiscally neutral, the devil, as always, is in the details. Demonstrating an expense reimbursement is necessary, as well as its proper accounting, to avoid the risk of reclassification of contributions into payments for services or goods

- The second issue was related to a CCA concluded by Bavaria (Col), SAB-Miller Latin America (Miami) and SABMiller PLC (London). DIAN alleged that the taxpayer deducted 45,21% of the intragroup costs under the CCA when the allocation key required 34.19%. The difference between the calculation made by the tax authority and the taxpayer', was the total amount of costs and expenses considered for calculating the ratio.

On one hand, the taxpayer applied a mark-up of 3% to 5%, as provided by the CCA, in case of services for the benefit of a single entity. However, DIAN disregarded it and added (direct-assigned) only the costs assumed by SABMiller PLC (London) to the total cost of the CCA.

On the other hand, in the calculation of CCA total expenses, DIAN subtracted expenses assumed directly by SAB-Miller Latin America (Miami) under the CCA, from the total amount of costs, because those expenses were directly allocated to Bavaria. In addition, DIAN added the amount invoiced by Bavaria to SAB-Miller Latin America (Miami)

The Court recognized as a rule applicable to the case, the following: "when the percentage corresponding to one of the participants of a CSA 'is not proportional to the share of benefits it expects to obtain in the agreement, the tax administration has the right to adjust the contribution of the participant'". Nevertheless, the judged found that the value that DIAN took as costs incurred does not correspond to reality, that the action of subtracting from the total costs incurred by SABMiller Latin America (Miami) does not comply with the CSA methodology, and that adding the costs incurred by Bavaria and invoiced to SAB-Miller does not comply with the CSA methodology and duplicate the costs incurred by the taxpayer.

This case shows the importance for tax administrations to thoroughly understand the terms of the CCAs set by MNEs, otherwise, they will make inaccuracies when trying to adjust the fiscal effects of such contracts.

Conclusions

- CCAs reveal the contradiction between the managerial and tax perspectives on TP.
 - Finding efficiencies through a CCA can subvert taxable consequences that are important to measure the ability to pay of MNE in each state.

- At the same time, CCAs represent important risks for base erosion and profit shifting.
- This is why most states require the application of the ALP for these agreements and set formal requirements for participants.
- The main characteristic of CCAs under ALP regulations, is the mutual element, as the remuneration expected by participants are the benefits reasonable expected by each one of them.
- CCAs entail important risk for protection of taxable bases in countries because there can be in practice disproportions between the contribution and the expected benefit, resulting in an allocation of costs and benefits against the ALP; it is also possible to alter proportionality with buy-in and buy-outs, taking advantage of the lack of comparable, because the CCA are not common between independent companies, and so, there is no benchmark.
- CCAs contributions, compensations, buy-in and buy-out payments can have a BEPS purpose and can be used to transfer intangibles abroad. This is particularly true in the US tax law where the nonapplication of commensurate with income rules opens the door for tax avoidance. In post-BEPS OECD TGP, this erosion is limited through the new rules on contributions of hard-to-value intangibles.
- OECD TPG does not alter the tax treatment that contributions, balancing payments, buy-in and buy-out payments must have under the applicable domestic law and the respective tax treaties. Even though contributions and balancing payments must be neutral for tax purposes, the financial recording and tax qualification requires in-depth analysis.
- Latin American countries follow the OECD TPG, but restrictions on deductibility and withholding taxes entail risks of double taxation and can cause inconsistencies in the CCA balance of contributions and benefits.
- Latin American countries analyzed in this paper, follow the OECD TPG, diminishing the risk of inconsistent treatment. However, restrictions on deductibility, withholding taxes and other tax consequences, entail risks of affecting the proportionality required under the ALP. For instance, in México the tribunals recognized the priority of TPG over the restrictions on deductibility, but formal requirements set by the authorities are hard to fulfill. In Colombia, there are no exceptions based on the ALP over the general restrictions on deductions of payments to non-residents and parent companies.

References

ASOREY, R. & ASOREY, F. Argentina – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024).

- AVI-YONAH, R. Has Cost Sharing outlived Its Usefulness? *Tax Notes*. July 29, 2024.
- CUGOVA, A., & CUG, J. (2019). Financial management in the background of cost contribution arrangements and cost sharing agreements. *Economic and Social Development: Book of Proceedings*.
- HIEMANN, M. and REICHELSTEIN, S. Transfer pricing in Multinational Corporations: An integrated Management/and Tax Perspective. *In: SCHON, W. and KONRAD, K. Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*. Springer. Heidelberg Dordrecht London New York. 2012.
- IBFD. Implementing OECD/G20 BEPS Package in Developing Countries. An assessment off priorities, experiences, challenges and needs of developing countries. GIZ. Bonn, 2018. https://www.giz.de/en/downloads/wp_implementing_beps_package_developing_countries.pdf.
- NIJSSEN, D.J.R. An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool. 2019. Version of the following full text: Publisher's version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08
- NIJSSEN, D.J.R., An Analysis of Cost Contribution Arrangements as a Legitimate Transfer Pricing Instrument and a Tax Avoidance Tool. 2019. Version of the following full text: Publisher's version Downloaded from: <http://hdl.handle.net/2066/200046> Wolf Legal Publishers, Tilburg. Download date: 2024-08-08 p. 225 y ss.
- OECD (2015), Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>. 162
- OECD (2022). OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>.
- PETERSON, S.J. (1989). A Looking Glass Through a Cost Sharing Arrangement. *Santa Clara High Technology Law Journal*. pp. 133-160.
- QUIROZ, F. Flores. Chile – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024).
- ROCHA (2017). General Report. *Cahiers de droit fiscal international*. Volume 102. B: The future of transfer pricing. IFA.
- SALAZAR, O. López. Mexico – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024).
- SCHON, W. and KONRAD, K. Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics. Springer. Heidelberg Dordrecht London New York. 2012.
- SCHOUERI, L.E. (2012) O contrato de rateio de despesas (cost contribution arrangements) e o ISS. *In: DE MORAES PINTO, ACEDO, DE ARAÚJO. Gestão*

tributária municipal e tributos municipais. Volume II. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil.

TONG, E. Díaz, & ALVARADO, K. Arenas. Colombia – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024)

TONG, E. Díaz. Peru – Transfer Pricing, Country Tax Guides IBFD (accessed 12 August 2024).

UNITED NATIONS Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2021).

WITTENDORFF, J. Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law. Series on International Taxation. Wolters Kluwer. 2010.

Tributação em Bases Universais e a Limitação ao Aproveitamento de Créditos de Impostos Pagos no Exterior em Caso de Auferimento de Prejuízos pela Investidora Brasileira

Brazilian Worldwide Taxation and the Limitation for the Use of Credits of Taxes Paid Abroad in Case of Losses by the Brazilian Investor

Lucas Lobo Pereira

Mestrando em Direito Tributário Internacional e Comparado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (Brasil), LL.M. em Direito Tributário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Brasil). Pesquisador do NUPEM-IBDT. Advogado.

Resumo

As regras brasileiras de tributação em bases universais de pessoas jurídicas, estabelecidas pela Lei n. 12.973/2014, preveem a possibilidade de que os impostos pagos no exterior sejam creditados em anos subsequentes, sempre que a controladora esteja em situação de prejuízo ou verifique lucro real inferior aos resultados do exterior. A Instrução Normativa n. 1.520/2014, contudo, determinou que o imposto passível de utilização nos anos subsequentes seria calculado pela alíquota geral do IRPJ, de 15% (quinze por cento), e pelo adicional de 10% (dez por cento), nas hipóteses em que exceda o valor mínimo para sua aplicação, não considerando, assim, o percentual de 9% (nove por cento), correspondente à CSLL. O presente artigo avalia se tal limitação adequa-se às normas brasileiras.

Palavras-chave: Direito Tributário. Tributação universal. Crédito. Tributos pagos no exterior. Anos subsequentes.

Abstract

The Brazilian Worldwide Taxation Rules for legal entities, established by Law n. 12.973/2014, grant the possibility of use of taxes paid abroad for deduction of taxes due in Brasil in the following years, whenever the parent company is in a loss situation or even when the tax is paid abroad after the taxation of the profits of the subsidiary or affiliate in Brazil or when the taxes are paid abroad after the taxation in Brazil. Normative Instruction No. 1,520/2014, however, determined that the tax credit to be used in subsequent years would be calculated at the general IRPJ rate of 15% (fifteen percent) plus the 10% (ten percent) surcharge, in cases in which it exceeds the minimum amount for its application, not considering the CSLL rate of 9% (nine percent). This article aims to analyze whether such limitation is in compliance with the Brazilian legislation.

Keywords: Tax Law. Worldwide Taxation. Credit. Taxes Paid Abroad. Following Years.

1. Introdução

Seguindo uma tendência de tributação no plano internacional, o Brasil passou a adotar a tributação em bases universais de pessoas jurídicas a partir do ano de 1995, com a edição da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, quando foram editadas as primeiras regras de tributação dos lucros auferidos no exterior por meio de sociedades investidas por pessoas jurídicas brasileiras.

Tais regras, conforme a exposição de motivos da Lei n. 9.249/1995, pretendiam evitar o diferimento da tributação sobre os resultados das investidas no exterior.

Nesta medida e seguindo os padrões internacionais de tributação das *Controlled Foreign Companies*, o Brasil previu em sua legislação a possibilidade de creditamento dos tributos pagos no exterior pelas sociedades investidas, instituído como medida unilateral para evitar a dupla tributação da renda. Tal possibilidade foi regulamentada pela Instrução Normativa n. 213, de 7 de outubro de 2002, editada no contexto do regime de tributação em bases universais instituído pelo art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

Posteriormente, em 2014, com a edição do novo regime de tributação em bases universais pela Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, tais regras passaram a ser disciplinadas pelo art. 87 e regulamentadas pela Instrução Normativa n. 1.520, de 4 de dezembro de 2014.

Tanto no contexto da disciplina estabelecida pela Lei n. 9.249/1995 e da Medida Provisória n. 2.158-35, quanto, atualmente, pelo regime da Lei n. 12.973/2014, a legislação brasileira limitou o aproveitamento de créditos ao valor do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) devidos em face da adição dos resultados no exterior ao lucro real e à base de cálculo da CSLL. Não é permitido, em regra, o aproveitamento dos tributos pagos no exterior em anos subsequentes.

Contudo, em situações excepcionais, tal impossibilidade de aproveitamento dos tributos em anos subsequentes poderia resultar em dupla tributação, uma vez que, devido a circunstâncias fáticas específicas, não é possível o creditamento do imposto pago no exterior no momento em que reconhecidos os resultados no Brasil.

Tal situação ocorre nos casos em que verificado prejuízo nas operações da pessoa jurídica no Brasil ou mesmo quando o lucro real e a base de cálculo da CSLL são inferiores ao resultado do exterior.

Assim, tanto a Instrução Normativa n. 213/2002 quanto, atualmente, a Instrução Normativa n. 1.520/2014 preveem, nessas hipóteses, a possibilidade de aproveitamento do imposto pago no exterior em anos subsequentes.

Contudo, ao prever tal possibilidade, ambas as regulamentações determinaram que o imposto passível de aproveitamento nos anos subsequentes seria calculado pela alíquota do IRPJ (15%, acrescido do adicional de 10%, nas hipóteses em

que superado o faturamento mínimo para sua aplicação), muito embora os resultados sejam tributados também pela CSLL, com alíquota de 9% (nove por cento).

Assim, tendo em vista a limitação ao direito de crédito imposta pela Instrução Normativa n. 1.520/2014, que regulamenta a tributação em bases universais atualmente, o presente trabalho tem por objetivo analisar a conformidade de tal limitação à legislação brasileira, uma vez que não prevista expressamente pela Lei n. 12.973/2014, sendo instituída por meio da Instrução Normativa que a regulamentou.

Assim, passaremos, brevemente, pelos fundamentos das regras de CFC e evolução da legislação brasileira sobre a tributação em bases universais, analisaremos o regime estabelecido pela Lei n. 12.973/2014 e as regras para o aproveitamento de créditos de impostos pagos no exterior, para, então, analisarmos a problemática decorrente da referida limitação dos créditos à alíquota de 25%, e não à alíquota conjunta de 34% aplicável ao IRPJ e à CSLL.

2. As regras de tributação de CFCs e a evolução da tributação em bases universais no Brasil

As regras de tributação das *Controlled Foreign Companies* (CFCs) são estabelecidas pelas legislações de diversos países que adotam o princípio da universalidade na tributação da renda de pessoas jurídicas, como forma de evitar o diferimento da tributação de lucros de subsidiárias localizadas em países com reduzida ou nenhuma tributação, bem como para garantir a tributação de rendimentos passivos.

Da mesma forma, países que adotam o princípio da territorialidade, tributando apenas os lucros auferidos em operações dentro de seus limites territoriais, adotam as regras CFC como forma de evitar a transferência artificial de lucros para o exterior.

As regras de CFC remontam, originariamente, às regras do Subpart-F instituídas pelos Estados Unidos em 1962, e que são tidas como primeira experiência de tributação de CFCs, a qual teve por escopo a tributação de certos tipos de lucros de CFCs, independentemente de sua distribuição (IRC § 952)¹¹.

Seguindo a experiência americana e tendo como objetivo evitar a erosão da base tributável e a transferência artificial de lucros, os países passaram a adotar a tributação das CFCs, o que motivou, inclusive, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a incluir o desenho de regras CFCs na Ação 3 do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), contemplando em suas regras os seguintes blocos:

¹¹ BRAUNER, Yariv; DAVIS, Christine A. Controlled Foreign Company Legislation in the United States. In: KOFLER, Georg *et al.* Controlled Foreign Company Legislation. Amsterdã: IBFD, 2020, p. 833-858.

- a) Definição de Entidade CFC;
- b) Limites para Aplicação das Regras de Tributação de CFCs;
- c) Definição das rendas abrangidas pelas regras de CFC;
- d) Regras para cálculo do lucro da entidade CFC;
- e) Regras para atribuição dos lucros a uma entidade CFC; e
- f) Regras para prevenir e eliminar a dupla tributação².

Por meio de tais regras, os países que adotam o princípio da universalidade em sua tributação visam combater o diferimento da tributação dos lucros das subsidiárias localizadas no exterior pela controladora nestes sediada. Buscam, assim, garantir a neutralidade de exportação de capitais, isto é, garantir que a tributação na realização de investimentos no âmbito interno seja igual à aplicável no caso de investimentos no exterior, evitando, assim, que tal tributação influencie a decisão de investimento do agente econômico.

No âmbito do Brasil, revela-se, pelo estudo da evolução legislativa da tributação da renda, a existência, em um primeiro momento, de uma tradição pela adoção do princípio da territorialidade na tributação. Referida tradição é verificada, em regra, pelos países da América Latina como um todo³, considerando a tradição de serem países importadores de capitais.

No caso das pessoas jurídicas, a primeira tentativa de implementação da tributação em bases universais se deu com o Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987, que previa, em seu art. 7º, o cômputo dos resultados obtidos no exterior diretamente ou por intermédio de filiais, sucursais, agências ou representações, na determinação do lucro real da pessoa jurídica brasileira. Referido dispositivo previa, ainda, a possibilidade de creditamento do imposto pago no exterior.

Posteriormente, o Decreto-Lei n. 2.413, de 10 de fevereiro de 1988, substituiu tal norma, prevendo a tributação dos resultados obtidos através de subsidiárias no exterior. Contudo, apenas dois meses após a edição do referido Decreto-Lei, tais regras foram afastadas pelo Decreto-Lei n. 2.429, de 14 de abril de 1988, o qual consolidou a territorialidade material como critério de tributação.

A tributação da pessoa jurídica em bases universais somente foi reestabelecida no Brasil em 1995, seguindo uma tendência mundial, com a edição da Lei n. 9.249/1995, que previu em seu art. 25 a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, consagrando o princípio da universalidade da tributação. Tal tributação se daria independentemente da efetiva distribuição

² SANTOS, Ramon Tomazela. A Ação 3 do Projeto BRPS e o regime brasileiro de tributação em bases universais na Lei n. 12.973/2014. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 15, n. 88, p. 99-115, jul./ago. 2017.

³ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part I). *Intertax*, 1988, p. 216-229.

à controladora brasileira, inexistindo distinção em razão do local de localização ou natureza dos rendimentos da subsidiária para fins de sua aplicação⁴.

A tributação automática estabelecida pela Lei n. 9.249/1995 foi objeto de questionamentos, notadamente em face da sua contrariedade ao art. 43 do Código Tributário Nacional vigente à época, motivando a Receita Federal do Brasil a editar a Instrução Normativa SRF n. 38/1996, que estabelecia, de forma imprópria e contrária à legislação da época, a tributação apenas no momento da disponibilização dos lucros, regra que fora, posteriormente, estabelecida pela Lei n. 9.532/1997⁵.

Com a edição da Lei Complementar n. 104/2001, que inseriu o § 2º no art. 43 do Código Tributário Nacional, conferindo à Lei a competência para determinar o momento de disponibilização dos lucros auferidos no exterior, resolvendo-se a problemática enfrentada no passado⁶, foi editada a Medida Provisória n. 2.158-35, em 24 de agosto de 2001, reestabelecendo-se a regra de que lucros auferidos no exterior seriam considerados disponibilizados na data do balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que fossem apurados. Tais regras foram então regulamentadas pela Instrução Normativa n. 213/2002⁷.

Por meio das regras estabelecidas pelo regime de tributação em bases universais então vigente, estabeleceu-se a possibilidade de creditamento do imposto pago no exterior, como medida unilateral para evitar a dupla tributação. Neste contexto, ao regulamentar tais regras, a Instrução Normativa n. 213/2002 previu, pela primeira vez, a hipótese analisada neste estudo, de aproveitamento dos impostos pagos no exterior em anos subsequentes em situações excepcionais que justificariam tal medida (tais como a existência de prejuízos pela controladora brasileira). Estabeleceu-se, aqui, a primeira hipótese em que verificada a limitação dos créditos, uma vez que, ao calcular o tributo passível de adoção nos anos subsequentes, tal se limitaria à alíquota do IRPJ (alíquota geral de 15% e adicional de 10%)⁸.

Com o estabelecimento do regime de tributação universal da Medida Provisória n. 2.158-35 e da Instrução Normativa n. 213/2003, seguiram-se à adoção das

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Controlled Foreign Company Legislation in Brazil. In: KOFLER, Georg *et al.* *Controlled Foreign Company Legislation*. Amsterdã: IBFD, 2020, p. 107-130.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Controlled Foreign Company Legislation in Brazil. In: KOFLER, Georg *et al.* *Controlled Foreign Company Legislation*. Amsterdã: IBFD, 2020, p. 107-130.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Controlled Foreign Company Legislation in Brazil. In: KOFLER, Georg *et al.* *Controlled Foreign Company Legislation*. Amsterdã: IBFD, 2020, p. 107-130.

⁷ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: velhas questões foram resolvidas? *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética, n. 3, , 2015.

⁸ ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 314.

referidas regras com discussões doutrinárias e jurisprudenciais que culminaram com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588, em 10 de abril de 2013, na qual fora analisada a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35, estabelecendo-se a inconstitucionalidade no caso de coligadas em países sem tributação favorecida ou que não sejam paraísos fiscais e a constitucionalidade no caso de controladas localizadas nestes países.

Seguindo-se a tal julgamento, foi editada a Lei n. 12.973/2014, regulamentada pela Instrução Normativa n. 1.520/2014, que estabeleceram o novo regime de tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, objeto do presente estudo.

Nesse sentido, passa-se à análise, em linhas gerais, das regras estabelecidas pela Lei n. 12.973/2014, para, então, analisar-se as regras de creditamento do tributo pago no exterior e correspondentes limitações ao seu aproveitamento.

3. Lei n. 12.973/2014: o novo regime de tributação de lucros auferidos no exterior no Brasil e as regras de compensação dos tributos pagos no exterior

A Lei n. 12.973/2014 criou novo regime jurídico para a tributação dos lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas e coligadas no exterior e procurou adaptar as pretensões fiscais do governo brasileiro às diretrizes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.588, acima destacada.

Assim, de acordo com as regras da Lei n. 12.973/2014, eventuais lucros auferidos por controladas⁹ no exterior devem ser tributados no Brasil anualmente (independente da efetiva disponibilização) à alíquota regular de 34% (25% de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e 9% de Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL). Tais resultados deverão ser registrados pela controladora domiciliada no Brasil no ano-calendário em que tenham sido apurados em balanço, sendo considerados neste a parcela correspondente aos lucros ou prejuízos auferidos pela controlada antes da tributação sobre o lucro incidente no exterior e excluídos os resultados auferidos por outras pessoas jurídicas nas quais a controladora domiciliada no Brasil possua controle direto ou indireto¹⁰.

No caso das coligadas¹¹, a regra de tributação dependerá da classificação destas. Regra geral, a tributação das coligadas ocorrerá tão somente no momento

⁹ Considera-se sociedade controlada a pessoa jurídica na qual a sociedade controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, na forma do art. 243, § 2º, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

¹⁰ Art. 2º da Instrução Normativa RFB n. 1.520, de 4 de dezembro de 2014.

¹¹ Coligadas são sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas deci-

da distribuição dos lucros à pessoa jurídica no Brasil, não havendo, nesta hipótese, tributação anual da integralidade dos resultados da coligada¹².

Caso, contudo, estejam localizadas em países com regime de tributação favorecido ou paraísos fiscais, a tributação seguirá regime semelhante ao regime das controladas, com tributação automática e anual de seus resultados. Por fim, em outras hipóteses, a coligada poderá ser equiparada a controlada¹³, seguindo, assim, tal regime de tributação.

A Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014 estabelece, ainda, que poderão ser excluídos, para fins de apuração do IRPJ e da CSLL devidos pela controladora brasileira, a parcela do lucro das controladas, diretas ou indiretas, que decorra do lucro oriundo de participações destas em pessoas jurídicas controladas ou coligadas no Brasil¹⁴. Também é assegurado à controladora brasileira o direito de deduzir na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL os valores referentes às adições, espontaneamente efetuadas, de ajustes decorrentes da aplicação das regras de preços de transferência e de subcapitalização¹⁵.

Por fim, as regras da Lei n. 12.973/2014 permitem a dedução do imposto pago no exterior. Nesse sentido, o art. 87 da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014, estabelece os procedimentos para a tributação dos lucros auferidos no exterior por meio de controladas, garantindo a possibilidade de dedução dos impostos sobre a renda pagos no exterior pela controlada em relação aos resultados reconhecidos pela controladora brasileira.

Os procedimentos para creditamento do imposto de renda pago no exterior na apuração do IRPJ e da CSLL devidos no Brasil estão descritos nos arts. 25 e 30 da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

Conforme o art. 25 da referida Instrução Normativa, a controladora brasileira que reconhecer lucros de controladas, diretas ou indiretas, no exterior poderá deduzir, na proporção de sua participação, o Imposto de Renda pago no exterior pela controlada, incidente sobre os lucros computados na determinação do lucro real incidente sobre suas operações no Brasil, até o limite do IRPJ e da CSLL incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas.

Da mesma forma como no caso dos tributos incidentes sobre o lucro da controlada, também poderão ser deduzidos os Impostos de Renda Retidos na Fonte sobre os lucros distribuídos para a controladora brasileira.

Para fins da referida dedução, considera-se imposto de renda o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada, do fato

sões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, mas inferior a 50%, sem controlá-la. Tais regras são descritas no art. 243, § 2º, da Lei n. 6.404/1976.

¹² Art. 81 da Lei n. 12.973/2014.

¹³ Art. 83 da Lei n. 12.973/2014.

¹⁴ Art. 22 da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

¹⁵ Art. 23 da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

de ser este de competência de unidade da federação do país de origem e de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens¹⁶.

O valor do tributo a ser compensado será sempre proporcional ao montante dos lucros que houverem sido computados na determinação do lucro real da controladora brasileira¹⁷.

Ademais, o tributo será considerado pelo valor efetivamente pago, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal¹⁸.

No que concerne às hipóteses em que o pagamento do imposto no exterior ocorre em momento posterior a tributação dos lucros no Brasil, o § 7º do art. 87 da Lei n. 12.973/2014 estabelece que a dedução deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior.

No caso das coligadas sujeitas a tributação apenas no momento da distribuição dos lucros, o aproveitamento de créditos de impostos pagos no exterior limitar-se-á ao valor do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) incidente sobre os dividendos computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL. Caso a retenção ocorra em momento posterior à tributação no Brasil, o aproveitamento do crédito ocorrerá no balanço do ano-calendário em que ocorrer a retenção no exterior¹⁹.

O valor do tributo pago no exterior a ser deduzido não poderá exceder o montante do IRPJ e CSLL devidos no Brasil sobre o valor das parcelas positivas dos resultados das controladas no exterior incluídos na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora brasileira.

4. O aproveitamento de créditos na hipótese de verificação de prejuízos pela pessoa jurídica brasileira

Conforme demonstrado acima, as regras brasileiras de tributação em bases universais estabelecem a possibilidade de creditamento do imposto pago no exterior. Referida possibilidade decorre dos próprios objetivos da Medida Provisória n. 627/2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.973/2014, a qual estabelece em sua exposição de motivos que as hipóteses de dedução dos tributos devidos destinam-se a evitar a dupla tributação da renda.

Assim, o objetivo do legislador foi o de garantir que o contribuinte brasileiro não fosse atingido pela dupla incidência tributária sobre tais lucros auferidos no exterior.

¹⁶ Art. 30, § 1º, da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

¹⁷ Art. 30, § 5º, da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

¹⁸ Art. 30, § 7º, da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

¹⁹ Art. 88 da Lei n. 12.973/2014.

Contudo, em situações em que verificado prejuízo pela investidora brasileira, uma vez que inexistiria tributo a recolher no Brasil, não haveria possibilidade de creditamento do imposto pago no exterior. Por esta razão, a Instrução Normativa n. 1.520/2014 previu a possibilidade de que tal creditamento seja realizado em anos posteriores. Da mesma forma ocorrerá no caso em que verificado lucro real inferior aos resultados do exterior.

O referido crédito, conforme o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)²⁰, somente poderá ser utilizado quando ocorrida a adição de lucros de controladas no exterior, não sendo passível de compensação com estimativas e não compondo o saldo negativo do IRPJ e da CSLL.

Ocorre que a Instrução Normativa n. 1.520/2014, ao tratar da possibilidade de aproveitamento do imposto pago no exterior em anos subsequentes quando verificado o prejuízo pela pessoa jurídica brasileiro, determinou que o valor passível de compensação nos anos-calendários subsequentes será calculado mediante aplicação do percentual de 15% (quinze por cento), caso o valor computado não exceda o limite de isenção do adicional do IRPJ, e de 25% (vinte e cinco por cento), caso o valor exceda tal limite, sobre o valor dos lucros auferidos no exterior a serem computados no lucro real²¹.

Neste ponto, verifica-se a possibilidade de ocorrência de bitributação, uma vez que o crédito será calculado à alíquota de 25% e não à alíquota combinada de 34% (25% de IRPJ e 9% de CSLL). Ou seja, mesmo que o regramento estabelecido pela Lei n. 12.973/2014 refira-se à tributação de lucros auferidos no exterior tanto ao IRPJ quanto a CSLL, a Instrução Normativa n. 1.520/2014 permite, em tais hipóteses, o aproveitamento do crédito limitado à alíquota do IRPJ, restringindo, assim, o direito de creditamento previsto em Lei.

Da mesma forma, caso o lucro real auferido pela pessoa jurídica brasileira (após a inclusão dos resultados auferidos no exterior) seja inferior ao montante da parcela positiva dos rendimentos a serem reconhecidos, o tributo passível de compensação será determinado conforme indicado acima, tendo por base a diferença entre o total calculado com base nos percentuais de 15% ou 25% e o lucro real correspondente²².

Nessa hipótese, a título ilustrativo, o contribuinte que tenha reconhecido lucros decorrentes de investidas no exterior em ano em que tenha verificado prejuízo em suas operações internas superior a tal resultado, terá como efeito a redução de seu prejuízo fiscal e base de cálculo negativa de CSLL passível de compensação nos anos subsequentes.

²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16692.720872/2017-33. Quarta Câmara. Primeira Turma Ordinária. Brasília, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>. Acesso em: 14 ago. 2022.

²¹ Art. 30, §§ 15 e 16, da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

²² Art. 30, § 17, da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014.

O efeito será a redução do montante que seria passível de compensação nos exercícios futuros, o qual resultaria em um efeito correspondente à alíquota de 34%. De outra parte, o montante do imposto pago no exterior garantirá a este um limite máximo de aproveitamento de 25%. Isto é, haverá dupla incidência tributária sobre os lucros auferidos no exterior na hipótese em questão em relação à parcela não compensável, correspondente à CSLL.

Tal fato, ressalte-se, ocorrerá apenas caso haja recolhimento de impostos no exterior em montante superior à alíquota do IRPJ (25%), considerando-se que somente em caso de sobra de crédito após a compensação do IRPJ é que seria possível seu aproveitamento em relação à CSLL.

Verifica-se, portanto, que a Instrução Normativa impõe limitação ao direito de crédito que implica dupla tributação e que restringe a aplicabilidade do dispositivo legal que permite o creditamento do imposto pago no exterior (art. 87 da Lei n. 12.973/2014).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em sua jurisprudência, o caráter secundário das Instruções Normativas, que devem observar os limites impostos pela Lei, Tratados e Convenções Internacionais²³. Ou seja, eventual limitação ao direito de crédito estabelecido pela Lei por meio de Instrução Normativa seria inconstitucional, diante da hierarquia destas normas.

Assim, há que analisar-se se a limitação estabelecida pela Instrução Normativa n. 1.520/2014 caracterizar-se-ia como uma limitação ao dispositivo legal que prevê o creditamento na Lei n. 12.973/2014.

Para inteligência da matéria, há que ressaltar-se o posicionamento do CARF no acórdão acima referenciado, no qual restou reconhecida a impossibilidade de utilização dos tributos pagos no exterior para o pagamento de estimativas. Nas razões da decisão, restou consignado que o aproveitamento do imposto pago no exterior em períodos subsequentes não seria previsto em Lei, caracterizando-se como um benefício fiscal veiculado pela Instrução Normativa n. 1.520/2014.

Ocorre que tal hipótese (aproveitamento do imposto pago no exterior em exercícios subsequentes em caso de prejuízo) decorre do próprio fundamento da legislação em tela, de evitar-se a dupla tributação, consignado em sua exposição de motivos.

Ou seja, caso inexistente tal hipótese, acabar-se-ia criando hipóteses de dupla tributação dos resultados no exterior, conforme ilustrado acima, uma vez que os resultados do exterior impactariam o valor do prejuízo.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 531. Relator Min. Celso de Mello, 11 dez. 1991. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 abr. 1992, p. 4288. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur117074/false>. Acesso em: 14 jul. 2022. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 365. Relator Min. Celso de Mello, 7 nov. 1990. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 mar. 1991, p. 2645. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35789/false>. Acesso em: 14 jul. 2022.

Portanto, verifica-se que a medida prevista pela Instrução Normativa não intenta somente regulamentar a compensação do imposto em casos em que a ordem dos fatos não permite seu creditamento direto com o IRPJ e a CSLL devidos. Assim, em que pese não configure hipótese de crédito passível de restituição ou compensação, na forma do art. 74 da Lei n. 9.439/1996, referido montante representa tributo pago a maior, uma vez que onerou renda adicionada ao lucro real e cuja dedução é garantida pelo art. 87 da Lei n. 12.973/2014²⁴.

Assim, a limitação imposta pela Instrução Normativa n. 1.520/2014 caracterizaria limitação ao direito de crédito previsto na Lei n. 12.973/2014.

Ressalta-se, conforme anteriormente mencionado, que a limitação do crédito ao percentual de 25% (vinte e cinco por cento) já era previsto no regime da Instrução Normativa n. 213/2002. Tal estrutura, contudo, decorre do fato de que a Instrução Normativa n. 213/2002, ao regulamentar os dispositivos da Lei n. 9.249/1995, disciplinou o aproveitamento dos créditos para fins do IRPJ, uma vez que a tributação em bases universais pela CSLL, neste regime, decorre da previsão contida na Medida Provisória n. 1.858, a qual não fora incluída nas regulamentações decorrentes da Instrução Normativa n. 213/2002²⁵.

Justifica-se, assim, a ausência de previsão para o cálculo dos créditos passíveis de aproveitamento em exercícios subsequentes pela Instrução Normativa n. 213/2002, cuja regulamentação ficaria limitada à tributação em bases universais pelo IRPJ.

No âmbito da Lei n. 12.973/2014, contudo, foram unificadas as disciplinas aplicáveis ao IRPJ e à CSLL, de forma que a Instrução Normativa n. 1.520/2014 regulamenta, também, o aproveitamento de créditos de impostos pagos no exterior no âmbito da CSLL.

Nesse sentido, destaca-se que o art. 87 da Lei n. 12.973/2014 estabelece o direito de crédito dos impostos pagos no exterior em relação aos tributos sobre a renda no Brasil. Assim, o § 8º do referido dispositivo estabelece a utilização do crédito em relação à CSLL, tributo incidente sobre a renda no Brasil. Por esta razão, não poderia a Instrução Normativa n. 1.520/2014 limitar o cálculo dos créditos passíveis de aproveitamento em exercícios futuros com base também na alíquota da CSLL²⁶.

Tal omissão poderia justificar-se pelo simples fato de as autoridades fiscais terem copiado a redação anterior da Instrução Normativa n. 213/2002, não se

²⁴ NEDER, Marcus Vinicius; SARAIVA, Telírio Pinto. Imposto pago no exterior: tratamento do crédito no cenário de prejuízo da investidora brasileira. In: *Temas atuais em tributação internacional – Brasil 2020*. São Paulo: Trench, Rossi, Watanabe, 2020, p. 23-40.

²⁵ ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 315-316.

²⁶ ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 332-333.

atentando ao disposto no § 8º do art. 87 da Lei n. 12.973/2014. Neste caso, contudo, a ausência de norma específica não poderia afastar o direito expressamente previsto em Lei²⁷.

Assim, tanto pelo fato de acabarem gerando bitributação quanto pelo fato de o direito de crédito em relação à CSLL ser direito garantido pelo art. 87 da Lei n. 12.973/2014, tem-se como imprópria a limitação estabelecida pela Instrução Normativa n. 1.520/2014 ao direito de crédito em anos posteriores, quando verificada situação que permita tal aproveitamento.

De outra parte, pode-se, ainda, dizer que tal limitação acaba por afetar a neutralidade de exportação de capitais do regime de tributação em bases universais, uma vez que promovida pela combinação da tributação em bases universais e o método de crédito para evitar a dupla tributação²⁸.

Em que pese a ofensa à neutralidade de exportação de capitais não implique, diretamente, desrespeito à legislação vigente, é certo que esta é um objetivo a ser alcançado ao estabelecer-se tais tributações, explicitado pela exposição de motivos da Medida Provisória n. 627. Ademais, trata-se de um princípio norteador da tributação de CFCs no plano internacional. Vincula-se, portanto, não a uma ofensa à legislação, mas sim à uma ofensa aos princípios que regem a tributação de CFCs no plano internacional²⁹ e que demonstram a possível ineficiência econômica do regime brasileiro.

Por fim, ressalta-se que outro possível impacto da limitação prevista ao crédito de imposto pago ao exterior decorreria dos dispositivos dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação firmados pelo Brasil que estabelecem os mecanismos para evitar a dupla tributação. Contudo, deixa-se aqui de analisar-se tal impacto, uma vez que a aplicação dos Acordos às regras de tributação em bases universais implicaria não só uma análise de eventual dupla tributação, mas da aplicabilidade, por si só, das regras de tributação universais brasileiras, uma vez que tais regras encontrariam limitação no art. 7º dos referidos Acordos, o qual estabelece a competência do País de residência para a tributação dos lucros de empresas, o que impediria a tributação automática dos lucros de controladas ou coligadas no Brasil³⁰.

²⁷ ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 334.

²⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Capítulo 18 – tributação internacional e o direito interno. In: *Tributação internacional e o direito interno*. Porto Alegre: Lex Magister, 2018, p. 510-519.

²⁹ DEVEREUX, Michael P. Taxation of Outbound Direct Investment: Economic Principles and Tax Policy Considerations. *Oxford Review of Economic Policy*, 2008, p. 698-719.

³⁰ NETO, Luís Flávio. A tributação brasileira dos lucros de empresas controladas residentes em países com acordos de bitributação. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de; DUARTE FILHO, Paulo César Texeira (Org.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 231-250.

Por essa razão, em que pese a discussão sobre a aplicabilidade dos Acordos à legislação de tributação em bases universais seja tema controvertido e ainda carente de uma decisão final pelos Tribunais, tem-se que sua aplicação deveria afastar como um todo a tributação em tela e não só impor o direito ao crédito dos impostos pagos no exterior, motivo pelo qual tal análise foge ao escopo do presente estudo.

Conclui-se, portanto, que a limitação imposta pela Instrução Normativa n. 1.520/2014 ao direito de crédito em situações em que verificado prejuízo ou lucro inferior ao resultado do exterior pela investidora brasileira não encontra fundamento na Lei n. 12.973/2014, motivo pelo qual deveria ser afastada para permitir o cálculo do crédito não só em relação ao IRPJ, mas também em relação à CSLL, com a alíquota total de 34% (trinta e quatro por cento). Ademais, em que pese não configure ofensa direta à legislação, há que reconhecer-se os efeitos nocivos da possível dupla tributação decorrente desta limitação, os quais implicam uma ineficiência do sistema brasileiro de tributação em bases universais, onerando os resultados de multinacionais brasileiras e caracterizando um verdadeiro desincentivo ao investimento no exterior, além de culminarem na perda de competitividade destas no plano internacional, com impacto sobre a neutralidade de exportação de capitais do sistema brasileiro.

É importante destacar-se que o art. 87, § 10º, da Lei n. 12.973/2014 estabelece que até o ano-calendário 2024 seria concedido crédito presumido de 9% (nove por cento) para as controladoras brasileiras que realizassem investimentos em controladas no exterior que atuem na fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral. Tal fator, evidentemente, reduz o efeito nocivo das regras acima destacadas, porém limitando-se a atividades específicas e deixando de beneficiar outras atividades, como, por exemplo, o setor de tecnologia e prestação de serviços.

5. Conclusão

Conforme demonstrado ao longo do presente estudo, as regras de tributação em bases universais no Brasil atingem os rendimentos auferidos por controladas e coligadas no exterior, estabelecendo uma tributação abrangente dos resultados auferidos por multinacionais brasileiras no exterior.

Por meio dos regimes estabelecidos pela legislação brasileira, tanto no passado, com a Lei n. 9.249/1995, a Medida Provisória n. 2.158-35 e a Instrução Normativa n. 213/2002, quanto atualmente, com o regime estabelecido pela Lei n. 12.973/2014 e a Instrução Normativa n. 1.520/2014, fora adotada a possibilidade de creditamento dos tributos pagos no exterior como medida unilateral para evitar a dupla tributação. Tal creditamento alcança, no caso das controladas, independentemente de sua localização, e coligadas que estejam localizadas em paraísos fiscais ou países com regime de tributação favorecida, alcançará tanto os tri-

butos pagos sobre os lucros da sociedade no exterior quanto os tributos pagos na distribuição de dividendos para a investidora brasileira. Já no caso de coligadas localizadas fora de paraísos fiscais e países com regime de tributação favorecida, considerando que somente haverá tributação no momento da distribuição dos lucros, o crédito estará limitado aos tributos pagos sobre os lucros distribuídos.

Tal creditamento, em regra, está limitado ao valor do IRPJ e da CSLL devidos no Brasil em razão do reconhecimento dos rendimentos do exterior, não havendo possibilidade de aproveitamento dos tributos que excedam tal montante.

Contudo, em situações excepcionais em que a investidora brasileira esteja em situação de prejuízo, o qual é mantido após o reconhecimento dos lucros auferidos no exterior, ou na qual possua lucro real e base de cálculo da CSLL inferiores aos resultados auferidos no exterior, há possibilidade de aproveitamento dos impostos pagos no exterior em exercícios subsequentes.

Tais possibilidades estão previstas no art. 87 da Lei n. 12.973/2014 e eram também estabelecidas pelo regime anteriormente vigente. Contudo, ao regulamentar tais dispositivos, a Receita Federal do Brasil, tanto na Instrução Normativa n. 213/2002 quanto atualmente na Instrução Normativa n. 1.520/2014, estabeleceu limites e restrições ao aproveitamento dos créditos que não foram disciplinadas pelas Leis que regulamentam a matéria.

Essas limitações decorrem do fato de que o cálculo do imposto passível de aproveitamento em exercícios futuros deverá ser realizado tomando-se por base a alíquota do IRPJ, no total máximo de 25% (vinte e cinco por cento), sendo 15% (quinze por cento) referente à alíquota geral e 10% (dez por cento) referente ao adicional, nas hipóteses em que aplicável. Não é permitido, portanto, o cálculo do montante decorrente da alíquota da CSLL, de 9% (nove por cento).

Tal limitação, no âmbito do regime estabelecido pela Instrução Normativa n. 213/2002 poderia ser justificado pelo fato de que a Lei regulamentada por esta referia-se tão somente à tributação dos lucros auferidos no exterior pelo IRPJ, sendo a sua sujeição à CSLL prevista em dispositivo distinto, o qual não fora regulamentado pela Instrução Normativa n. 213/2002.

No caso da Instrução Normativa n. 1.520/2014, por sua vez, verifica-se situação diversa, uma vez que a Lei n. 12.973/2014, regulamentada pela norma, estabelece a tributação dos lucros auferidos no exterior tanto pelo IRPJ quanto pela CSLL.

Como decorrência dessa limitação, há possibilidade de que os lucros auferidos no exterior sejam submetidos a dupla tributação, uma vez que, no caso dos prejuízos, o reconhecimento dos resultados do exterior implica redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL, os quais, pelas normas vigentes, são passíveis de aproveitamento em exercícios futuros, resultando um efeito de 34% (trinta e quatro por cento) de dedução de lucros futuros. Ou seja, o reconhecimento do resultado do exterior no ano 1 resulta em uma redução do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da CSLL que seria passível de aproveitamento nos anos subsequentes, com efeito de 34% (trinta e quatro por cento), en-

quanto o imposto pago no exterior não aproveitamento no ano 1 e passível de aproveitamento nos anos subsequentes será calculado com base na alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Contudo, não há base para imposição da referida limitação na Lei, uma vez que a Lei n. 12.973/2014 estabelece a possibilidade de creditamento do imposto pago no exterior tanto para o IRPJ, quanto para a CSLL, não trazendo tal restrição para o caso de aproveitamento em anos posteriores.

Assim, a nosso ver, a Instrução Normativa n. 1.520/2014 acaba extrapolando seu poder regulamentar e estabelecendo restrição não estabelecida em Lei, o que, em diversas ocasiões, já fora reconhecido pelo STF extrapolação de competência da Instrução Normativa, uma vez que reconhecido seu caráter de norma secundária, adstrita aos limites das Leis, Tratados e Convenções Internacionais.

Por esta razão, não se encontra fundamento para a validade dos dispositivos que limitam o aproveitamento do crédito de imposto pago no exterior em exercícios futuros, nas hipóteses em que este se mostra viável, caracterizando tal limitação extrapolação dos limites regulamentares das Instruções Normativas.

Os prejuízos decorrentes dessas regras são amenizados pelo crédito presumido concedido pela Lei n. 12.973/2014 até o ano-calendário de 2024 para o caso de controladas do setor de fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral, remanescendo, porém, para os demais setores.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Voluntário n. 16692.720872/2017-33. Quarta Câmara. Primeira Turma Ordinária. Brasília, 21 jan. 2020. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarInformacoesProcessuais/consultarInformacoesProcessuais.jsf>. Acesso em: 14 jul. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.397, de 21 de dezembro de 1987. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 22229, 22 dez. 1987.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.413, de 10 de fevereiro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2497, 11 fev. 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.429, de 14 de abril de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6497, 15 abr. 1988.
- BRASIL. Instrução Normativa n. 38, de 27 de junho de 1996. Dispõe sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 11678, 28 jun. 1996.

- BRASIL. Instrução Normativa n. 213, de 7 de outubro de 2002. Dispõe sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País. *Diário Oficial da União*: seção, Brasília, DF, p. 26, 8 out. 2002.
- BRASIL. Instrução Normativa n. 1.520, de 4 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a tributação de lucros auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 29, 8 dez. 2014.
- BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 12567 (Retificação), 31 out. 1966.
- BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 dez. 1976.
- BRASIL. Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 25283, 23 dez. 1988.
- BRASIL. Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2230, 27 dez. 1995.
- BRASIL. Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 29432, 11 dez. 1997.
- BRASIL. Lei n. 12.973, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição – RTT, instituído pela Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas; altera o Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 4.506, de 30 de novembro de 1964, 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 9.656, de 3 de junho de 1998, 9.826, de 23 de agosto de 1999, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.893, de 13 de julho de 2004, 11.312, de 27 de junho de 2006, 11.941, de 27 de maio de 2009, 12.249, de 11 de junho de 2010, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.716, de 21 de setembro de 2012, e 12.844, de 19 de julho de 2013;

e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 14 maio 2014.

BRASIL. Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001. Altera dispositivos da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2001.

BRASIL. Medida Provisória n. 627, de 11 de novembro de 2013. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; revoga o Regime Tributário de Transição – RTT, instituído pela Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009; dispõe sobre a tributação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, com relação ao acréscimo patrimonial decorrente de participação em lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas e de lucros auferidos por pessoa física residente no Brasil por intermédio de pessoa jurídica controlada no exterior; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 nov. 2013.

BRASIL. Medida Provisória n. 1.858-10, de 26 de outubro de 1999. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social – Cofins, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 27 out. 1999.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social – Cofins, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 26, 24 ago. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588. Relatora Mina. Ellen Gracie, 10 abr. 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 fev. 2014, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur254131/false>. Acesso em 14 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 531. Relator Min. Celso de Mello, 11 dez. 1991. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 abr. 1992, p. 4288 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur117074/false>. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 365. Relator Min. Celso de Mello, 7 nov. 1990. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 mar. 1991, p. 2645 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur35789/false>. Acesso em: 14 jul. 2022.

BRAUNER, Yariv; DAVIS, Christine A. Controlled Foreign Company Legislation in the United States. In: KOFLER, Georg *et al.* *Controlled Foreign Company Legislation*. Amsterdã: IBFD, 2020, p. 833-858.

- DEVEREUX, Michael P. Taxation of Outbound Direct Investment: Economic Principles and Tax Policy Considerations. *Oxford Review of Economic Policy*, 2008, p. 698-719.
- NEDER, Marcus Vinicius; SARAIVA, Telírio Pinto. Imposto pago no exterior: tratamento do crédito no cenário de prejuízo da investidora brasileira. In: *Temas atuais em tributação internacional – Brasil 2020*. São Paulo: Trench, Rossi, Watanabe, 2020.
- NETO, Luís Flávio. A tributação brasileira dos lucros de empresas controladas residentes em países com acordos de bitributação. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de; DUARTE FILHO, Paulo César Texeira (Org.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 231-250.
- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O Novo Regime de Tributação em Bases Universais das Pessoas Jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: velhas questões foram resolvidas? *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética, n. 33, p. 413-442, 2015.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- SANTOS, Ramon Tomazela. A Ação 3 do Projeto BRPS e o regime brasileiro de tributação em bases universais na Lei n. 12.973/2014. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 15, n. 88, p. 99-115, jul./ago. 2017.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Controlled Foreign Company Legislation in Brazil. In: KOFLER, Georg *et al.* *Controlled Foreign Company Legislation*. Amsterdã: IBFD, 2020, p. 107-130.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Capítulo 18 – Tributação internacional e o direito interno. In: *Tributação internacional e o direito interno*. Porto Alegre: Lex Magister, 2018, p. 510-519.
- VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part I). *Intertax*, 1988, p. 216-229.

The Concept of Options Realistically Available in Transfer Pricing upon the Delineation Rule vis-à-vis Article 9 of Double Taxation Treaties and Tax (Un)Certainty

Luís Eduardo Schoueri
Bruno Fettermann

Abstract

This paper contends that the undetermined concept of ‘options realistically available’, used in OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations leads to relevant breaches of the principle of legal certainty and of the arm’s length standard.

Keywords: Options Realistically Available. OECD Transfer Pricing Guidelines. Tax Certainty. Arm’s Length Standard.

1. Introduction

The OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECD Transfer Pricing Guidelines) 2010 update introduced the expression ‘options realistically available’ when referring to the delineation of transactions to be controlled by transfer pricing rules inspired by the arm’s length standard (ALS). In general terms, the controlled transaction must be delineated to reflect its actual economic reality taking into account not only functions, risks and assets employed but also how an independent party would carry out such a transaction considering ‘options realistically available’. This assumes that an independent party would always opt for the most efficient transaction from an economic perspective.

In this context, the economically relevant circumstances to accurately delineate the actual controlled transaction may be, according to OECD Transfer Pricing Guidelines: (i) contractual terms of the transaction; (ii) the functions performed by each of the parties to it (taking into account assets used and risks assumed); (iii) the characteristics of property transferred or services provided; (iv) the economic circumstances of the parties and of the market in which they operate; and (v) the business strategies pursued by the parties¹.

This list of economically relevant characteristics, however, is solely exemplificative. In general, the OECD Transfer Pricing Guidelines state that the transactions’ characteristics will be considered as economically relevant circumstances if

¹ OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, 2022, par. 1.12.

they would have been taken into account by independent enterprises when evaluating the terms of the same transaction if it occurred between them².

The OECD Transfer Pricing Guidelines suggest that independent enterprises would compare the other options realistically available to them when evaluating the terms of a potential transaction. This idea relies on the economic ratio according to which independent enterprises would only carry out a transaction if it would not be expected to disadvantage them more than their next best option³.

Under the delineation rule, tax authorities are authorized to disregard transaction 'A' and replace it for alternatives that go from 'B' to 'Z' provided that all of them are 'options realistically available'⁴. In this sense, it is uncertain when tax authorities are exactly authorized to replace or recharacterize a transaction engendering a first indetermination (i.e., indetermination of a normative hypothesis) and which option realistically available shall be elected and effectuating a second indetermination (i.e., indetermination of the legal consequence).

This matter as will be seen in Section 2 may lead to tax contentious. Subsequently, Section 3 discusses whether the delineation rule relying on the application of the ORA contains a deleterious option to materialize the ALS and, as such, may neither be compliant with Article 9 of Double Taxation Treaties nor with the principle of legal (tax) certainty.

2. Some examples of the tax contentious related to the delineation rule based on the ORA concept

Concretely, the delineation (and recharacterization) of controlled transactions based on other realistically alternatives was addressed in practice with the judgment of the case *Norway vs. Hess Norge* upheld by the Gulating Court of Appeals in 2017. Thereupon, tax authorities considered that independent parties would not have renegotiated a loan before the maturity to increase interests when delineating a loan agreement that had been renewed by the taxpayers to increase the interest due by Hess Norge. The judging panel maintained the tax assessment despite the narrative construed by the taxpayer to show the economic rationality⁵.

Spanish tax authorities subsequently took a similar position that has, however, been rejected by Spanish Supreme Court in the case *Spain vs. Peugeot Citroen*

² OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, 2022, par. 1.37.

³ OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, 2022, par. 1.38.

⁴ FLAVIO NETO, Luís. Manifesto por preços de transferência em conformidade com a Constituição: opções realisticamente disponíveis e a "suave perda da liberdade". In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz *et al.* (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri por ocasião de seus 20 anos como Professor Titular em Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: IBDT, 2023, p. 515-528 (525).

⁵ NORWAY. Court of Appeal, *Norway vs Hess Norge AS*, May 2017.

*Automobiles*⁶. The Spanish company acquired an investment in an Argentinean company (recently acquired from a related entity) and afterwards deducted impairment losses arising from the conversion of loans into capital granted to the entity by other related parties. The loans had been acquired by the Spanish taxpayer. Spanish tax authorities recharacterized the transaction on the grounds that such loans would not have taken place between independent parties as that would be irrational from an economic perspective.

The Spanish Supreme Court, on the other hand, cancelled the tax assessment considering that (i) it was not possible to disregard transactions actually carried out between related parties that could be attributed a market value; (ii) it would have been necessary in this case to apply a general internal anti-abuse clause to carry out this reclassification; and (iii) it was unacceptable to consider that the loans had no market value since economic reality demonstrates that even insolvent credits have an active market in which they can be sold.

Finally, in April 2010, a Roche group entity acquired the entire share of capital of an Israeli company, Medingo Ltd., and the investee entered into three inter-group agreements including the exploitation of intellectual property three months after doing so. In 2013, Medingo terminated its operation in Israel, and the intellectual property was sold to Roche. In this context, tax authorities recharacterized the transaction and considered the intangibles had already been transferred to Roche in 2010. The court decided in favour of Medingo and quoted paragraphs 1.142 and 1.146 of the OECD Transfer Pricing Guidelines to stipulate that this shall not be a case of recharacterization. Additionally, the taxpayer had proven similar transactions had also been conducted between other unrelated parties⁷.

While these concrete cases are sufficient for showing that the ORA may lead to different outcomes, it is interesting to note that courts have not discussed whether its application is still within the scope of the ALS. Accordingly, it could reasonably be claimed that the ALS – as included in more than 3,000 tax treaties – concerns pricing a concrete transaction which seems far from completely discarding the transaction. Furthermore, it does not seem that the compatibility of the ORA with legal certainty has yet been discussed by courts. Both issues are presented in the following section.

3. The incompatibility of the delineation norm relying on the undetermined terms of ‘options realistically available’ vis-à-vis ALS and tax certainty

Besides entailing an undetermined concept of which the application by taxpayers and tax authorities may lead to different results, as seen in the cases re-

⁶ SPAIN. Spain vs. Peugeot Citroen Automobiles, Supreme Court, Case No. 58/2015, May 2016.

⁷ ISRAEL. Israel vs. Medingo Ltd, District Court, Case No. 53528-01-16, May 2022.

ferred to above, the expression ‘options realistically available’ may be criticized due to the fact that it is incompatible with the text of Article 9 of double taxation treaties.

Article 9 (1) of OECD Model Convention to Avoid Double Taxation of Income (CMOECD) states that, with transactions carried out between related enterprises, ‘any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly’⁸. Based on this excerpt, Article 9(1) of the CMOECD allows adjustments that increase the taxable base of a given entity that has inappropriately reduced its profits through operations with related parties⁹. Although there are those who argue that the scope of the article would be limited to increases in the tax base in cases when there is an undue reduction through intragroup transactions, the provision embraces the arm’s length principle more broadly. Therefore, the text reproduced above may be interpreted also as preventing domestic rules to deny deductibility of payments made in arm’s length conditions¹⁰.

Scholars also contend that the provision of Article 9 is related to Article 7 (1) of the CMOECD since both deal with situations in which there is an artificial allocation of profits between dependent companies¹¹.

Nonetheless, the text stipulated by Article 9 (1) of the CMOECD does not seem to justify any recharacterization of the controlled transaction. Indeed, the ALS has been construed as a legal standard originally conceived to determine the price that independent parties would have agreed, taking into consideration the conditions made or imposed in their commercial or financial relations.

Stated otherwise, the ALS refers to pricing a transaction considering independent standards. Accordingly, the text of Article 9 (1) states that ‘profits’ are to be included in the taxable base. Note, however, that such ‘profits’ are those that would have accrued to one of the enterprises should the conditions made or imposed not have been different from those negotiated according to the ALS. Thus, the conditions of a transaction may be disregarded (or adjusted) in order to determine an ALS profit. Nevertheless, nothing indicates that a transaction may be replaced by another.

⁸ OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

⁹ IBARROLA, Aitor Navarro. Consideraciones de Política Fiscal sobre la Propuesta Globe de Tributación Mínima (Pilar 2) y su Implementación. *Crónica Tributária*, n. 179/2021, p. 63-91 (82).

¹⁰ SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira. Contribuição ao estudo das regras de subcapitalização: análise da proposta do Plano de Ação 4 em contraponto às regras brasileiras. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 6, 2019.

¹¹ IBARROLA, Aitor Navarro. Consideraciones de Política Fiscal sobre la Propuesta Globe de Tributación Mínima (Pilar 2) y su Implementación. *Crónica Tributária*, n. 179/2021, p. 63-91 (82).

Even the 2017 commentaries on CMOECD clearly stipulate that Article 9 ‘deals with adjustments to profits¹²’ enabling the tax authorities of a contracting state to ‘re-write the accounts of the enterprise [...] for the purpose of calculating tax liabilities of associated enterprises’. Note that the abovementioned excerpt makes no reference to some kind of structural adjustment and evidently restricts the scope of Article 9 to the rewriting of accounts for calculating the taxes due, i.e., to pricing adjustments.

Even the United Nations, upon the issuance of the first edition of the UN Practical Manual for Developing Countries, used to exemplify reasonable transfer pricing adjustments to be carried out in order to reach an arm’s length price, and no reference is made to structural adjustments thereunder¹³.

Besides that, the OECD had taken the position in previous TP guidelines editions that the controlled transaction would have to be considered, and the ALS would encompass price adjustments to reach an arm’s length price under the transaction undertaken. The OECD did not even refer to a ‘delineation rule’ or the possibility of recharacterizing the controlled transaction – which used to state that by seeking to adjust profits by reference to the conditions which would have obtained between independent enterprises in comparable transactions and comparable circumstances, the arm’s length principle follows the approach of treating the members of a MNE group as operating as separate entities rather than as inseparable parts of a single unified business¹⁴ which once again reaffirms that transfer pricing adjustments shall be carried out considering the actually undertaken transaction.

At that time, the OECD posited that the arm’s length price is that which would have been agreed between unrelated parties involved in the same or similar transactions under the same or similar conditions on the open market¹⁵ (comparable transactions and similar circumstances).

The definition of the arm’s length proposed by the OECD was understood to entail six main elements¹⁶ with all of them placing emphasis on the transactional approach of the TP methods:

- 1) Transactional analysis: The arm’s length price must be established from an identified transaction (or a group of related transactions). In this con-

¹² OECD. Commentaries on the Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, p. 226.

¹³ UN. UN Practical Manual for Developing Countries, par. 6.2.2.5 and 6.2.2.6., 2013.

¹⁴ OECD. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administrations, 2009, OECD Publishing, Paris, p. 27.

¹⁵ OECD. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinationals Enterprises and Tax Administrations, 2009, OECD Publishing, Paris, p. 27-28.

¹⁶ MAISTO, Guglielmo. General Report, International Fiscal Association, Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. I. XXCIIa, Deventer: Kluwer, 1992, p. 19-75 (25-29).

text, methods fail to comply with the ALS if they omit the transactions themselves, beginning with apportionments of global results.

- 2) Comparison (or similarity): The transaction identified (or the identified group of transactions) must be compared with another similar or identical transactions, hypothetical or real, with identical or similar characteristics.
- 3) Private law regime for the controlled contract: The arm's length price must take into account legal obligations assumed by the contracting parties and, therefore, the legal effects of the transaction cannot be disregarded. This seems relevant for concluding that what is known as 'transactional adjustments' would not be possible, i.e., there would be no possibility to disregard the transaction that actually happened and replace it with another that could have occurred¹⁷.
- 4) Open market characteristics: The arm's length price must be based on market conditions and thus reflect normal commercial practices.
- 5) Subjective characteristics: The arm's length price must take into account the particular circumstances that characterize the transaction.
- 6) Functional analysis: The determination of the arm's length price must take into account the functions performed by the associated companies.

Nevertheless, upon the issuance of the TP Guidelines, the OECD opined differently to suggest that the recharacterization of a controlled transaction considering options realistically available would be within the scope of transfer pricing adjustments admitted by Article 9 (1) and the ALS in general. However, the specific provisions of Article 9 of the double taxation treaties already existing are exactly the same.

As may be concluded, this reveals the OECD's ambulatorial position regarding the interpretation of the Article 9 of the CMOECD and the materialization of the ALS raises reasonable doubt on the credibility of this international organization for scholars¹⁸ and the international community. The frequent change of its position would strengthen the arguments to relativize the OECD's position on interpreting double taxation treaties¹⁹ and proposing domestic tax rules.

In the case at hand, Article 9 of the MOECD had no amendments; thus the normative text itself does not give rise to possible changes of interpretation. Correspondingly, the changes to the commentaries to Article 9 and on the TP Guidelines neither comprise the means to broaden the interpretation of such disposi-

¹⁷ WITTENDORE, Jeans. *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*. Austin, Boston: Walter Kluwer, 2010, p. 151.

¹⁸ ROMYN, Marcel. Editorial – Changes to OECD Commentary may affect its credibility. *Intertax* 1994/11, p. 470-472.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 412.

tion nor close any loopholes in it. There is also no evidence that the states' practices have evolved over the years to justify such a change of the OECD's position. As a result, the latter is truly a reversal of position that it had previously assumed. This kind of alteration not only undermines its credibility as an international organization constituting soft law but also negatively affects the abovementioned legal (tax) certainty.

4. Conclusions

It can therefore be concluded that, when a state adopts the delineation of a transaction, it is factually incompatible with the original scope of Article 9 of its treaties. Although such delineation has been accepted in the most recent TP Guidelines, this was not within the original scope of the treaties which would only admit pricing adjustments but not transaction adjustments. In spite of the OECD's efforts to consider this procedure acceptable, it can reasonably be argued that changes in the commentaries are not enough to change the scope of tax treaties. Parliaments are entitled to have their original intent respected.

References

- IBARROLA, Aitor Navarro. Consideraciones de Política Fiscal sobre la Propuesta Globe de Tributación Mínima (Pilar 2) y su Implementación. *Crónica Tributária*, n. 179/2021, p. 63-91.
- ISRAEL. Israel vs. Medingo Ltd, District Court, Case No. 53528-01-16, May 2022.
- MAISTO, Guglielmo. General Report, International Fiscal Association, Transfer Pricing in the Absence of Comparable Market Prices. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. I. XXCIIa, Deventer: Kluwer, 1992, p. 19-75.
- NETO, Luís Flavio. Manifesto por preços de transferência em conformidade com a Constituição: opções realisticamente disponíveis e a “suave perda da liberdade”. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz *et al.* (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri por ocasião de seus 20 anos como Professor Titular em Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: IBDT, 2023, p. 515-528.
- NORWAY. Court of Appeal, Norway vs Hess Norge AS, May 2017.
- OECD. Commentaries on the Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, p. 226.
- OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.
- OECD. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Paris: OECD Publishing, 2022.
- ROMYN, Marcel. Editorial – Changes to OECD Commentary may affect its credibility. *Intertax* 1994/11, p. 470-472.

- SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira. Contribuição ao estudo das regras de subcapitalização: análise da proposta do Plano de Ação 4 em contraponto às regras brasileiras. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 6, 2019.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013.
- SPAIN. Spain vs. Peugeot Citroen Automobiles, Supreme Court, Case No. 58/2015, May 2016.
- UN. UN Practical Manual for Developing Countries, 2013.
- WITTENDORF, Jeans. *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*. Austin, Boston: Walter Kluwer, 2010.

Desafios da Adoção Inicial do Novo Regime de Preços de Transferência: Notas sobre o Caso dos Intangíveis

Luís Flávio Neto

Doutor e Mestre em Direito Tributário pela USP. Professor e Coordenador do Mestrado em Direito Tributário Internacional do IBDT. Ex-Conselheiro Titular da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF. Sócio da área tributária do KLA Advogados.

Victor Borges Polizelli

Doutor e Mestre em Direito Tributário pela USP. Graduado em Contabilidade pela USP. Professor do Mestrado em Direito Tributário Internacional do IBDT. Coordenador do Curso de Especialização em Tributação Internacional do IBDT. Sócio da área tributária do KLA Advogados.

1. Introdução

Este artigo aborda um dos desafios da adoção inicial da legislação brasileira de preços de transferência: como lidar com os ativos intangíveis já existentes e transacionados?

Ativos intangíveis como patentes, marcas, segredos industriais, *know-how* estão no coração da economia moderna. Eles são geralmente invisíveis, difíceis de mensurar, mas altamente valiosos, especialmente entre os grupos multinacionais que cada vez mais dependem de inovações para criar diferenciais competitivos. Não obstante, a natureza intangível e subjetiva desses ativos representa um enorme desafio para as regras tributárias e para a determinação de preços justos em transações internacionais.

A Lei n. 14.596/2023 representa um passo crucial para o Brasil ao buscar o alinhamento com as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre preços de transferência. Isso não apenas pode promover uma justiça fiscal mais robusta, mas também facilitar a integração do Brasil ao cenário internacional.

Os preços de transferência têm por objetivo garantir que os lucros sejam alocados de forma justa entre as jurisdições, evitando a manipulação de preços em transações entre partes relacionadas, algo que pode levar à transferência artificial de lucros para locais de menor tributação. No entanto, quando esses preços envolvem intangíveis, a complexidade se eleva: o valor desses ativos pode variar consideravelmente, sendo difícil de prever e de comparar com transações similares entre partes independentes.

As presentes notas exploram *nuances* da transição entre o antigo e o novo regime, destacando as novas regras aplicáveis aos intangíveis, inclusive considerando a hipótese dos chamados intangíveis de difícil valoração. Em especial, o texto aponta questões quanto à irretroatividade das referidas regras a operações realizadas antes da vigência da Lei n. 14.596/2023.

2. A evolução do regime de preços de transferência no Brasil

2.1. A Lei n. 9.430/1996: o antigo regime brasileiro de preços de transferência

A Lei n. 9.430/1996 foi a primeira tentativa do Brasil de regular os preços de transferência em operações entre partes relacionadas, buscando impedir a erosão da base tributária. Ela introduziu métodos como o Preço Independente Comparado (PIC), o Preço de Revenda Menos Lucro (PRL) e o Custo de Produção Mais Lucro (CPL). Esses métodos baseavam-se em margens de lucro predeterminadas, criando uma abordagem prática e direta para a determinação do valor de transações internacionais.

Embora inovadoras, essas regras apresentavam limitações significativas, especialmente quando aplicadas aos intangíveis, que exigem uma flexibilidade que esses métodos não ofereciam. Ao aplicar margens fixas e métodos rígidos, o valor de muitos ativos acabava sendo subvalorizado ou distorcido. Isso era particularmente evidente em operações que envolviam o licenciamento de marcas e a transferência de *know-how*, onde a contribuição econômica era muito maior do que aquela refletida pelas margens fixas.

Além disso, as deduções referentes a *royalties* e pagamentos por assistência técnica eram restritas a percentuais fixos que, muitas vezes, não refletiam a realidade do mercado. Essas limitações acabavam impondo barreiras para o crescimento e inovação das empresas brasileiras, que tinham dificuldades em justificar deduções, além de estarem submetidas à burocracia do registro compulsório junto ao INPI e ao Banco Central.

2.2. A revolução da Lei n. 14.596/2023: um novo regime de preços de transferência e o desafio dos intangíveis

Com a Lei n. 14.596/2023, o regime de preços de transferência foi reformulado com vistas a modernizar a abordagem brasileira e alinhá-la com as práticas internacionais recomendadas pela OCDE, levando-se em consideração funções desempenhadas, os riscos assumidos e os ativos utilizados por cada entidade do grupo multinacional para que sejam recompensadas adequadamente (*princípio arm's length*).

A nova lei oferece uma gama de métodos para valoração das transações entre partes vinculadas, cada um com suas especificidades e adequações. Cada método será escolhido de acordo com as características específicas da transação. Entre esses métodos, destacam-se três:

- 1) Método do Preço Independente Comparado (PIC): embora pareça ser um método preferencial, a aplicação desse método a intangíveis pode ser desafiadora, já que ativos como patentes e marcas frequentemente têm características únicas e não possuem comparáveis diretos. Mesmo assim, o

PIC é um excelente ponto de partida quando se trata de intangíveis padronizados, como licenças de *software*.

- 2) Método da Margem Líquida da Transação (MLT): utilizado quando não há comparáveis diretos, mas é possível calcular uma margem aceitável para a atividade realizada. No caso, a margem de lucro é determinada com base na função desempenhada e nos riscos assumidos. Esse método pode ser particularmente apropriado para situações em que se licencia *know-how* ou se transfere assistência técnica.
- 3) Método da Divisão do Lucro (MDL): este método é especialmente relevante para casos em que cada parte contribui significativamente para o desenvolvimento do intangível e procura assegurar que os lucros sejam repartidos proporcionalmente às contribuições e aos riscos efetivos assumidos pelas partes.

Nessa análise, a mera titularidade formal dos intangíveis tem menor importância, promovendo-se uma abordagem holística com o chamado “Teste DAMPE”, para concretizar o princípio *arm’s length*. Aplicável especialmente aos intangíveis, esse acrônimo representa um exame que leva em consideração as entidades do grupo que tenham atuado no desenvolvimento, aprimoramento, manutenção, proteção e exploração dos intangíveis transacionados, buscando alocar os rendimentos entre as entidades do grupo multinacional.

Para entender como o Teste DAMPE funciona na prática, considere o exemplo de uma empresa brasileira que desenvolve uma nova fórmula cosmética. A subsidiária no Brasil assume os custos iniciais e os riscos do desenvolvimento, realizando pesquisas e testes laboratoriais. Posteriormente, essa fórmula é aprimorada e transformada em um produto comercializável por outra subsidiária do grupo localizada nos Estados Unidos, que investe em ensaios clínicos adicionais, *branding* e marketing. Posteriormente, esse intangível é enviado a uma terceira jurisdição para a sua exploração econômica.

No caso, o Teste DAMPE permitiria atribuir valor a cada estágio da criação, refletindo a contribuição de cada entidade e atribuindo à respectiva jurisdição a possibilidade de tributar a renda correspondente. No caso, o teste DAMPE permitiria uma avaliação detalhada para determinar qual parte do lucro resultante deve ser atribuída à subsidiária brasileira e qual deve ser destinada às subsidiárias estrangeiras. Ou seja, ao considerar funções como o desenvolvimento inicial, aprimoramento, promoção do produto e outras atividades, o teste DAMPE propõe uma atribuição de lucros que reflita os esforços e riscos assumidos por cada entidade.

2.3. Um desafio ainda maior: intangíveis de difícil valoração e pagamentos contingentes

Os intangíveis de difícil valoração são aqueles cujo valor é difícil de determinar no momento da transação. Isso acontece, em grande parte, devido à ausência

de comparáveis diretos e ao caráter inovador e incerto do ativo. Novas tecnologias, patentes em fase experimental ou projetos de pesquisa científica em desenvolvimento são exemplos clássicos desses intangíveis.

A legislação brasileira agora permite que, quando há incerteza significativa sobre o valor do ativo, sejam feitos “pagamentos contingentes”. Isso significa que, se o valor efetivo do ativo se mostrar maior do que o inicialmente estimado, pode ser feito um ajuste subsequente para alinhar o preço pago com o valor real. Essa abordagem é extremamente benéfica, pois evita subvalorizações que poderiam resultar em um pagamento injusto de tributos.

Essa possibilidade de realizar ajustes *ex post* representa uma inovação importante, mas também um desafio para assegurar que as empresas não sejam sobrecarregadas com obrigações fiscais inesperadas. Para mitigar isso, a nova lei estabelece uma margem de tolerância de até 20%. Caso a diferença entre o valor estimado e o valor efetivo obtido fique abaixo desse limite, nenhum ajuste será exigido. Isso cria uma espécie de zona de segurança que visa proteger os contribuintes e garantir que os ajustes só sejam feitos em situações em que a diferença seja significativa e justificada.

Além disso, os ajustes *ex post* são cruciais para assegurar que as partes recebam uma remuneração justa, condizente com os riscos e os investimentos feitos, ao mesmo tempo em que preserva a segurança jurídica, um dos princípios fundamentais para que as empresas tenham previsibilidade em suas operações e possam planejar suas atividades econômicas de forma sustentável.

3. Eficácia temporal e limitações à retroatividade na adoção inicial do novo regime de preços de transferência

O princípio da irretroatividade da legislação tributária é uma salvaguarda importante para a estabilidade das relações entre o fisco e os contribuintes. De acordo com esse princípio, novas regras não podem ser aplicadas retroativamente. Assim, as transações realizadas antes de 2024, mesmo que envolvam intangíveis, deveriam ser tratadas de acordo com as normas vigentes à época dos fatos.

Um ponto que pode suscitar controvérsias, por exemplo, é a aplicação de pagamentos contingentes para transações ocorridas antes da promulgação da nova lei, mas que possam ter os seus efeitos projetados por longo período. Embora a regra seja clara quanto à irretroatividade, existe a preocupação de que ajustes possam ser exigidos caso sejam identificadas discrepâncias significativas em relação ao valor real obtido com o ativo. A Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, por exemplo, orienta que, se houver efeitos práticos após a vigência da lei, pagamentos contingentes poderiam ser aplicados, desde que relacionados a situações excepcionais e bem justificadas. Mas seria isso válido em face dos princípios da irretroatividade e da segurança jurídica?

4. Considerações finais: desafios e perspectivas para o novo regime

A adoção das novas regras de preços de transferência, conforme a Lei n. 14.596/2023 e a Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, representa um avanço significativo para o sistema tributário brasileiro. Com uma abordagem mais alinhada às práticas internacionais, o Brasil caminha para uma maior conformidade e uma tributação mais justa, principalmente no que se refere aos ativos intangíveis.

Os desafios da implementação são reais. As empresas precisarão reavaliar seus processos, treinar suas equipes e garantir que a documentação exigida seja produzida de forma completa e precisa. As autoridades fiscais, por sua vez, precisarão ser claras em suas orientações e proporcionar um ambiente de diálogo, promovendo uma transição que não seja apenas uma mudança de normas, mas uma mudança de cultura.

Este novo capítulo dos preços de transferência no Brasil visa criar um ambiente mais justo, competitivo e integrado ao cenário internacional, onde a inovação seja valorizada e a tributação ocorra de maneira proporcional e justa. O sucesso da implementação dessas normas dependerá da capacidade de colaboração entre as empresas e as autoridades fiscais, sempre buscando um equilíbrio entre o rigor da fiscalização e a previsibilidade necessária para os negócios prosperarem.

Tributação da Economia Digital: Apontamentos sobre a Experiência Internacional e Reforma Tributária no Brasil

Marcelo Salles Annunziata

Bacharel em Direito pela USP. Especialista em Processo Civil pela PUC.

Mestre em Direito Tributário pela USP. Professor de cursos preparatórios para concursos públicos. Autor de diversos estudos e trabalhos na área tributária. Advogado.

Sócio de Demarest Advogados. *E-mail*: mannunziata@demarest.com.br.

Breve introdução ao tema e objeto de estudo

Um dos temas mais atuais e polêmicos envolvendo a tributação diz respeito à chamada “economia digital”, com os seus variados formatos e apresentações que usualmente dispensam presença física em uma determinada jurisdição, colocando em xeque, no âmbito da tributação internacional, os conceitos tradicionalmente fixados, como, por exemplo, de estabelecimento permanente como elemento de conexão.

Trata-se assim de atividades e negócios que são realizados em ambiente virtual, em muitos casos com redução substancial de custos. Podem envolver ou não bens materiais, como a venda de produtos em geral, ou imateriais ou intangíveis, como marcas, *softwares* que são simplesmente baixados (não havendo mais conteúdo físico), nuvens que contêm toda forma de arquivos etc.

No âmbito brasileiro, a importância da discussão do tema é ainda mais relevante, tendo em vista a recente aprovação da reforma tributária, com a criação de dois IVAs (CBS no âmbito federal e IBS para estados/municípios) que, em tese, solucionará muitos dos problemas de sobreposição de tributos (ICMS, ISS, PIS/Cofins), eliminando diversos dos contenciosos atualmente existentes, e ainda que a solução vá se aplicar apenas no âmbito interno, serve como parâmetro para eventual tributação internacional.

Vale lembrar que o Governo brasileiro também recentemente aprovou a Lei n. 14.790 para regulamentar a tributação das empresas de apostas, as chamadas “BETS”, que atuavam no Brasil sem qualquer tributação exatamente por não estarem estabelecidas no País, operando por meio de *sites* localizados no exterior. Dita lei visa obrigar que as empresas abram estabelecimentos no Brasil e aqui sejam normalmente tributados.

Outras empresas mundialmente famosas que operam o comércio eletrônico, como Aliexpress, Shopee, que também inicialmente não tinham representação no Brasil, e isso gerava evasão tributária, passaram a operar no Brasil, muito também por meio de construção e operação de centros de distribuição perto dos grandes centros urbanos. Tanto é verdade que, atualmente, nas propagandas feitas por essas empresas, elas apontam como diferencial que o produto que será

adquirido já se encontra nacionalizado e será entregue de forma rápida e sem custos separados, como se daria em uma importação.

No âmbito internacional, além do Brasil, é problema corrente de todos os países regular e fazer funcionar a contento a tributação da economia digital, sendo que no presente estudo tentar-se-á discutir algumas ideias de tornar essa tributação justa, considerando as ferramentas disponíveis.

I. Tributação internacional da economia digital

Um dos assuntos mais fascinantes nos últimos anos é decifrar e interpretar a legislação tributária em face das velozes mudanças nas tecnologias que nos trazem várias atividades praticadas de forma digital e que por vezes não contam com regulamentação nas leis tributárias.

Se já é bastante complexa a discussão interna de cada País sobre a forma de tributar a economia digital, imagine quando essa nova atividade, exatamente pelo fato de transcender e não ter limites de fronteiras, poder ser realizada de qualquer ponto do território mundial via internet e atingir consumidores localizados também em qualquer lugar.

A pergunta é: como e onde se tributa essa empresa que pratica a atividade digital? A sede da empresa pode estar em qualquer lugar, incluindo paraísos fiscais, sem qualquer tributação, e atingir pessoas em qualquer país disponibilizando diversas modalidades de pagamento (até por meio de criptomoedas que não têm qualquer regulamentação na maior parte dos casos).

Na tributação internacional, existem diversos elementos de conexão para que se possa atingir uma tributação justa da atividade e da empresa que a pratica.

Na tradição do direito internacional e dos tratados dos países da OCDE, define-se o que seria estabelecimento permanente para fins de tributar a atividade no país de consumo do produto/serviço com a ideia de unidade fixa (física) de negócios em um determinado território. Assim, havendo o estabelecimento físico, está resolvida a questão da tributação e se tributa no país em que esse estabelecimento está localizado.

Nas palavras de Alberto Xavier, o estabelecimento permanente seria uma fonte de produção de rendimentos, de natureza objetiva, termos utilizados pelo autor para designar o local em que é exercida a atividade, em que são utilizados os fatores de produção ou em que se situam os bens ou direitos de que provém. O mesmo autor considera o estabelecimento permanente um dos mais importantes elementos de conexão objetivos no Direito Tributário Internacional¹.

Contudo, como se sabe, no caso de atividades da economia digital, apesar de serem praticados negócios em um país, isso se dá virtualmente e não mediante um estabelecimento físico.

¹ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Dessa forma, um dos meios de se tentar compatibilizar o conceito de estabelecimento permanente constante nos tratados internacionais e vigente no modelo internacional de tributação é entender que não há que se vincular o estabelecimento permanente a uma unidade física, mas deve-se considerar apenas que há uma atividade permanente de negócios que são praticados em determinado local (mediante o atingimento de consumidores de forma regular).

Exemplos disso não faltam, como se verifica com os serviços de *streaming*, *sites* de compras, *marketplaces* etc. Quando acima citei o desenvolvimento de empresas no Brasil, tais como Aliexpress e Shopee, veja que essas empresas iniciaram as operações de modo totalmente virtual e hoje operam no Brasil por meio de diversos galpões logísticos, que já têm produtos previamente importados e que são diretamente enviados aos consumidores.

Aliás, no início da atividade desses *sites* aqui no Brasil, por exemplo, não havia nenhum elemento de conexão em termos físicos, o que inviabilizava a tributação da atividade; a única tributação que existia – e não em todos os casos – era no desembaraço aduaneiro do produto importado e comprado pelo aludido *site*.

Agora, com a existência de CNPJ das empresas no Brasil e inequivocamente com unidades de negócios físicas não há mais nenhuma possibilidade de as empresas não serem regularmente tributadas no Brasil.

Por certo, existem ainda empresas de comércio eletrônico que não se utilizam desses galpões logísticos (ou os utilizam apenas em uma ou outra operação pontual, às vezes até em parceria com alguma outra empresa já regularmente estabelecida) e que, portanto, não são regularmente cadastrados fiscalmente no Brasil e, assim, não devem estar sendo alcançadas pela tributação.

Nesse caso, podemos interpretar o conceito de estabelecimento permanente de modo a considerar que, por ter uma atividade regular de negócios no Brasil, e ainda que não formalmente vinculada a um estabelecimento físico, essa empresa seja sim tributada no Brasil, podendo ser fiscalizada e atingida pela tributação da sua renda e dos demais tributos incidentes em suas operações.

Essa suposta “flexibilização” do conceito tradicional de estabelecimento permanente é mais do que necessária para acomodar casos assim, não se admitindo que seja necessária uma alteração mais radical de todo o arcabouço legislativo interno ou internacional para que tal interpretação seja atingida. Trata-se aqui de uma técnica de interpretação sistemática e finalística, e que considera que a evolução tecnológica nesse conceito de estabelecimento permanente não está a exigir uma alteração formal.

Essa alteração formal pode ser necessária em muitos casos, mas, em nossa opinião, não nessa situação do estabelecimento permanente.

Dessa forma, pode-se considerar que, apesar de continuar a vigorar na tributação o princípio da territorialidade, o desenvolvimento da economia digital faz com que esse princípio não seja mais exclusivamente identificado com a noção física, e isso para não comprometer a viabilidade negocial das empresas digitais,

e também para evitar que ao final não haja qualquer tributação no país no qual o produto ou serviço é consumido.

Um dos grandes desafios da tributação da economia digital, portanto, é na medida do possível tentar preservar ao máximo a estrutura tributária dos estados².

Importante aqui sublinhar as importantes discussões sobre o assunto no Plano de Ação 1 do BEPS, como bem lembrado pelos autores Renato Vilela Faria, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro e Ricardo Maitto da Silveira³:

No âmbito internacional, as discussões envolvendo a tributação da economia digital têm sido concentradas particularmente na tributação sobre a renda e na necessidade de adaptação das regras de tributação internacional, a exemplo das medidas sugeridas no mencionado Plano de Ação 1 do BEPS.

As preocupações suscitadas pelo BEPS são voltadas para o risco de erosão de base tributária gerado pela alocação (artificial) de intangíveis – e das correspondentes receitas tributáveis – para países com baixa tributação, particularmente quando o modelo de negócios adotado pelas empresas permite o desenvolvimento de suas atividades sem a necessidade de presença física no território onde está localizado o mercado consumidor.

Muito também se discute acerca de que não valeria a pena instituir regimento específico para tributar a economia digital⁴:

A experiência internacional demonstra que a instituição de regras específicas para o setor digital não se mostraria adequada, na medida em que toda a economia está se digitalizando. No entanto, a existência de uma indefinição sobre o tema afeta a segurança jurídica, impede a prevenção de litígios, mantém um cenário de desequilíbrio na repartição de competência entre Estado-fonte e Estado-residência, inibe o desenvolvimento de ferramentas para resolução de controvérsias, bem como o próprio desenvolvimento de negócios que se valem de recursos tecnológicos.

Assim, verifica-se que o assunto se revela complexo e desafiador, sendo que se deve continuar a desenvolver formas eficazes de atingir tributação justa nas situações que envolvam a chamada “economia digital”.

No próximo tópico, vamos tentar explorar algumas ideias sobre o assunto.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcos Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Tributação internacional na era pós-BEPS*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 37.

³ FARIA, Renato Vilela; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; SILVEIRA, Ricardo Maitto. Os desafios da tributação dos negócios desenvolvidos na economia digital. *Consultor Jurídico*, 11 out. 2018.

⁴ GOMES, Eduardo de Paiva; DIAS, Felipe Wagner de Lima; FROTA, Phelippe Moreira Souza. A problemática da tributação da economia digital no plano internacional, *Consultor Jurídico*, 29 abr. 2019.

II. Sugestões de sistemas de tributação para evitar a evasão fiscal

Como levemente adiantado acima, uma das formas de interpretar o conceito de estabelecimento permanente é “flexibilizar” o seu conceito para considerar que basta haver uma atividade comercial regular, ainda que não representada necessariamente por um estabelecimento físico, para que seja caracterizado o elemento de conexão a permitir a tributação da atividade.

Além disso, deve a legislação ser adaptada e com o uso sempre que possível da técnica da tributação na fonte do pagamento; apesar de essa técnica ao fim e ao cabo aproximar sobremaneira a tributação da renda da tributação do consumo, é inevitável e muito útil o seu uso, visando permitir a tributação justa e evitar a erosão fiscal.

Segundo Alberto Xavier, a fonte de pagamento está associada a um critério mais objetivo, correspondente ao local a partir do qual se realiza um pagamento. Por isso, a fonte de pagamento também é chamada de fonte financeira.

Essa técnica tem papel relevante e se mostra eficaz, havendo doutrinadores que defendem amplamente a sua aplicação. Vários países também entendem e prestigiam esse formato, muitas vezes identificando que serve como forma de preservar a base tributária, sendo uma medida de compensação pela remessa de recursos ao exterior.

Ademais, como bem salientado por Luís Eduardo Schoueri, a tributação na fonte revela aspectos de justiça ao evitar uma acumulação de competência tributária sobre a residência⁵.

No Brasil, há tempos se utiliza com sucesso essa técnica de tributação, havendo inclusive vários embates administrativos e judiciais sobre o tema, às vezes com razão ao fisco, às vezes com razão ao contribuinte.

Grande parte desses embates poderá ser resolvida com a reforma tributária já aprovada no Brasil, que trataremos no próximo item.

Basta lembrar que hoje existe uma complexidade tributária enorme a incidir sobre a economia digital, com discussões, por exemplo, de tributação de *software* pelo ICMS ou pelo ISS, tributação dos serviços de nuvem e por aí vai.

Para fins de imposto de renda, no que pertine à tributação de empresas localizadas no exterior e que prestam serviços a consumidores localizados no Brasil, sempre há a exigência de retenção de imposto de renda, mesmo em caso de haver tratados para evitar a bitributação assinados entre Brasil e o país de residência da empresa que está atuando na situação.

Por vezes essa situação é levada ao Poder Judiciário, já havendo muitas decisões do Superior Tribunal de Justiça, considerando a aplicabilidade do art. 7º do Tratado e que não pode haver a retenção aqui no Brasil pelo fato de a renda não

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de renda e o comércio eletrônico. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Internet: o direito na era virtual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

poder ser tributada duplamente, já que será objeto de tributação no país de residência.

A criação de um tributo global também é levantada como possível e ideal solução para a tributação da economia digital em âmbito internacional. De fato, caso fosse estabelecida uma tributação em nível mundial, os grandes conflitos existentes hoje em dia praticamente seriam todos resolvidos.

O grande inconveniente é fazer com que os países aceitem abrir mão de sua soberania e aceitar essa submissão a um órgão internacional, tendo que adequar sua legislação interna para fazer cumprir sem desvios a tributação global. Outro inconveniente seria a forma de divisão e gerenciamento dos valores arrecados por esse tributo, e como ele seria administrado, inclusive como seria cobrado em caso de inadimplemento, possibilidades de defesa, enfim, toda a parte administrativa que teria de ser muito bem arquitetada e dividida entre as nações.

Assim, essa solução, ainda que na teoria seja ideal, tem poucas chances de vingar na prática.

III. Tributação da economia digital no Brasil à luz da reforma tributária

Aprovada a reforma tributária no Brasil, com a previsão de um IVA dual, CBS como IVA federal e IBS como IVA que abrange os estados e municípios. CBS entra no lugar de PIS e Cofins, enquanto o IBS faz as vezes do ICMS e do ISS.

Grande apelo da reforma é tornar a tributação do consumo no destino, acabando, portanto, com a chamada “guerra fiscal”, dando créditos para todas as operações, a chamada não cumulatividade plena, e com a tributação por um único tributo para toda e qualquer transação, sem mais haver a discussão se é tributo estadual (ICMS) ou municipal (ISS) em uma operação, o que, como vimos, hoje ocorre com muita frequência e gera várias contenciosos.

No que toca à economia digital, a reforma também será bastante útil para eliminar as distorções e debates hoje existentes; basta dar o exemplo do *software*, que por vezes se entende como mercadoria – tributável pelo ICMS – ou serviço – tributável pelo ISS; com a unificação haverá incidência de CBS/IBS em qualquer situação.

Desvantagem que pode ocorrer agora para o setor de tecnologia se refere a possível aumento da carga tributária, donde se espera que ao final da regulamentação a alíquota base do novo IVA chegue a quase 27%, sendo que hoje algumas atividades digitais sendo tributadas pelo ISS chegam a uma tributação de apenas 5%.

Mesmo com a outorga da não cumulatividade plena, é bem provável que em alguns casos vá haver aumento da carga fiscal.

Outros pontos relevantes a serem lembrados como efeito da reforma tributária e que vão afetar a economia digital:

- operações não tributadas anteriormente pelo ICMS ou ISS (ex.: arrendamento/locação estarão sujeitas ao IBS e à CBS, com o potencial de proporcionar créditos aos contratantes ou adquirentes pessoas jurídicas);
- IBS e CBS serão cobrados no destino ou no local do consumo, nos termos da lei complementar, o que pode resultar em dificuldade de identificação do local de destino nas operações envolvendo a economia digital;
- uma vez que a responsabilidade tributária pode recair sobre qualquer indivíduo que concorrer para a realização, execução ou pagamento da operação, inclusive não residentes, há a possibilidade de responsabilização de plataformas de tecnologia (ex.: *marketplaces*) e meios de pagamento;
- empresas de economia digital tendem a ter menos créditos, considerando que boa parte de suas despesas estão atreladas a mão de obra – possível aumento da carga tributária atual e, conseqüentemente, aumento de alíquotas e da tendência de “pejotização” das atividades.

Importante deixar claro que os pontos acima levantados, ainda que digam respeito apenas à tributação interna do Brasil, servem de atenção para mostrar as complexidades de tributar a economia digital se, como visto, já são problemáticas internamente, imagine-se no âmbito internacional.

Vale lembrar que a reforma tributária apenas mexe com a tributação do consumo, não havendo alterações na tributação da renda, que é muito do que se discute no que se refere à economia digital. Assim, as questões de estabelecimento permanente, fonte etc., tais como tratadas neste trabalho, continuam a incomodar e desafiar o aplicador do direito.

IV. Conclusões

Como visto, afigura-se um dos grandes desafios dos últimos anos em termos de tributação a economia digital com suas peculiaridades e o rápido avanço das tecnologias, que faz com que seja muito difícil que a legislação, seja interna ou internacional, consiga acompanhar os avanços.

Este trabalho procurou mostrar alguns caminhos no âmbito internacional, como a flexibilização do conceito tradicional de estabelecimento permanente, como sendo na verdade uma atividade reiterada e regular de negócios que atinge público em determinada localidade mesmo não havendo um estabelecimento físico.

Ou ainda havendo ao menos o que hoje se chama de “galpão logístico”, que nada mais é do que uma grande área, próxima dos centros urbanos, na qual se armazenam diversos itens de consumo que são entregues após uma compra feita pela internet.

A técnica de tributação na fonte ainda se mostra extremamente útil e eficaz, sendo usada por muitos países; ainda que possa se aproximar do conceito de tri-

buto sobre consumo e se afastar da noção justa de renda, revela-se como grande parte da solução e deve continuar a ser usada.

No âmbito interno do Brasil, foi recentemente aprovada a reforma tributária que, com a criação de um único imposto de consumo e que incidirá sobre toda e qualquer operação (física ou digital, envolvendo quaisquer bens, materiais ou imateriais, ou serviços), facilitará ao menos no âmbito interno a consolidação da tributação da economia digital.

No âmbito internacional, contudo, como por óbvio é muito mais difícil realizar uma reforma que seja aceita globalmente pelos países, ainda que restritos à OCDE, devem continuar a ser envidados esforços para que se tente chegar a uma solução a contento; o melhor dos mundos seria a aprovação de uma taxa global que acabasse com qualquer discussão, sendo que o problema aqui seria os países abrirem mão de suas soberanias.

Por outro lado, deve-se continuar buscando soluções que busquem equilibrar as tributações e bem distribuí-las entre os países onde estão localizados os consumidores e os países de residência das empresas que desenvolvem seus trabalhos na economia digital. Nossa função como operadores do direito é contribuir para o debate e fomentar soluções que possam vir a minimizar as celeumas que envolvem o tema.

Aquisição de Participação Societária por Investidor Estrangeiro: Análise Comparativa dos Critérios para Amortização Fiscal do Ágio com Utilização de “Empresa-Veículo” na Jurisprudência do CARF e do STJ

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

Doutoranda em Direito Tributário pela PUC-SP. Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Especialista em Tributação Internacional pelo IBDT. Conselheira da 1ª Turma da Câmara Superior do CARF. Contadora e advogada (licenciada).

Abstract

According to the Superior Court of Justice (STJ), as long as there is no evidence of artificiality in the transaction, fiscal amortization of goodwill through a “shell company” is permitted, particularly for foreign investors. At the Administrative Council of Tax Appeals (CARF), there are currently three main perspectives on this issue. The prevailing view, which allows for the amortization of goodwill as long as the “shell company” is genuine and necessary for the business, often guides the rulings. While both the STJ and CARF agree that there is no priori impediment to the fiscal amortization of goodwill using a “vehicle company,” the reasoning of the STJ is not fully aligned with the CARF judges who support the prevailing view.

Keywords: Income Tax. Goodwill. Amortization. Foreign investor. Superior Court of Justice. Administrative Council of Tax Appeals.

Introdução

Na amortização fiscal do ágio com utilização das chamadas “empresas-veículo”, a adquirente, que pode ser uma empresa localizada no Brasil ou no exterior, transfere recursos para sua controlada, situada no Brasil, por meio de integralização de capital ou constituição de dívida, para que essa adquira participação societária em empresa brasileira com ágio por expectativa de rentabilidade futura. Após a aquisição, comumente, a adquirida incorpora a adquirente, ou vice-versa, e, com a confusão patrimonial¹, surge a possibilidade de o ágio por expectativa de rentabilidade futura ser amortizado para fins fiscais à razão de até 1/60 por mês, nos termos do inciso III do art. 7º da Lei n. 9.532/1997.

Quando isso ocorre, comumente, a Receita Federal do Brasil glosa as despesas com ágio com base, principalmente, nos argumentos de artificialidade da “empresa-veículo” e ausência de confusão patrimonial entre a investida e a dita

¹ Nos termos da legislação, a confusão patrimonial pode ocorrer, ainda, por meio de eventos de fusão ou cisão.

“real investidora”, isto é, aquela que acreditou na mais valia do investimento, elaborou eventuais estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição da participação societária e desembolsou originariamente os recursos empregues. E a exigência de IRPJ e da CSLL decorrente da glosa de tais despesas, com frequência, vem acompanhada de multa de ofício qualificada de 100% ou 150%, se houver reincidência, do valor dos tributos em razão da imputação de fraude ou sonegação.

No âmbito judicial, ainda são poucos os julgados acerca da amortização fiscal do ágio com utilização de “empresa-veículo”, sendo que, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), há um importante precedente sobre o tema, o Recurso Especial n. 2.026.473/SC², no qual se concluiu, dentre outros, que o uso de “empresa-veículo”, por si só, não impede que o ágio seja amortizado para fins fiscais, sendo necessária a análise das características de cada operação.

Esse exame casuístico das operações que envolvem a amortização fiscal do ágio com uso de “empresa-veículo” já é, há muito, realizado pelo CARF. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é extrair os critérios contidos no Recurso Especial n. 2.026.473/SC e na jurisprudência atual da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do CARF acerca da amortização fiscal do ágio na aquisição de participação societária por investidor estrangeiro. E, ao final, comparar as balizas traçadas pelo STJ com as circunstâncias fáticas que comumente levam os julgadores da 1ª Turma da CSRF a concluir pela insubsistência dos lançamentos de IRPJ e CSLL sobre o tema.

1. Breve evolução normativa acerca da amortização fiscal do ágio

A evolução normativa da amortização fiscal do ágio com base em expectativa de rentabilidade futura pode ser dividida em três grandes marcos: (i) Decreto-lei n. 1.598/1977; (ii) Lei n. 9.532/1997; e (iii) Lei n. 12.973/2014.

O Decreto-lei n. 1.598/1977, que introduziu o tema em nosso ordenamento jurídico³, tratou dos efeitos fiscais do ágio por expectativa de rentabilidade futura da seguinte forma: (i) na aquisição do investimento, o custo de aquisição deveria ser desdobrado, sendo o ágio uma das parcelas que o compõe, sem qualquer consequência tributária (art. 20); (ii) na manutenção do investimento, eventuais alterações contábeis no valor do ágio não afetariam o lucro real, de forma que, caso o ágio fosse deduzido na apuração do lucro contábil, deveria ser adicionado na apuração do IRPJ (art. 25); (iii) na alienação ou liquidação do investimento, o ágio

² 1ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 5-9-2023.

³ Como explica Eliseu Martins, “até 1977, não se aplicava sequer a equivalência patrimonial, e todo o valor pago na aquisição de participações societárias (incluindo o *goodwill*) era apresentado simplesmente como parte do custo dos Investimentos, que eram mostrados sem qualquer detalhamento” (MARTINS, Eliseu. *Goodwill: baixa, amortização ou impairment?* E quando originado do passivo. *Revista Fipecafi de Contabilidade, Controladoria e Finanças*, v 1, n. 1, 2020, p. 11).

seria considerado na apuração do ganho ou perda de capital, ainda que, contabilmente, tivesse sido baixado (art. 34). Além disso, (iv) na hipótese de incorporação, fusão ou cisão envolvendo investidora e investida, alguns contribuintes passaram a amortizar o ágio na apuração do lucro real, independentemente de seu fundamento, no prazo de até 10 anos, com arrimo no art. 34 do Decreto-lei n. 1.598/1977⁴.

Posteriormente, o art. 7º da Lei n. 9.532/1997 autorizou a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, a amortizar o valor do ágio por expectativa de rentabilidade futura à razão de até 1/60 por mês⁵. Além disso, o art. 8º da referida norma esclareceu que a possibilidade de amortização do referido ágio se aplica ainda que a empresa incorporada, fusionada ou cindida seja aquela que detenha a participação societária.

Note-se que a Lei n. 9.532/1997 não alterou nenhum dispositivo do Decreto-lei n. 1.598/1977, mas, sim, regulou expressamente a possibilidade de amortização fiscal do ágio quando houvesse confusão patrimonial entre investidora e investida. Muito se diz acerca dos objetivos que levaram à publicação da Lei n. 9.532/1997⁶, mas da exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.602/1997, convertida na referida norma, consta que as alterações tinham por fim coibir os “planejamentos tributários” por meio dos quais empresas deficitárias eram adquiridas com ágio “com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação da empresa lucrativa pela deficitária”⁷.

Por fim, o regramento fiscal do ágio sofreu consideráveis alterações com a publicação da Lei n. 12.973/2014, editada, principalmente, para regular os efeitos fiscais decorrentes da convergência das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais. A partir de então, diversas questões polêmicas passaram a ser tratadas pela legislação, como (i) a vedação à dedutibilidade do ágio interno; (ii)

⁴ Sobre o tema: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 66.

⁵ Em sua redação original, a Lei n. 9.532/1997 determinava que a amortização fiscal do ágio deveria ocorrer nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados em até dez anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão. Tal previsão, entretanto, foi revogada pela Lei n. 9.718/1998.

⁶ Há quem sustente que o objetivo era incentivar investimentos no processo de privatização no âmbito do Programa Nacional de Desestatização – PND (MEIRA, Thaís de Barros; FARO, Maurício Pereira. A jurisprudência do CARF sobre o aproveitamento do ágio e as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 627. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos*. São Paulo: Dialética, 2014, v. 5, p. 261). A Instrução Normativa CVM n. 319/1999 inclusive adota o termo “benefício fiscal” a se referir ao ágio amortizável com base na legislação tributária.

⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14400?sequencia=337>, p. 18023. Acesso em: 18 jan. 2024.

a determinação de que o ágio com base em expectativa de rentabilidade futura fosse o valor residual, após a alocação da contraprestação paga pelo investimento ao valor do patrimônio líquido e à mais-valia dos ativos da investida; e (iii) a exigência de demonstração da mais ou menos-valia dos ativos por meio de laudo elaborado por perito independente a ser protocolado na Receita Federal ou registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos até o último dia do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação societária.

Apesar de o ágio amortizado com emprego de “empresa-veículo” ser, há muito, fonte de controvérsias, a novel legislação nada dispôs sobre o tema, permanecendo incólumes os arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, que se limitam a exigir que uma pessoa jurídica absorva patrimônio de outra, na qual detenha participação societária adquirida com ágio, ou vice-versa, para que possa ocorrer a referida amortização fiscal. O silêncio do legislador, por um lado, prolonga a insegurança jurídica que ronda o tema e, por outro, reforça o entendimento de que não há na legislação proibição à utilização de empresas *holding* para adquirir investimentos com ágio – o que, como se verá a seguir, dá margem ao estabelecimento de critérios pela jurisprudência para autorizar a amortização fiscal do ágio com utilização de empresa-veículo.

2. Critérios para a amortização fiscal do ágio com utilização de “empresa-veículo”

O STJ, no Recurso Especial n. 2.026.473/SC, deu parcial provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, tão só para afastar a multa imposta em face da interposição dos embargos de declaração, mantendo integralmente a decisão recorrida que autorizou a amortização fiscal do ágio. Ao fazê-lo, o Tribunal analisou tanto operação de ágio entre partes relacionadas realizada antes de 2014 como aquisição de participação societária com ágio com emprego de “empresa-veículo”. No que se refere ao último ponto, o STJ entendeu, em resumo, que (i) a rejeição apriorística do emprego de “empresa-veículo” contraria o disposto no § 3º do art. 2º da Lei n. 6.404/1976, que faculta a criação de *holding* “como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”; (ii) não há proibição legal para que uma sociedade empresária seja criada como “veículo” para facilitar a realização de um negócio jurídico; e (iii) compete ao Fisco demonstrar, caso a caso, a artificialidade das operações, mas jamais pressupor que o emprego de “empresa-veículo” para amortização fiscal do ágio já seria abusiva.

No âmbito do CARF e, em especial, da 1ª Turma da CSRF, vigem três correntes acerca da possibilidade de amortização fiscal do ágio com utilização de “empresa-veículo”: a *primeira corrente*, que entende pela impossibilidade absoluta de amortização fiscal do ágio; a *segunda corrente*, que reconhece a possibilidade de amortização a depender das circunstâncias do caso concreto; e a *terceira corrente*, que quase sempre admite a amortização fiscal do ágio em tal situação.

Os defensores da *primeira corrente*⁸ examinam a amortização fiscal do ágio, em um primeiro momento, a partir da regra geral de dedutibilidade, contida no art. 47 da Lei n. 4.506/1964 e replicada no art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999 (RIR/99), e concluem que nas “operações especialmente construídas, mediante inclusive utilização de empresas de papel, de curtíssima duração, sem funcionários ou quadro funcional incompatível, com capital social mínimo”, as despesas não dispõem dos atributos de normalidade ou usualidade exigidos pela legislação. Em seguida, com base nos arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997, entendem que a norma “se dirige à pessoa jurídica investidora originária, aquela que efetivamente acreditou na mais-valia do investimento, coordenou e comandou os estudos de rentabilidade futura e desembolsou os recursos para a aquisição”, de forma que a confusão patrimonial entre a “empresa-veículo” e a investida não se subsume à hipótese prevista pelo legislador, donde a impossibilidade de amortização fiscal do ágio. Ou seja, ainda que a “empresa-veículo” não seja uma empresa de papel, os adeptos à *primeira corrente* mantêm a glosa da despesa com ágio com base na denominada “tese do real adquirente”.

Para os defensores da *terceira corrente*⁹, o planejamento tributário, assim entendido como a tentativa legítima de buscar economia de tributos, somente não será oponível ao fisco quando comprovada a ocorrência de simulação ou fraude. Nos julgados mais recentes, invoca-se o voto condutor da Ministra Cármen Lucia, na ADI n. 2.446, para reforçar o argumento de que “a norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa”.

Na análise da artificialidade da “empresa-veículo”, parte-se da premissa de que as *holdings* são sociedades que têm por objeto social a participação em outras empresas, como autoriza o § 3º do art. 2º da Lei n. 6.404/1976, de forma que, ao contrário do que ocorre com empresas industriais, comerciais ou prestadoras de serviço, que exigem perenidade e estrutura física e operacional, “a prova da existência e objeto de uma *holding* se dá justamente com seu ato constitutivo, inscrição perante o fisco e declarações dos sócios”. Diante disso e considerando que não há na legislação proibição à utilização de empresas *holding* para adquirir investimentos com ágio, concluem os julgadores dessa corrente pela sua amortização fiscal desde que comprovada a existência da “empresa-veículo” a partir de seus atos

⁸ Nesse sentido é, por exemplo, o Acórdão n. 9101-004.498, comumente invocado pelos defensores da *primeira corrente*, julgado em 6-11-2019, de Relatoria da Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, mas cujo redator designado para o voto vencedor foi o Conselheiro André Mendes de Moura.

⁹ Exemplo recente da terceira corrente é o Acórdão n. 9101-006.787, julgado em 6-11-2023, de Relatoria do Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

constitutivos, pouco importando eventual duração efêmera ou inexistência de funcionários, registros contábeis ou outras operações.

Já no que se refere à exigência de confusão patrimonial entre a “real investidora” e a investida, os adeptos da *terceira corrente* ressaltam que o art. 7º da Lei n. 9.532/1997 faz referência àquele que “detém” a participação societária adquirida com ágio – e não ao supridor dos recursos – e, assim, a “real investidora” é a pessoa que recebe o bem em troca do pagamento do preço, que, no caso, pode ser uma “empresa-veículo”. Com isso, rechaçam os fundamentos frequentemente invocados pelas Autoridades Fiscais para glosar as despesas com ágio gerado em aquisição de participação societária com uso de “empresa-veículo”.

Ainda nessa corrente, há quem defenda que, embora a utilização de empresa-veículo seja possível, já que “a integralização de capital em empresa dita ‘veículo’ faz com que os valores integralizados passem a pertencer a tal empresa”, é preciso que a aquisição da participação societária tenha sido efetivamente realizada pela “empresa-veículo” – e não por sua controladora¹⁰.

Como se sabe, o CARF é um órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, composto por “conselheiros representantes da Fazenda Nacional” e “conselheiros representantes dos contribuintes”, na terminologia adotada pelo Decreto n. 70.235/1972, que será aqui adotada. Em razão principalmente da formação acadêmica e experiência profissional prévia, é comum encontrar, nos adeptos da *primeira corrente*, “conselheiros representantes da Fazenda Nacional” e, dentre os que defendem a *terceira corrente*, “conselheiros representantes dos contribuintes”. Nesse cenário, quando se trata da amortização fiscal de ágio com utilização de “empresa-veículo”, com frequência, são os julgadores partidários da *segunda corrente*, considerada intermediária, que definem o resultado do julgamento.

Na *segunda corrente*, afasta-se a aplicação direta da “tese do real adquirente”, defendida pela *primeira corrente*, e analisa-se as circunstâncias do caso concreto com maior rigidez do que na *terceira corrente*, já que não basta que se prove a existência da *holding*, o fato de a aquisição da participação societária ter sido por ela realizada e a ausência de simulação ou fraude. Assim, os julgadores adeptos da *segunda corrente* examinam a “existência de fato (ou não) da empresa-veículo interposta no negócio para viabilizar a amortização do ágio”, bem como a sua utilidade no negócio, de forma que, caso verificado que seu único propósito seja a redução de carga tributária da empresa investida, será mantida a glosa da despesa.

¹⁰ Foi o que levou a Relatora a converter o julgamento em diligência na Resolução n. 9101-000.122, para verificar a afirmação contida no Termo de Verificação Fiscal de que parte dos pagamentos pela aquisição da participação societária foi realizada diretamente da controladora da “empresa-veículo” para os vendedores, em especial se houve contabilização de tais pagamentos na “empresa-veículo” (j. 5-4-2024, Rel. Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic).

No Acórdão n. 9101-006.787¹¹, por exemplo, deu-se provimento ao recurso especial do contribuinte por maioria, sendo que três conselheiros acompanharam integralmente o voto do relator, adepto da *terceira corrente*, dois o fizeram pelas conclusões, um dos que acompanhou pelas conclusões apresentou declaração de voto indicando sua filiação à *segunda corrente*. Nos termos da referida declaração de voto, a “empresa-veículo” ficou ativa durante dois exercícios, manteve contas bancárias e reconheceu receitas financeiras, além daquelas decorrentes do investimento adquirido com ágio, o que demonstra sua existência de fato. No que se refere à utilidade da “empresa-veículo” no negócio, entendeu o julgador que “inexistindo qualquer elemento e mesmo acusação direta de que tal pacto teria sido simulado, descabe ao Fisco questionar a estrutura negocial adotada para afastar seus efeitos fiscais”.

Apresentadas as balizas firmadas pelo STJ, bem como os fundamentos das três principais correntes defendidas pelos julgadores da 1ª Turma da CSRF do CARF acerca da amortização fiscal do ágio com utilização de “empresa-veículo”, examinaremos, a seguir, a posição dos órgãos especificamente no que se refere aos casos de aquisição de participação societária com ágio por investidos estrangeiro, por meio da constituição de “empresa-veículo” no Brasil.

3. O caso da aquisição de participação societária com ágio por investidor estrangeiro

Nos processos em que se discute a amortização fiscal do ágio decorrente de aquisição de participação societária por investidor estrangeiro, a Autoridade Fiscal comumente alega que a constituição de “empresa-veículo” no Brasil seria a única forma para o investidor estrangeiro viabilizar a amortização fiscal do ágio no país, já que, do contrário, se a aquisição fosse realizada diretamente pela controladora no exterior, não haveria como “usufruir de tal benefício”. Esse argumento pode ou não vir acompanhado da imputação de artificialidade à “empresa-veículo”.

Os contribuintes, por sua vez, além de todos os fundamentos de praxe, encampados pela *terceira corrente*, sustentam que o emprego de “empresa-veículo” é fundamental para a realização do negócio, tendo em vista diversos entraves decorrentes da aquisição de participação societária no país por investidor estrangeiro, tais como a necessidade de disponibilização imediata de caixa, a impossibilidade de obtenção de financiamento local e a exigência negocial de abertura de conta bancária de caução (*escrow account*).

O STJ, ao tratar do tema no Recurso Especial n. 2.026.473/SC, expressamente afirmou que, quando a investidora é empresa estrangeira, por razões práticas, é ainda mais justificável a utilização de uma “empresa-veículo” no país, vez que

¹¹ J. 6-11-2023, Rel. Conselheiro Luis Henrique Marotti Toselli.

“confere mais segurança quanto à possibilidade de se valer da norma interna de dedução do ágio (o que não aconteceria se a incorporação fosse internacional); permite a negociação com base na moeda local; pode facilitar a realização de operações locais”.

Não obstante a sinalização favorável do STJ, no âmbito da 1ª Turma da CSRF, a análise do tema segue sendo casuística e o resultado do julgamento igualmente depende daqueles julgadores adeptos à *segunda corrente*. No entanto, existem algumas circunstâncias específicas que, quando presentes, levam os julgadores do CARF a autorizar ou não a amortização do ágio na aquisição de participação societária por investidor estrangeiro.

No Acórdão n. 9101-006.940¹², por exemplo, por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, sendo que o único conselheiro “representante da Fazenda Nacional”, que acompanhou o relator, o fez pelas conclusões e apresentou declaração de voto evidenciando sua adesão à *segunda corrente*. As peculiaridades fáticas que levaram o julgador a assim decidir foram, em resumo, as seguintes: (i) ausência de acusação fiscal de inexistência de fato ou existência simulada da “empresa-veículo”, em que pese sua curta duração; (ii) registro contábil de receita financeira e despesas bancárias, fiscais e de assessorias jurídica, suportadas e pagas com recursos próprios da “empresa-veículo”; e (iii) existência de outras pessoas jurídicas controladas pelo investidor estrangeiro, que poderiam realizar a aquisição da participação societária com ágio com os mesmos efeitos fiscais daqueles verificados na “empresa-veículo”.

Da mesma forma, no Acórdão n. 9101-007.053¹³, os julgadores, por maioria, votaram por dar provimento ao recurso especial do contribuinte, sendo que os dois conselheiros “representantes da Fazenda Nacional”, que acompanharam o voto vencedor, o fizeram pelas conclusões. Nos termos da declaração de voto apresentada por um deles, a acusação de fraude e simulação trazida pela Autoridade Fiscal foi rechaçada tanto pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ), como pela Turma Ordinária do CARF, não subsistindo no plano jurídico. Além disso, a efemeridade da “empresa-veículo” não importou ao julgador, tendo em vista que sua utilização foi neutra do ponto de vista tributário, já que o investidor estrangeiro já atuava no Brasil por meio de uma empresa operacional e o mesmo resultado seria alcançado na hipótese de a aquisição da participação societária se dar por tal pessoa jurídica.

Por outro lado, no Acórdão n. 9101-006.897¹⁴, contemporâneo ao Acórdão n. 9101-006.940 acima tratado e julgado, em sua maioria, pelos mesmos conselhei-

¹² J. 7-5-2024, Rel. Edeli Pereira Bessa, Redator designado para o voto vencedor Luis Henrique Marotti Toselli.

¹³ J. 9-7-2024, Rel. Edeli Pereira Bessa, Redatora do voto vencedor Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic.

¹⁴ J. 3-4-2024, Rel. Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

ros, concluiu-se pela impossibilidade de amortização fiscal do ágio em operação de aquisição de participação societária por investidor estrangeiro com uso de “empresa-veículo”. Isso porque, nos termos do voto do relator, (i) todas as negociações para a aquisição da participação societária foram realizadas pelo investidor estrangeiro; (ii) os grupos estrangeiros contrataram a confecção do laudo da empresa alienada; (iii) os recursos advindos do exterior permaneceram por menos de um dia na “empresa-veículo” e foram repassados à alienante na forma de “antecipação contratual”; (iv) a empresa-veículo somente foi formalizada no momento de assinatura do acordo de compra e venda das ações; e (v) inexistia qualquer óbice operacional, regulatório ou financeiro que tornasse necessária a constituição da “empresa-veículo”.

Interessante que o relator do Acórdão n. 9101-006.897, que comumente se filia à *segunda corrente*, expressamente afirmou que, nas operações que envolvem diversos investidores estrangeiros, a constituição de empresa no Brasil, muitas vezes, se justifica em razão da necessidade de contratação de financiamento no país ou das dificuldades inerentes à concretização do negócio de forma individualizada com cada investidor estrangeiro – o que, entretanto, não ocorreu no referido caso, já que os recursos empregues na operação foram integralmente aportados pelos investidores estrangeiros, que, por sua vez, formaram um consórcio em uma empresa situada no Japão.

Por fim, no Acórdão n. 9101-006.789¹⁵, negou-se provimento ao recurso especial do contribuinte por voto de qualidade, nos termos do voto da relatora. No entanto, dois julgadores a acompanharam pelas conclusões e, da declaração de voto apresentada por um deles – que, frise-se, segue a *segunda corrente* –, se extrai que tal conclusão decorreu da constatação de que a “empresa-veículo foi inserida nas operações apenas no papel”, vez que (i) os recursos provenientes da controladora no exterior foram imediatamente repassados aos vendedores, não havendo que se falar na necessidade de disponibilidade de recursos no país; (ii) inexistem provas de que a “empresa-veículo” tenha participado das negociações para a aquisição da participação societária e os prazos envolvidos evidenciam que não houve, de fato, qualquer atuação; (iii) a duração da “empresa-veículo” foi efêmera e nela não há registros contábeis que seriam comuns a qualquer tipo de empresa; e (iv) não foram comprovadas as alegadas situações que justificariam o emprego da “empresa-veículo”.

Conclusões

Nos termos do decidido pelo STJ, desde que não haja comprovada artificialidade na operação, não há óbice à amortização fiscal do ágio com emprego de

¹⁵ J. 6-11-2023, Rel. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes.

“empresa-veículo”, o que é especialmente justificável no caso de investidor estrangeiro, já que a constituição de empresa no Brasil seria a única forma de se valer do previsto no art. 7º da Lei n. 9.532/1997.

No âmbito do CARF, atualmente, é possível identificar na 1ª Turma da CSRF, basicamente, três correntes acerca da possibilidade de amortização fiscal do ágio com utilização das chamadas “empresa-veículo”: a *primeira corrente*, que entende pela impossibilidade absoluta de amortização fiscal do ágio; a *segunda corrente*, intermediária, que reconhece a possibilidade de amortização a depender das circunstâncias do caso concreto; e a *terceira corrente*, mais permissiva, que quase sempre admite a amortização fiscal do ágio em tal situação.

Como evidenciado acima, tendo em vista a composição e estrutura do CARF, é a posição dos julgadores adeptos da *segunda corrente* que define o resultado do julgamento. Para eles, é preciso examinar a existência de fato da “empresa-veículo”, bem como sua utilidade no negócio, para se concluir acerca da possibilidade de amortização fiscal do ágio no caso concreto.

Especialmente nas operações que envolvem amortização fiscal do ágio decorrente de aquisição de participação societária por investidor estrangeiro, são características que, com frequência, importam à *segunda corrente* no julgamento favorável aos contribuintes: (i) a ocorrência (e subsistência) de acusação fiscal de inexistência de fato ou existência simulada da “empresa-veículo”; (ii) o registro contábil de receitas e despesas pela “empresa-veículo”, ainda que relacionadas à aquisição da participação societária; (iii) a existência de outras pessoas jurídicas, controladas pelo investidor estrangeiro, que poderiam realizar a aquisição da participação societária com ágio com os mesmos efeitos fiscais daqueles verificados na “empresa-veículo”; e (iv) a verificação de necessidade de contratação de financiamento no país ou de dificuldades inerentes à concretização do negócio de forma individualizada com cada investidor estrangeiro.

Por outro lado, nos casos julgados de forma contrária aos contribuintes pelos filiados à *segunda corrente*, há a presença de alguns dos seguintes elementos: (i) realização das negociações e atos preparatórios para a aquisição da participação societária diretamente pelo investidor estrangeiro; (ii) efemeridade da “empresa-veículo” e/ou dos valores a ela transferidos para a aquisição da participação societária; (iii) inexistência de óbice operacional, regulatório ou financeiro que tornasse necessária a constituição da “empresa-veículo”.

Por fim, a análise de tais julgados do CARF corrobora o entendimento do STJ de que não há impedimento apriorístico à amortização fiscal do ágio com emprego de “empresa-veículo”. No entanto, especialmente nos casos de aquisição de participação societária com ágio por investidor estrangeiro, as razões invocadas pelo STJ para justificar a utilização de “empresa-veículo” não são, em sua maioria, compartilhadas pelos conselheiros do CARF, cujo posicionamento define o resultado dos julgamentos sobre o tema.

Bibliografia

- MARTINS, Eliseu. *Goodwill*: baixa, amortização ou *impairment*? E quando originado do passivo. *Revista Fipecafi de Contabilidade, Controladoria e Finanças*, v 1, n. 1, 2020.
- MEIRA, Thaís de Barros; FARO, Maurício Pereira. A jurisprudência do CARF sobre o aproveitamento do ágio e as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 627. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos*. São Paulo: Dialética, 2014, v. 5.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias: aspectos tributários*. São Paulo: Dialética, 2012.

A Tributação sobre Heranças e Doações e a Emenda Constitucional n. 132/2023

The Taxation on Inheritances and Donations and Constitutional Amendment n. 132/2023

Martha Leão

Professora de Direito Tributário do Mackenzie e do Mestrado Profissional do IBDT. Doutora e Mestre em Direito Tributário pela USP. *E-mail*: martha.leao@mackenzie.br.

João de Souza Alho Neto

Doutorando e Mestre em Direito Tributário pela USP. Professor assistente do IBDT. *E-mail*: joaoalhoneto@usp.br.

Resumo

O presente artigo se propõe a examinar as mudanças recentes verificadas no âmbito da tributação sobre heranças e doações no Brasil. A Emenda Constitucional n. 132/2023 estabeleceu a reforma tributária relativamente à tributação sobre o consumo, mas, juntamente com as alterações relativas aos tributos sobre o consumo, também terminou por incluir na Constituição brasileira alterações relevantes sobre tributos patrimoniais, como é o caso do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD). O presente artigo foca no exame de duas alterações pertinentes ao tema: primeiro, a determinação de que as alíquotas desse imposto sejam progressivas; e, segundo, a previsão sobre a sua incidência sobre os bens situados no exterior sem a exigência de lei complementar. Essas alterações repercutem tanto na situação do Brasil comparativamente a outros países no que tange à tributação sobre a herança quanto no princípio da justiça tributária, que foi expressamente introduzido no ordenamento jurídico-tributário brasileiro também pela Emenda Constitucional n. 132/2023.

Palavras-chave: ITCMD, bens no exterior, Emenda Constitucional n. 132/2023, justiça tributária.

Abstract

The present article aims to examine the recent changes observed in the field of taxation on inheritances and donations in Brazil. Constitutional Amendment n. 132/2023 established tax reform concerning consumption taxation, but along with the changes related to this topic, it also included significant alterations to patrimonial taxes in the Brazilian Constitution, such as the Tax on Transfer Causa Mortis and Donations (ITCMD). This article focuses on examining two relevant changes on the topic: first, the determination that the rates of this tax be progressive; and second, the provision for its incidence on assets located abroad without the requirement of complementary law. These changes impact both Brazil's situation compared to other countries regarding inheritance taxation and the principle of tax justice, which was

explicitly introduced into the Brazilian tax legal system by Constitutional Amendment n. 132/2023.

Keywords: inheritance tax, assets located abroad, Constitutional Amendment n. 132/2023, tax justice.

Introdução

Em termos comparativos, a tributação brasileira sobre as heranças e doações, que compõe o conjunto de tributos incidentes sobre o patrimônio das pessoas físicas, encontra-se abaixo dos patamares dos países-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). No Brasil, referido tributo é de competência estadual, tendo os estados liberdade para a fixação das suas respectivas alíquotas, por força do disposto no art. 155, inciso I, da Constituição. Conforme demonstra a tabela a seguir, enquanto no Brasil a alíquota máxima incidente sobre o patrimônio que compõe a herança alcança o valor de 8% (oito por cento) por meio do ITCMD, no Japão essa mesma alíquota máxima alcança o patamar de 55% (cinquenta e cinco por cento):

Tabela 11
Alíquota máxima dos impostos sobre a propriedade, 2019

	Heranças (para filhos)	Transferência de imóveis	Transferência financeira	Riqueza Líquida
Austrália	–	7%	–	–
Bélgica	30%	13%	0,35%	–
Canadá	–	5%	–	–
França	45%	6%	0,3%	–
Alemanha	30%	9%	–	–
Itália	4%	18%	0,2%	–
Japão	55%	6%	–	–
Coréia	50%	13%	0,45%	–
Holanda	20%	6%	–	–
Noruega	–	–	–	0,85%
Portugal	–	8%	–	–
Espanha	32%	11%	0,2%	3,25%
Suécia	–	4%	–	–
Suíça	–	–	0,3%	1%
Reino Unido	36%	12%	0,5%	–
Estados Unidos	40% ^a	–	–	–
Argentina	–	–	1,2% ^b	0,75%
Chile	25%	–	–	–
Colômbia	–	2%	0,4% ^c	1%
México	–	4,5%	–	–
Brasil	8%	3%	–	–
Média OCDE-16	21,4%	7,4%	0,14%	0,3%
Média AL-5	6,6%	1,9%	0,32%	0,4%

Fonte: OCDE (2018b; 2021b e Morgan & Carvalho Junior (2021), elaboração do autor.

^a Nos Estados Unidos, somente grandes heranças são tributadas (acima de 11,4 milhões de dólares)

^b Na Argentina, no caso de depósitos e saques, a alíquota é de 0,6%.

^c Na Colômbia, o imposto incide tanto sobre depósitos quanto para saques.

Fonte: Nota Técnica DINTE/IPEA¹.

Embora uma comparação mais assertiva envolva não somente a alíquota, mas também a base de cálculo utilizada por cada um desses países, fato é que o Brasil nunca teve como elemento central da arrecadação tributária o imposto incidente sobre a herança. Aqui, não se verifica a influência extrafiscal que ocorre em outros países do mundo para que se tenha uma carga tributária mais onerosa sobre o patrimônio herdado ou recebido a título de doação com vistas à justiça tributária e à redistribuição de renda, ao se entender que o patrimônio transmitido de forma intergeracional conferiria melhores condições competitivas para os sujeitos que herdarem, que já contariam com maiores chances de financiamento educacional e profissional, o que contribuiria para perpetuar a concentração de renda nas mãos dos integrantes das mesmas famílias².

Recentemente, sob o mote da “justiça tributária”, textualmente elencada como um princípio de observância obrigatória no âmbito do Sistema Tributário Nacional (art. 145, § 3º), mencionando-se também a prescrição por uma legislação fiscal que busca “atenuar efeitos regressivos” (art. 145, § 4º), a Reforma Tributária introduzida pela Emenda Constitucional n. 132/2023 estabeleceu alterações no âmbito do imposto sobre as heranças e doações. Foram quatro as principais alterações promovidas pela Reforma nesse ponto: i) primeiro, a alteração da competência tributária do imposto devido sobre bens móveis, títulos e créditos (art. 155, § 1º, II, CF); ii) segundo, a determinação de que a progressividade do imposto sobre heranças e doações será em função do valor do quinhão, do legado ou da doação (art. 155, § 1º, VI, CF); iii) terceiro, a criação de nova hipótese de imunidade do imposto para transmissões e doações para instituições sem fins lucrativos (art. 155, § 1º, VII, CF); e iv) quarto, a determinação de hipóteses provisórias de aplicação do imposto até que haja a edição da lei complementar determinada pela Constituição no inciso III do § 1º do art. 155 (art. 16 da Emenda Constitucional).

O presente trabalho irá focar nas questões relativas à segunda e à quarta alterações, mais especificamente nos temas relativo à progressividade do imposto e à tributação pelo imposto sobre heranças e doações sobre os bens situados no

¹ CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. O sistema tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade: fornecendo parâmetros para a reforma tributária no Brasil. Nota Técnica DINTE/IPEA (publicação preliminar), 2022, p. 18.

² SILVA, Fábio Pereira da; SOUSA, Kauê Guimarães Castro e; PRZEPIORKA, Michell. O princípio da progressividade e o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) em relação à Emenda Constitucional n. 132/2023. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 56, 2024, p. 197-215 (207-208).

exterior sem a exigência de lei complementar. Essas já foram questões tormentosas, que ocupavam a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais brasileiros e que agora encontram nova regulação pelas mudanças inseridas pela Emenda Constitucional n. 132/2023. A questão principal a ser respondida é se as alterações promovidas são suficientes a realizar o ideal de justiça tributária no que tange à tributação de heranças no Brasil. É o que se passa a examinar.

1. O ITCMD na redação original da Constituição Federal de 1988 e a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos estados e ao Distrito Federal a competência para instituir o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD). Ao assim proceder, a Constituição determinou a existência de competência tributária em relação à herança de brasileiros tanto sobre os bens móveis e imóveis localizados no Brasil quanto daqueles situados no exterior. A respeito da competência para tributar os bens situados no exterior, a Constituição, contudo, a condicionou à prévia existência de lei complementar. Assim a redação original do dispositivo constitucional pertinente:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;

[...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

I – relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal

II – relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III – terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV – terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

Mesmo sem a existência da lei complementar nacional, no entanto, alguns estados editaram leis prevendo a cobrança do imposto nas hipóteses dispostas pela Constituição, inclusive sobre bens situados no exterior. Foi o caso do Estado de São Paulo, por meio da Lei Estadual n. 10.705/2000, e do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei Estadual n. 7.174/2015, cujas redações assim dispunham:

Lei Estadual RJ n. 7.174/2015

Art. 5º O imposto é devido ao Estado do Rio de Janeiro:

I – na transmissão de bem imóvel, bem como de direitos a ele relativos, se o mesmo estiver situado neste Estado; ou

II – na transmissão de bem móvel ou de bem imóvel situado no exterior, bem como de direitos a eles relativos, se nele estiver localizado o domicílio:

- a) do doador;
- b) do donatário, quando o doador for domiciliado no exterior;
- c) do falecido, na data da sucessão, observado o disposto no § 3º deste artigo; ou
- d) do herdeiro ou legatário, quando o falecido, na data da sucessão, era residente ou domiciliado no exterior.

Lei Estadual SP n. 10.705/2000

Art. 4º O imposto é devido nas hipóteses abaixo especificadas, sempre que o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o *de cujus* possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país:

I – sendo corpóreo o bem transmitido:

- a) quando se encontrar no território do Estado;
- b) quando se encontrar no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado;

II – sendo incorpóreo o bem transmitido:

- a) quando o ato de sua transferência ou liquidação ocorrer neste Estado;
- b) quando o ato referido na alínea anterior ocorrer no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado.

Diante dessas previsões legislativas estaduais para cobrança do ITCMD sem a prévia existência de lei complementar, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, tendo destacado o Tema n. 825 da Repercussão Geral para tratar da questão. Ao apreciar a matéria, o Tribunal fixou a seguinte tese: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”.

Interessante notar, contudo, que o Tribunal conferiu destinos diferentes para os casos das leis paulista e fluminense, ora trazidas a título ilustrativo da questão. No caso da lei paulista, objeto do Recurso Extraordinário n. 851.108, a decisão concluiu que o dispositivo da lei paulista teria “eficácia contida, pois ele depende de lei complementar para operar seus efeitos”, conforme se verifica na ementa do julgado³. Ou seja, o Tribunal entendeu que a lei poderia ser aplicada com a superveniência da lei complementar nacional requerida pela Constituição.

No caso da lei fluminense, porém, tratada no âmbito da ADI n. 6.826, o Tribunal aplicou o entendimento firmado no Tema n. 825, mas com o efeito de “declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei 7.174/2015 do Estado do Rio de Janeiro”⁴. Isto é, o Tribunal declarou todo o inciso II do dispositivo inconstitucional, inclusive a parte que regulava situação que prescindia de lei complementar nacional, como, por exemplo, do doador de bem estrangeiro residente no Brasil. Referida decisão prevaleceu mesmo após a oposição de embargos de declaração pelo Estado do Rio de Janeiro, que foram rejeitados pelo Tribunal, mantendo-se

³ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, RE n. 851.108, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 1º-3-2021.

⁴ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI n. 6.826, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 9-3-2022.

a inconstitucionalidade integral do dispositivo. Diante disso, a própria Secretaria de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro emitiu a Resolução n. 411/2022, determinando a suspensão da “lavratura de autos de infração na transmissão de bem móvel ou de bem imóvel situado no exterior, bem como de direitos a eles relativos, nas hipóteses previstas no inciso II do art. 5º da Lei n. 7.174, de 28 de dezembro de 2015”.

Outro ponto relevante firmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com base na redação original da Constituição diz respeito à progressividade do ITCMD. Inicialmente, a Constituição tratou apenas da fixação de alíquotas máximas para o imposto pelo Senado Federal (art. 155, § 1º, IV), o que é regulado pela Resolução do Senado Federal n. 9/1992, que estipula um teto de 8%; mas alguns estados, a exemplo do Rio Grande do Sul, instituíram em suas leis ordinárias, dentro dos limites fixados pela resolução, alíquotas progressivas para o imposto, mesmo sem haver uma autorização constitucional expressa nesse sentido.

Sobre a questão, o Tribunal, no âmbito do Recurso Extraordinário n. 562.045, firmou o entendimento de que as alíquotas progressivas são constitucionais, não havendo que se falar em limitação da observância da capacidade contributiva apenas para os impostos de natureza pessoal⁵. No julgamento, o debate se concentrou no princípio da capacidade contributiva e sua aplicação para impostos de cunho real, como o ITCMD, tendo em vista o disposto no art. 145, § 1º, da Constituição⁶.

Ocorre que não é possível afirmar que a progressividade seja justificada fundamentalmente na capacidade contributiva, como sendo aquela um corolário desta⁷. Isso porque a norma constitucional estaria plenamente satisfeita com a mera utilização de alíquotas fixas, que desencadeariam uma tributação proporcional capaz de fazer com que incida sobre o sujeito de maior renda uma carga tributária mais gravosa⁸. A rigor, a capacidade contributiva determina que a tributação

⁵ BRASIL, STF, Tribunal Pleno, RE n. 562.045, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Redatora do Acórdão Ministra Cármen Lúcia, j. 6-2-2013.

⁶ “§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

⁷ Nesse sentido, dentre outros: ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 393; LEÃO, Martha. A (des)proporcionalidade da progressividade do imposto de renda da pessoa física no sistema brasileiro. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 28, 2013, p. 188-205. Em sentido contrário: LACOMBE, Américo Lourenço Masset. *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 54; CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 93; HORVATH, Estevão. Mesa de debates no VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 60, p. 191-209.

⁸ POLIZELLI, Victor Borges. Progressividade: distribuição de renda e indução. *Revista Direito Tri-*

se baseie em critérios hábeis de identificação dos contribuintes com maior capacidade econômica sem incorrer em efeito confiscatório e exação desmedida, sendo que essa finalidade não pressupõe o crescimento do valor do imposto em fração superior ao aumento da própria renda, na medida em que a própria capacidade contributiva também rejeita tratamentos discriminatórios entre contribuintes⁹.

Não parece correto, portanto, a afirmação de que haveria uma conexão “lógica” entre capacidade contributiva e progressividade, nem a norma constitucional oferece subsídios jurídicos que encampem tal posicionamento. A Emenda Constitucional n. 132/2023, contudo, suplantou essa discussão, pois determinou expressamente no texto constitucional atinente ao ITCMD que o imposto deverá ser progressivo, além de outras alterações conforme se verá adiante.

2. O ITCMD após alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 132/2023

Em dezembro de 2023, sobreveio a Emenda Constitucional n. 132, que, além de instituir uma ampla reformulação na tributação sobre o consumo, também promoveu algumas alterações em impostos sobre a propriedade como o IPVA e o próprio ITCMD. A seguir a redação do dispositivo constitucional pertinente ao ITCMD após as alterações:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;

[...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

I – relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal

~~II – relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;~~

II – relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde era domiciliado o *de cujus*, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 132, de 2023)

III – terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV – terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

V – não incidirá sobre as doações destinadas, no âmbito do Poder Executivo da União, a projetos socioambientais ou destinados a mitigar os efeitos das mudan-

butário Atual, São Paulo, IBDT, v. 21, 2007, p. 361-382 (367).

⁹ SANTOS, Ramon Tomazela. A progressividade do imposto de renda e os desafios de política fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 23, 2015, p. 327-358 (335).

ças climáticas e às instituições federais de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 126, de 2022)

VI – será progressivo em razão do valor do quinhão, do legado ou da doação; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 132, de 2023)

VII – não incidirá sobre as transmissões e as doações para as instituições sem fins lucrativos com finalidade de relevância pública e social, inclusive as organizações assistenciais e beneficentes de entidades religiosas e institutos científicos e tecnológicos, e por elas realizadas na consecução dos seus objetivos sociais, observadas as condições estabelecidas em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 132, de 2023)

Merece destaque também o seguinte dispositivo da Emenda Constitucional, incluído para regular provisoriamente o imposto até que seja editada a lei complementar a que faz referência o art. 155, § 1º, III:

Art. 16. Até que lei complementar regule o disposto no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal, o imposto incidente nas hipóteses de que trata o referido dispositivo competirá:

I – relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;

II – se o doador tiver domicílio ou residência no exterior:

a) ao Estado onde tiver domicílio o donatário ou ao Distrito Federal;

b) se o donatário tiver domicílio ou residir no exterior, ao Estado em que se encontrar o bem ou ao Distrito Federal;

III – relativamente aos bens do *de cujus*, ainda que situados no exterior, ao Estado onde era domiciliado, ou, se domiciliado ou residente no exterior, onde tiver domicílio o sucessor ou legatário, ou ao Distrito Federal.

Para o objeto do presente artigo, são duas as alterações a serem examinadas: a primeira diz respeito à regra provisória para inexistência de lei complementar relativamente à tributação dos bens situados no exterior; e a segunda, sobre a nova norma constitucional que determina que o imposto “será progressivo”. Cada um desses pontos merece uma análise mais detalhada.

2.1. A incidência do ITCMD sem lei complementar nacional

Em primeiro lugar, o art. 16 da Emenda Constitucional n. 132/2023 previu algumas hipóteses em que o ITCMD poderá incidir mesmo sem ter sido editada a lei complementar a que faz referência o art. 155, § 1º, III, da Constituição. A primeira consideração que deve ser feita é bastante singela: a alteração constitucional considerou prescindível a lei complementar nacional que regulará aspectos gerais do imposto tendo em vista sua uniformidade em todo o País¹⁰, mas em

¹⁰ Sobre o papel da lei complementar nacional na regulação de tributos com competência compartilhada, ver: ÁVILA, Humberto. Limites constitucionais à instituição do IBS e da CBS. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 56, 2024, p. 701-730.

nenhum momento isentou os estados e o Distrito Federal da exigência de lei ordinária local para instituição e cobrança do tributo.

Embora singela, essa constatação não está imune a detalhamentos de acordo com as especificidades de cada uma das unidades federativas. A título exemplificativo, mantendo a análise somente sobre os Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, conforme demonstrado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tratou de modo diverso as leis estaduais sobre o ITCMD incidente sobre situações em que a Constituição exige a lei complementar. De um lado, determinou que a norma paulista teria sua eficácia contida até a superveniência da lei complementar nacional; contudo, de outro lado, julgou inconstitucional a lei fluminense.

Com o advento da norma prevista no art. 16 da Emenda Constitucional, o Estado de São Paulo não precisaria tomar nenhuma nova atitude para que seja devido o imposto nos casos especificados no art. 4º da Lei Estadual n. 10.705/2000 transcrita acima. Isto é, como o Supremo Tribunal Federal não julgou a lei paulista inconstitucional, ela segue válida, e como a Constituição criou um período de transição sem exigência de lei complementar, então a lei paulista passou a ser também eficaz. Sendo assim, é cabível a incidência do ITCMD paulista sobre os bens deixados no exterior por *de cujus* que tinha residência em São Paulo, ou mesmo se fosse residente no exterior, se o seu sucessor for residente neste estado.

O caso da lei do Estado do Rio de Janeiro é diverso, pois o Supremo Tribunal Federal a declarou inconstitucional. Ao assim proceder, o Tribunal considerou a lei inválida e determinou sua retirada do ordenamento jurídico. Mesmo com a superveniência da nova norma constitucional, não há suporte de lei estadual para a incidência do tributo, uma vez que no Brasil não se deve falar em repristinação ou constitucionalidade superveniente de lei (art. 2º, § 3º, da LINDB)¹¹. Nesse caso, para que haja a tributação de ativos no exterior, o Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro deve se pronunciar novamente, editando uma nova lei estadual sobre a matéria. Interessante notar, ademais, que no caso do Rio de Janeiro, o Tribunal declarou todo o art. 5º, II, da Lei Estadual n. 7.174/2015, inconstitucional, o que abrangeu até mesmo situações em que a Constituição originariamente não previa a necessidade de lei complementar. Para todas as matérias impactadas pela inconstitucionalidade, contudo, deve haver a edição de uma nova lei estadual para a tributação pelo ITCMD.

A segunda consideração relevante sobre o art. 16 da Emenda Constitucional n. 132/2023 diz respeito à delimitação da competência tributária no caso em que o bem situa-se no exterior. A norma determinou que cabe ao estado de domicílio

¹¹ A LINDB assim dispõe: “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. [...] § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Ademais, o Supremo Tribunal Federal rechaça a constitucionalidade superveniente de lei: BRASIL. STF, Tribunal Pleno, RE n. 346.084, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-11-2005; STF, ADI n. 2.158, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-9-2010.

do *de cuius* a competência para a tributação ou, residindo este no exterior, então a competência compete ao estado no qual reside o sucessor. Essa definição era justamente um dos pontos de discussão entre as unidades federativas que impedia o avanço da tributação sobre os bens localizados no exterior, diante de nítido conflito de competência. Caso não houvesse uma determinação nacional sobre como o imposto deveria incidir, na situação em que *de cuius* e sucessores residissem no Brasil, os estados poderiam cobrar o mesmo tributo, na medida em que haveria elementos de conexão suficientes com os dois polos da relação de transmissão de bens *causa mortis*.

Sobre esse segundo aspecto, importante destacar que, dado o caráter transitório e provisório da norma constitucional, pode ser que a lei complementar que regulará o ITCMD, se e quando editada, trate da situação de modo diferente. Da forma como foi redigido o art. 16 da Emenda Constitucional, o constituinte derivado não avocou para si a competência que havia sido outorgada pelo constituinte originário à lei complementar, mas apenas estabeleceu uma norma provisória, para que os estados e o Distrito Federal possam implementar a cobrança do tributo sem depender da atuação do Congresso Nacional, não impondo, em nosso entendimento, qualquer limitação à futura regulação da matéria pelos legisladores complementares.

2.2. O ITCMD progressivo em razão do valor do quinhão, do legado ou da doação

Em segundo lugar, a Emenda Constitucional n. 132/2023 inovou ao prever expressamente a progressividade para o ITCMD. Conforme explicado, o Supremo Tribunal Federal já havia validado a aplicação da técnica para o imposto, mas, diante das últimas alterações, a progressividade passa a ser mandatória para todos as unidades federativas e com o critério de diferenciação eleito pela própria Constituição, qual seja, o valor do quinhão, do legado ou da doação. Esses dois pontos merecem ser analisados.

A nova previsão constitucional determina que o imposto “*será* progressivo”, fazendo uso, portanto, de um verbo no modo imperativo. A opção do constituinte derivado não foi ao acaso, na medida em que, em relação à seletividade do ICMS, foram necessários anos de contencioso judicial para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse em 2021 que o termo “poderá” não representava a outorga de total discricionariedade ao legislador estadual¹², o que nunca se discutiu no caso da seletividade do IPI, cuja dicção constitucional determina que o imposto “*será* seletivo”¹³. Assim, o uso consciente do verbo no modo imperativo visa imprimir

¹² BRASIL. STF, Tribunal Pleno, RE n. 714.139, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18-12-2021.

¹³ Sobre a discussão em relação ao ICMS e ao IPI, ver: ALHO NETO, João de Souza. Seletividade

uma força prescritiva ainda maior à norma¹⁴, evitando discussões sobre se a sua correta interpretação seria uma faculdade ou um comando obrigatório dirigido ao legislador estadual.

Há quem sustente, contudo, que apesar de ter sido expresso quanto a sua obrigatoriedade, o constituinte derivado não teria se pronunciado sobre como a progressividade deve ser verificada no ITCMD, sendo discutível a necessidade de adequação das leis estaduais¹⁵. Conforme a doutrina explica, a progressividade como técnica de tributação voltada a dispensar sobre os maiores patrimônios uma carga tributária mais gravosa pode ser alcançada de diversas formas: a rigor, a progressividade poderia ser alcançada mesmo pela aplicação de uma alíquota nominal única, bastando que o sistema contemple uma faixa de isenção ou manuseie a base de cálculo do imposto, proibindo ou permitindo deduções, o que garantiria uma *alíquota efetiva* progressiva¹⁶. Nessa perspectiva, as leis atuais, na medida em que contemplam faixas de isenção do tributo, já seriam progressivas, não necessitando de adequações.

No entanto, não nos parece ter sido esse o sentido atribuído pelo constituinte derivado nesse ponto. Ao prever que o ITCMD “será progressivo em razão do valor do quinhão, do legado ou da doação”, o emprego da expressão “em razão do valor” definiu o critério fundamental de implementação dessa progressividade. Nesse sentido, é o valor do quinhão, legado ou doação que deve orientar a tributação, o que significa a necessidade de criação de faixas de valores para incidência de alíquotas diferentes em cada uma delas, tal qual ocorre com o imposto de renda. Levando em consideração, portanto, o texto proveniente da Reforma Tributária, as leis estaduais que hoje preveem apenas uma única alíquota devem ser adequadas ao novo cenário constitucional, estabelecendo um escalonamento de alíquotas nominais diferentes de acordo com faixas de tributação formatadas com base no valor do quinhão, legado ou doação.

No que diz respeito especificamente à eleição de um critério de diferenciação pelo constituinte derivado, são dois os comandos da norma. De um lado, estabelece um dever ao legislador estadual ordinário para que adote o critério da pro-

em função da essencialidade: ICMS e energia elétrica. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 39, 2018, p. 201-225.

¹⁴ Sobre os atos de fala e a força ilocucionária dos enunciados, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2023, p. 84-89.

¹⁵ SILVA, Fábio Pereira da; SOUSA, Kauê Guimarães Castro e; PRZEPIORKA, Michell. O princípio da progressividade e o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) em relação à Emenda Constitucional n. 132/2023. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 56, 2024, p. 197-215 (211).

¹⁶ POLIZELLI, Victor Borges. Progressividade: distribuição de renda e indução. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 21, 2007, p. 361-382 (362-363); SANTOS, Ramon Tomazela. A progressividade do imposto de renda e os desafios de política fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 33, 2015, p. 327-358 (330).

gressividade em razão do valor do quinhão, legado ou doação. E de outro lado, estabelece uma proibição de que o legislador estadual tome conduta diversa, desrespeitando o critério eleito. Além disso, importante destacar a finalidade pela qual essa norma foi instituída, especialmente no que toca a tributação sobre a herança. As leis estaduais que estabelecem o ITCMD progressivo se baseiam no valor total do patrimônio transmitido, aplicando as faixas de tributação sobre esse montante. Nesse sentido, a título exemplificativo, a Lei Estadual do Estado do Rio Grande do Sul (Lei n. 8.821/1989):

Art. 18. No Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” a alíquota é definida com base no resultado da soma do valor venal da totalidade dos bens imóveis, móveis, títulos e créditos, bem como dos direitos a eles relativos, do patrimônio inventariado, estabelecendo-se:

I – isenção, se os valores suprarreferidos não excedem 2.000 Unidades de Padrão Fiscal;

II – em um por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem entre 2.001 e 4.000 Unidades de Padrão Fiscal;

III – em dois por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem entre 4.001 e 6.000 Unidades de Padrão Fiscal;

IV – em três por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem entre 6.001 e 9.000 Unidades de Padrão Fiscal;

V – em quatro por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem entre 9.001 e 12.000 Unidades de Padrão Fiscal;

VI – em cinco por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem entre 12.001 e 20.000 Unidades de Padrão Fiscal;

VII – em seis por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem entre 20.001 e 30.000 Unidades de Padrão Fiscal;

VIII – em sete por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem entre 30.001 e 50.000 Unidades de Padrão Fiscal;

IX – em oito por cento, se os valores referidos no *caput* deste artigo estiverem acima de 50.001 Unidades de Padrão Fiscal.

A nova norma constitucional visa promover uma alteração dessas leis estaduais, deslocando a perspectiva da tributação do *de cujus* para o herdeiro ou legatário. Esse ajuste é importante porque visa exatamente a tributação mais gravosa dos herdeiros que recebem um montante mais significativo, em detrimento da tributação mais gravosa simplesmente do valor total da herança que, dividido entre todos os possíveis herdeiros, poderia se revelar em valor muito diminuto.

Conclusões

As considerações tecidas até aqui demonstram que a Emenda Constitucional n. 132/2023 estabeleceu mudanças significativas também no âmbito de impostos sobre o patrimônio, como é o caso do imposto sobre heranças e doações. No que toca às alterações examinadas pelo presente artigo, verifica-se que a tributação dos bens localizados no exterior sem a exigência de lei complementar possui na-

- ÁVILA, Humberto. Limites constitucionais à instituição do IBS e da CBS. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 56, 2024, p. 701-730.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2023.
- CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. O sistema tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade: fornecendo parâmetros para a reforma tributária no Brasil. Nota Técnica DINTE/IPEA (publicação preliminar), 2022.
- CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1996.
- HORVATH, Estevão. Mesa de debates no VI Congresso Brasileiro de Direito Tributário. *Revista de Direito Tributário*, n. 60, São Paulo.
- LACOMBE, Américo Lourenço Masset. *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- LEÃO, Martha. A (des)proporcionalidade da progressividade do imposto de renda da pessoa física no sistema brasileiro. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 28, 2013, p. 188-205.
- POLIZELLI, Victor Borges. Progressividade: distribuição de renda e indução. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 21, 2007, p. 361-382.
- SANTOS, Ramon Tomazela. A progressividade do imposto de renda e os desafios de política fiscal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 33, 2015, p. 327-358.
- SILVA, Fábio Pereira da; SOUSA, Kauê Guimarães Castro e; PRZEPIORKA, Michell. O princípio da progressividade e o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) em relação à Emenda Constitucional n. 132/2023. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, v. 56, 2024, p. 197-215.

The Relevance of the OECD and UN Commentaries for the Interpretation of Tax Treaties

Michael Lang

I. The OECD and UN Commentaries

The question of whether and what role the OECD and UN commentaries on the respective model convention play in the interpretation of tax treaties is an evergreen issue in international tax law. The OECD commentary itself recommends its own use¹. However, this can by no means be decisive. *Maarten Ellis* compared this to the story of Baron Munchhausen, who pulled himself out of the swamp². It is a question of interpretation of the respective bilateral tax treaties as to whether and to what extent the model convention and commentary should be used. The principles formulated in the VCLT must be observed³.

It is undisputed that the version of the commentaries of one of the model treaties that already existed at the time of the conclusion of the tax treaties is relevant for the interpretation of these treaties. It is merely disputed whether they are part of the “context” relevant under Art 31 (1) VCLT and defined in more detail in Art 31 (2) VCLT, whether they reflect the “special meaning” of a term referred to in Art 31 (4) VCLT, or whether they are to be taken into account under Art 32 VCLT in the context of the “circumstances of the conclusion” of the treaty⁴. However, this question is less important: The decisive factor is that the Commentary is to be taken into account in the interpretation *at all*. Interpretation is a “single combined operation”⁵, which must not be split into its elements anyway⁶. The mention of the various aspects of interpretation in Art 31 - 33 VCLT merely serves to better structure the interpretation process⁷. The individual aspects cannot be clearly separated from one another and flow into one another⁸. Therefore,

¹ OECD (2019), *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, OECD Publishing I-1.

² Maarten J. Ellis, *The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation – Response to Prof. Dr Klaus Vogel*, 54 Bulletin for International Fiscal Documentation 618 (2000).

³ Section 3 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969; International Law Commission, *UN Doc A/73/10*, 17 et seq (Para. 1 Conclusion 2) (2018).

⁴ See also Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, 32 IStR 549 et seq (2023).

⁵ International Law Commission, *supra* note 3, at 24 (Para. 4 Conclusion 3); see also Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties*, in *A Journey Through European and International Taxation, Liber Amicorum in Honour of Peter Essers* 356 (Eric Kemmeren et al. eds., Wolters Kluwer 2024).

⁶ International Law Commission, *Yearbook Vol. II, Document A/6309/Rev.1*, 219 et seq (Para. 8 et seq) (1966).

⁷ Michael Lang & Kilian Posch, *The Relevance of the Vienna Convention on the Law of Treaties for Tax Treaty Interpretation*, in *Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)* in print (Wolters Kluwer 2024).

⁸ Michael Lang & Kilian Posch, *The Relevance of the Vienna Convention on the Law of Treaties for Tax*

it cannot be ruled out that the version of a commentary of a model treaty existing at the time of the conclusion of a tax treaty is also addressed by several provisions of Art 31 et seq VCLT. Only the allocation under the heading “Supplementary means of interpretation” in Art 32 VCLT could somewhat relativize the significance of the commentary. However, the weight of the commentary to be taken into account in the interpretation is determined by the extent to which it suggests a certain interpretation result and the clarity with which the other means of interpretation to be taken into account point in the same or a different direction⁹. It is therefore not the VCLT, but the provision to be interpreted that ultimately determines the weight of the individual means of interpretation.

It is therefore also clear that, in addition to the Commentary on the Model Convention, the other available means of interpretation must also be taken into account. It is not the Commentary and not even the Model Convention, but the tax treaty provision that must be interpreted. An opinion expressed in the Commentary on the Model Tax Convention can therefore be overridden by the wording of the Convention or its context or object and purpose¹⁰. The significance of the Commentary on the Model Convention depends not only on whether the tax treaty provision relevant in the specific case corresponds to the Model Convention, but also on the other treaty provisions: The German Federal Tax Court (Bundesfinanzhof, BFH) ruled that an interpretation in the sense of the OECD Model Tax Convention and the OECD Commentary can only be assumed if and to the extent that the respective tax treaty corresponds to the Model Tax Convention in its conception, structure and wording and the contracting states have not made any observations or reservations¹¹.

However, completely different considerations must be made when it comes to the question of whether *later* published commentaries on the Model Convention can also be taken into account in the interpretation of tax treaties. The discussion revolves around the question of whether these materials can be used as subsequent agreements or subsequent practice under Art 31 (3) VCLT. There is widespread agreement that they cannot belong to any of the other means of interpretation mentioned in Art 31 VCLT. It therefore depends on the possibility of subsuming these later versions of the Commentaries under Art 31 (3) VCLT whether they can be taken into account at all in the interpretation of a tax treaty. I will therefore address this question, taking into account recent case law from Germany, Switzerland and Austria.

Treaty Interpretation, in Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) in print (Wolters Kluwer 2024).

⁹ Michael Lang, Art. 3 Abs. 2 OECD-MA und die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, IWB 282 et seq (2011).

¹⁰ Bundesfinanzhof, 11.07.2018 – I R 44/16.

¹¹ BFH, 05.12.2023 – I R 42/20.

II. Modification versus interpretation

First of all, the scope of Art 31 (3) VCLT must be determined. This is limited by the fact that Art 31 (3) VCLT can only deal with “interpretation”. The VCLT also provides for separate provisions for the “modification” of treaties¹². The limit for “subsequent agreements” under Art 31 (3)(a) VCLT lies in any case where it is no longer a matter of “interpretation” but of “modification” of the treaty¹³. This also applies to “subsequent practice” under Art 31 (3) (b) VCLT: The VCLT does not have a separate provision for the modification of treaties through subsequent practice. Nevertheless, it is clear that “subsequent practice” cannot modify a treaty under international public law¹⁴.

However, the question of *where* the boundary between interpretation and modification lies is an interesting one. The German Federal Tax Court (BFH) has always considered the wording of the provision to be decisive¹⁵: A “subsequent practice” can only be relevant insofar as it does not contradict the wording of the treaty¹⁶.

However, relying on the wording is problematic¹⁷: Even if the text of the provision is the starting point for the interpretation, it cannot be ruled out in the context of further considerations that systematic, teleological or historical considerations may suggest a completely different interpretation than the one that appears to emerge from a first glance at the text¹⁸. Above all, the interpretation process cannot be broken down into individual elements: The context, the object and purpose or legal development of a provision can also make its wording appear in a completely different light. This applies in particular to the interpretation of tax treaties, where, as a rule, the wording may not only be considered in a single language, but other authentic language versions must be taken into account in the same way, and – if

¹² Michael Lang & Eric Coenen, *Subsequent Practice and Tax Treaty Interpretation*, in *Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)* in print (Wolters Kluwer 2024).

¹³ International Law Commission, *UN Doc A/73/10*, *supra* note 3, at 13 (Conclusion 1); Michael Lang & Eric Coenen, *supra* note 12, at in print.

¹⁴ Michael Lang & Eric Coenen, *supra* note 12, at in print.

¹⁵ BFH, 11.07.2018 – I R 44/16.

¹⁶ BFH, 11.07.2018 – I R 44/16; Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, 32 IStR, *supra* note 4, at 550 et seq; Michael Lang, *Auslegung und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen*, in *100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918 – 2018, Festschrift für den Bundesfinanzhof 988* (Klaus-Dieter Drüen et al. eds., Dr. Otto Schmidt KG 2018).

¹⁷ Critical already Michael Lang, *Auslegung und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen*, *supra* note 16, at 989 et seq; but apparently different Florian Haase, *Auslegung von DBA – “Jetzt schlägt’s dreizehn”*, 16 Ubg 234 (2023); see also Georg Kofler & Bence P. Komar, *The ‘Ordinary Meaning’ (Article 31 (1) VCLT), the ‘Special Meaning’ (Art 31 (4) VCLT), and Tax Treaty Interpretation*, in *Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)* in print (Wolters Kluwer 2024); Michael Lang & Eric Coenen, *supra* note 12, at in print.

¹⁸ Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 550.

the provision is modeled on the OECD Model Tax Convention – its wording in the English and French versions is also authoritative¹⁹. If a provision of the UN Model Tax Convention was the inspiration, it must be taken into account that as many as six different language versions stand side by side on an equal footing²⁰. Even if, as by the German Federal Tax Court (BFH), the wording of the tax treaty provisions is seen as a “boundary marker” for interpretation²¹, it often does not represent an actual barrier to interpretation in the area of tax treaties.

In addition, when interpreting tax treaties, there is sometimes no alternative but to disregard the wording of the treaty provisions. One example is the provision of Art 2 (2) OECD MC, according to which, among other things, “taxes on the total amounts of wages or salaries paid by the enterprises” are also covered by this provision and therefore fall within the substantive scope of the tax treaties²². However, in order for the tax treaties to actually fulfill the task of avoiding double taxation in the area of these taxes as well, “total amounts of wages or salaries paid by the enterprises” must qualify as “profits” or “income” of the enterprise for the purposes of the distributive rules of the tax treaties, and as “income” of the enterprise for the purposes of the method article (Art 23A or Art 23B). In no language that can be considered authentic in the area of a tax treaty is the “total amounts of wages or salaries paid by the enterprises” – i.e. *expenses* of the enterprises – likely to be understood as “profits” or “income” of the enterprise. Although Art 15 (1) OECD MC refers to “salaries” and “wages”, this always refers to “remuneration” received *by the employee* and not to “income” *of the enterprise*. However, if the explicit mention of the “total amounts of wages or salaries paid by the enterprises” in Art 2 (2) OECD MC is not to become meaningless, there is no alternative to considering these expenses as “profits” for the purposes of Art 7 or 8 OECD MC and, if applicable, as “income” of the enterprise for the purposes of Art 23A or Art 23B OECD MC. The fact that the limit of the wording is exceeded must be accepted in this case.

Especially in connection with the OECD Commentary, the limit for its relevance is occasionally seen in whether a later statement of the OECD Commentary merely represents a “clarification”.²³ However, this cannot be seen as a suitable limit for the interpretation, neither with regard to the authoritativeness of the

¹⁹ More details Michael Lang, *Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen und authentische Vertragssprachen*, 20 IStR 406 (2011).

²⁰ *Ibid.* at 409; Yasmin Lawson, *Authentic Languages (Art 33 VCLT) and Tax Treaty Interpretation*, in *Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)* in print (Wolters Kluwer 2024).

²¹ BFH, 02.09.2009 – I R 90/08 (Unofficial translation); see also BFH, 12.10.2011 – I R 15/11 (Unofficial translation).

²² Michael Lang, “*Taxes Covered*” – *What is a “Tax” According to Article 2 of the OECD Model?*, 59 Bulletin for International Fiscal Documentation 220 (2005).

²³ See also Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, 74 tax notes international 656 (2014).

OECD Commentary nor with regard to Art 31 (3) OECD MC: In order to find out whether a later statement is a “clarification”, one must compare interpretation of the previous version of the respective provision of the OECD Model Convention with the current version of the OECD Commentary: If the interpretation does not differ, it is a clarification. If it does differ, then it is not a clarification. However, if one has – successfully – ascertained the previous legal situation anyway, and this is necessary in order to distinguish the mere “clarification” from the amendment, there is no need to refer to the later version of the OECD Commentary: The meaning of the provision has already been successfully established. In addition, the OECD also uses a similar approach to many national legislators who want to disguise the amending nature of new legal provisions by calling them “clarifications”. This often happens in particular when the new regulation is to be applied retroactively²⁴.

In its 2018 report on Art 31 (3) VCLT, the ILC pointed out that a “manifest misapplication of a treaty” no longer qualifies as “subsequent practice”²⁵. In doing so, it may also have made it clear that the wording is not necessarily the limit of interpretation. However, this does not mean that there are no limits: Interpretation is “a single combined operation”²⁶. The content of a tax treaty provision can therefore go beyond the “ordinary meaning” (Art 31 (1) VCLT) or “special meaning” (Art 31 (4) VCLT) of the terms if other means of interpretation, such as object and purpose or context, indicate this.

III. Constitutional considerations?

In some countries – and in Germany in particular – constitutional arguments are repeatedly used to limit the significance of subsequent agreements and subsequent practice and to exclude the use of later versions of the commentary on the Model Convention: Germany’s Federal Tax Court (BFH) in particular cites the principle of separation of powers in this context²⁷: The international treaty approved by the legislator may not be amended by administrative bodies that either conclude “subsequent agreements” and shape “subsequent practice” or, as government representatives in the OECD bodies, co-decide amendments to the commentaries on the Model Tax Convention. The postulate of legal certainty

²⁴ Michael Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, 74 tax notes international 656 (2014); see also Michael Lang, *Her Majesty the Queen vs Peter Sommers: Abkommensrechtliche Fragen der Zurechnung von Einkünften*, in *Festschrift für Hellwig Torggler* 722 et seq (Hanns Fitz et al. eds., Verlag Österreich 2013).

²⁵ International Law Commission, *UN Doc A/73/10*, *supra* note 3, at 37 (Para. 2 Conclusion 5).

²⁶ International Law Commission, *UN Doc A/73/10*, *supra* note 3, at 24 (Para. 3 Conclusion 4).

²⁷ BFH, 11.07.2018 – I R 44/16; see also Michael Lang, *Die Bedeutung des OECD-Kommentars und der Reservations, Observations und Positions für die DBA-Auslegung*, in *Nationale und internationale Unternehmensbesteuerung in der Rechtsordnung*, *Festschrift für Dietmar Gosch zum Ausscheiden aus dem Richteramt* 235 (Jürgen Lüdicke et al. eds., Verlag C.H. Beck OHG).

derived from the principle of the rule of law is also repeatedly used to argue that subsequently enacted legal acts cannot have any effect on the content of a tax treaty that has been approved by the legislator²⁸.

Germany's Federal Tax Court (BFH) is rightly of the opinion that a tax treaty provision cannot have a different content under domestic law than it has under international law. This is because the tax treaty becomes applicable domestically with its content determined at international law level²⁹. The content of the tax treaty provisions at international law and domestic law level is identical.

It is precisely for this reason, however, that the constitutional considerations of the Federal Tax Court (BFH) in the context of the interpretation of tax treaties are at least misleading³⁰: Neither for the interpretation of a provision of a tax treaty in line with the OECD or UN Model Convention nor for the interpretation of Art 31 (3) VCLT is the constitutional interpretation of provisions permissible. This is where these tax treaty provisions differ from the interpretation of domestic law: In the latter area, the interpreter can rightly assume that the legislator has followed the constitutional requirements in case of doubt. When interpreting provisions that have been adopted from a Model Convention into a bilateral treaty there is no reason to assume that the states followed a specific constitutional requirement of one of the contracting states when concluding the treaty: An interpretation in conformity with the constitution to the effect that, at the level of domestic law, considerations of the separation of powers are to be taken into account in the interpretation which are not already to be taken into account in the interpretation under international law is not possible³¹. Should a tax treaty provision adopted from one of the Model Conventions or Art 31 para 3 VCLT prove to be unconstitutional³², this cannot be remedied by way of interpretation³³.

²⁸ Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, 32 IStR, *supra* note 4, at 550; BFH, 11.07.2018 – I R 44/16.

²⁹ Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 552.

³⁰ Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 252, is already critical of similar considerations by the judgment of BFH, 11.07.2018 – I R 44/16.

³¹ Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 552; Michael Lang, *Doppelbesteuerungsabkommen und Verfassungsrecht*, in *Steuerpolitik und Verfassungsrecht* 160 et seq (Georg Kofler et al. eds., Linde Verlag 2023).

³² With regard to Art 31 para 3 WVK, e.g. Walter Barfuß, *Rechtsstaat und völkerrechtlicher Vertrag*, in *Staatsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag* 693 et seq (Jürgen Lüdicke & Thomas Rödder eds., Manz 1991); Michael Thaler, *Enthält das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge verfassungsändernde Bestimmungen?*, in *Staatsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag* 693 et seq (Manz 1991); with regard to DTA regulation, the examples in Michael Lang, *Die Konsequenzen des VfGH-Erkenntnisses zum DBA Liechtenstein*, 24 SWI 407 et seq (2014); Helmut Loukota, *DBA Liechtenstein auf dem Prüfstand des Verfassungsgerichtshofs*, 24 SWI 8 et seq (2014).

³³ Michael Lang, *Die jüngste Rechtsprechung des VfGH zum DBA Österreich-Liechtenstein*, 68 ÖStZ 101

IV. Distinguishing according to the subject matter of the treaty

However, this does not preclude distinguishing according to the subject matter of an international treaty when interpreting it. The ILC Report from 2018, for example, makes it clear that the courts have developed somewhat different standards for the interpretation of treaties relating to human rights than is the case with other international treaties³⁴. Another example of peculiarities in the interpretation of international treaties is the area of the WTO³⁵.

The content of tax treaties is closely interlinked with the tax law of the respective contracting states. They are therefore not treaties that merely establish rights and obligations between the contracting states or only have an impact on a few individuals. Rather, they operate in a similar way to tax exemptions and tax reductions and therefore often have an impact on a very large number of individuals.

In many countries, great importance is attached to legal certainty in the area of tax law: Taxpayers should be able to assess the tax consequences of their economic activities in advance. Tax regulations are therefore formulated as precisely as possible. Taxpayers should not have to wait until after the event to find out whether and to what extent their behavior will trigger taxes. Due to the close links between tax treaties and domestic tax law, these considerations must also be taken into account when interpreting tax treaties: States that conclude tax treaties can therefore be assumed to want to attach less importance to later developments than is the case in other areas of law in which they conclude international treaties. For this reason alone, the significance of “subsequent agreements” and “subsequent practice” in the interpretation of tax treaties will at least be of lesser importance³⁶. Insofar as Art 31 (3) VCLT can be the basis at all for a later published Commentary on the Model Convention to play a role in the interpretation of tax treaty provisions, it will therefore also have to be taken into account that there is little room for Art 31 (3) VCLT in the area of tax treaties.

V. The incorporation of provisions from a Model Convention into a tax treaty

Another special feature of tax treaties is that their provisions are largely taken from the OECD and UN Model Conventions. States that make use of such provisions when concluding tax treaties thereby express that their bilateral tax treaty provisions should have the same meaning as the corresponding provisions of the Model Convention. In this way, it is clear that the version of the respective

(2015); Michael Lang, *Die Konsequenzen des VfGH-Erkenntnisses zum DBA Liechtenstein*, *supra* note 32, at 407 et seq.

³⁴ International Law Commission, *UN Doc A/73/10*, *supra* note 3, at 76 (Para. 4 Conclusion 10).

³⁵ In more detail Report of the *Ibid.* at 33 et seq (Para. 25 Conclusion 4).

³⁶ Michael Lang & Eric Coenen, *Subsequent Practice and Tax Treaty Interpretation*, in *Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)*, *supra* note 12, at in print.

Commentary on the OECD or UN Model Convention that existed at the time the treaty was concluded is relevant for the interpretation of this tax treaty provision.

States that incorporate most of the provisions from one of the Model Conventions into their tax treaties also have the advantage of greater legal certainty: Not only can the Commentary on the Model Convention available at the time the respective tax treaty was concluded be used to interpret these treaty provisions, but also academic literature and case law from around the world on the provisions of the Model Convention and its equivalents in other bilateral treaties. This is also one reason why states often decide to fall back on a provision of a Model Convention. If they draft their own provisions in bilateral negotiations that deviate from the Model Convention, they do not have this advantage.

However, this also has repercussions for the interpretation of tax treaty provisions that have been copied from one of the OECD or UN Model Conventions: The contracting states have thus also implicitly expressed that they only wish to attach limited importance – if any at all – to the “subsequent agreements” and “subsequent practice” referred to in Art 31 (3) VCLT. This is because “subsequent agreements” can only be concluded between the respective contracting states. “Subsequent practice” can also only develop between the respective contracting states of a treaty. Anyone who attaches great importance to subsequent agreements and subsequent practice accepts that these subsequent agreements and subsequent practice develop differently for each treaty. The greater the importance of subsequent agreements and subsequent practice, the greater the risk that the content of tax treaty provisions taken from a Model Convention will diverge and ultimately be different in each bilateral tax treaty. The goal of a uniform understanding, which is the reason for adopting the provisions of a model treaty, could then not be achieved.

However, it must be acknowledged that this risk would not exist if subsequent agreements and a subsequent practice were in line with the content of subsequent amendments to the Commentary on the respective provision of the Model Convention: New views expressed in the Commentary on one of the Model Conventions could be taken into account in this way when interpreting already existing tax treaties. However, this would require a split understanding of Art 31 (3) VCLT, for which there is no legal basis: The “subsequent agreement” and “subsequent practice” mentioned there can only refer to the respective – mostly bilateral – tax treaty. It would be unconvincing to argue that such “subsequent agreements” and “subsequent practice” should have no or at least little significance per se, unless they relate to amendments to the OECD or UN Commentaries. Art 31 (3) VCLT provides no basis for this distinction, which would give the OECD or the UN special authority.

VI. Static versus dynamic interpretation of tax treaties

In the report, in which the ILC addresses “subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties”, it also deals with the

question of “whether or not the presumed intention of the parties upon the conclusion of the treaty was to give a term used a meaning which is capable of evolving over time”³⁷. The ILC summarizes the state of discussion as follows³⁸: “In the case of treaties, the question of the so-called intertemporal law³⁹ has traditionally been put in terms of whether a treaty should be interpreted in the light of the circumstances and the law at the time of its conclusion (‘contemporaneous’ or ‘static’ interpretation), or in the light of the circumstances and the law at the time of its application (‘evolutive’, ‘evolutionary’, or ‘dynamic’ interpretation). Arbitrator Max Huber’s dictum in the *Island of Palmas* case according to which ‘a judicial fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it’ led many international courts and tribunals, as well as many writers, to generally favor contemporaneous interpretation. At the same time, the Arbitral Tribunal in the *Iron Rhine* case asserted that there was, ‘general support among the leading writers today for evolutive interpretation of treaties’”. The ILC “does not take a position regarding the question of the appropriateness of a more contemporaneous or a more evolutive approach to treaty interpretation in general”⁴⁰, but emphasized “the need for some caution with regard to arriving at a conclusion in a specific case whether to adopt an evolutive approach”⁴¹.

In its decision of June 25, 2023, the Swiss Federal Supreme Court (Bundesgericht, BG) also took a very cautious view on the admissibility of dynamic interpretation⁴²: “According to the case law of the International Court of Justice and the prevailing doctrine of international law, to which the Federal Supreme Court already referred in judgment [...] of May 19, 2020 E. 4.1, international treaties are generally to be interpreted statically. Accordingly, the meaning of the terms and provisions used in the treaty at the time of the conclusion of the treaty is usually decisive ([...]). A dynamic interpretation can only be considered if open terms are used in international treaties that are entered into for a very long or indefinite duration, the meaning of which is recognizably subject to change over time for

³⁷ International Law Commission, *supra* note 3, at 64 et seq (Conclusion 8); see for the following paragraphs also Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties, in A Journey Through European and International Taxation, Liber Amicorum in Honour of Peter Essers*, *supra* note 5, at 360.

³⁸ International Law Commission, *supra* note 3, at 64 (Para. 2 Conclusion 8).

³⁹ See also Ulf Linderfalk, *Doing the Right Thing for the Right Reason: Why Dynamic or Static Approaches Should Be Taken in the Interpretation of Treaties*, 10 ICLR 109 et seq (2008). 10 ICLR 109 et seq (2008)

⁴⁰ International Law Commission, *supra* note 3, at 64 et seq (Para. 4 Conclusion 8).

⁴¹ International Law Commission, *supra* note 3, at 67 (Para. 10 Conclusion 8).

⁴² No. 9C_682/2022, at Para. 9.4.3. (Sweizerisches Bundesgericht 23.06.2023, Unofficial translation); see also Michael Lang, *Die Bedeutung des OECD-Kommentars und von „Reservations“, „Observations“ und „Positions“ für die DBA-Auslegung*, 33 SWI 117 (2023); see also Michael Lang, *Schweizer Bundesgericht zur Bedeutung des OECD-Kommentars*, 33 SWI 422 (2023); Daniel Blum, *Die Bedeutung des OECD-Musterkommentars für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen*, 32 IStR 922 et seq (2023).

the parties. In this case, according to the case law of the International Court of Justice, there is a presumption that the parties intended these terms to have a changing meaning ([...]).” In the opinion of the Swiss Federal Supreme Court (BG), however, there is hardly any room for a dynamic interpretation, which would also allow later versions of the OECD Commentary to be taken into account⁴³: “The dynamic interpretation of international treaties entails the risk that the application of the law will move away from the consensus of the contracting states and that the will of the contracting states will be undermined ([...]). There are therefore sometimes calls for dynamic interpretation to be limited to international treaties that have the character of a constitution or at least a law and provide for mechanisms such as a treaty court or a treaty institution that can take account of changes in circumstances without having to rely on the agreement of all contracting states ([...]). The OECD’s Fiscal Affairs Committee, which is responsible for the OECD Model Commentary, is not such a mechanism for bilaterally negotiated DTAs; let alone is the OECD a treaty legislator ([...]). [...] In view of the respectable reservations against an unrestrained dynamic interpretation, it can in any case only be assumed with the greatest reluctance that the contracting states wanted to see a certain term interpreted dynamically. If the conditions for this are not met, subsequent commentaries of the OECD MC do not constitute an important means of interpretation under Article 31 VCLT which could determine the ordinary or special meaning of a treaty provision.” The Swiss Federal Supreme Court (BG) had to interpret Art 15 OECD MC and concluded that in the context of Article 15 OECD MC – and presumably also in the context of the other distributive rules of the tax treaties – there is no indication that open terms are used which would support a dynamic interpretation⁴⁴. In the case of the terms ‘salaries, wages and similar remuneration’ in Article 15 OECD MC, however, the situation is indeed different. These words serve the same purpose as the words ‘profits’, ‘payments’ or ‘income’ in the other distribution standards: They ensure that each distributive rule of a tax treaty is linked to the tax base of the domestic tax law of the contracting states, so that then the distributive rule – either alone or in combination with the method article – restricts accordingly, if necessary. Tax treaties distribute taxation rights between the Contracting States and must therefore be based on domestic tax law not only from the perspective of its personal scope – by the ‘resident person’, but also from the perspective of its substantial scope. From this point of view, the tax treaty provision modelled on Article 3 (2) OECD MC can only be relevant to the extent that the context of the treaty requires the use of the tax base under domestic law, i.e. by way of an autonomous interpretation⁴⁵. It

⁴³ No. 9C_682/2022, at Para. 9.4.5. (Unofficial translation).

⁴⁴ See also Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties*, in *A Journey Through European and International Taxation, Liber Amicorum in Honour of Peter Essers*, *supra* note 5, at 362.

⁴⁵ See also Michael Lang, *Schweizer Bundesgericht zur Bedeutung des OECD-Kommentars*, *supra* note

is absolutely correct that with all these mentioned expressions ('salaries, wages and similar remuneration') the respective domestic tax base at the time when the facts occur is decisive⁴⁶.

In all other constellations, there is no room for a dynamic understanding of tax treaty terms, according to the convincing opinion of the Swiss Federal Supreme Court (BG)⁴⁷. However, even if tax treaty terms were to be understood dynamically, there would be no reason to fill in the content of these terms by referring to the Commentaries of the OECD or the UN: It is not apparent that the tax treaties intended to grant these organizations the right to further develop the content of the tax treaty provisions.

In general, the question arises as to whether, in some of the constellations in which a dynamic understanding of treaty terms is considered, it is not in fact a question of applying legal provisions to newly arising situations⁴⁸: A decision in which the ICJ arrived at an evolving meaning is quoted in detail in the Commentary of the ILC to Conclusion 8⁴⁹: "The judgment of the International Court of Justice in *Dispute regarding Navigational and Related Rights* illustrates how subsequent agreements and subsequent practice of the parties can assist in determining whether a term has to be given a meaning that is capable of evolving over time". Interpreting the term 'comercio' in a treaty of 1858, the Court held⁵⁰:

On the one hand, the subsequent practice of the parties, within the meaning of article 31 (3) (b) of the Vienna Convention, can result in a departure from the original intent on the basis of a tacit agreement between the parties. On the other hand, there are situations in which the parties' intent upon conclusion of the treaty was ... to give the terms used ... a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law.

The Court then found that the term "comercio" was a "generic term" of which "the parties necessarily" had "been aware that the meaning ... was likely to evolve over time" and that "the treaty has been entered into for a very long period", and concluded that "the parties must be presumed ... to have intended" this

42, at 425; Michael Lang, *Tax Treaty Interpretation – A Response to John Avery Jones*, 74 Bulletin for International Taxation 660 et seq (2020).

⁴⁶ No. 9C_682/2022, at Para. 10.1.

⁴⁷ See in more detail Michael Lang, *Die Bedeutung des OECD-Kommentars und von „Reservations“, „Observations“ und „Positions“ für die DBA-Auslegung*, *supra* note 42, at 114 et seq.

⁴⁸ Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties*, *supra* note 5, at 360 et seq.

⁴⁹ International Law Commission, *UN Doc A/73/10*, *supra* note 3, at 67 et seq (Para. 12 Conclusion 8); see also Marcelo G. Kohen, *Keeping Subsequent Agreements and Practice in Their Right Limits*, in *Treaties and Subsequent Practice* 41 (Georg Nolte ed., OUP Oxford 2013).

⁵⁰ International Law Commission, *supra* note 3, at 67 et seq (Para. 12 Conclusion 8); Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties*, *supra* note 5, at 361.

term to “have an evolving meaning”⁵¹. Judge Skotnikov, in a Separate Opinion, while disagreeing with this reasoning, ultimately arrived at the same result by accepting a more recent subsequent practice of Costa Rica related to tourism on the San Juan River “for at least a decade” against which Nicaragua “never protested” but rather “engaged in consistent practice of allowing tourist navigation” and concluded that this “suggests that the parties have established an agreement regarding its interpretation”.

The latter example in particular gives rise to the question whether we are really dealing with two different ‘strands of jurisprudence’. For apparently there was no tourism on the San Juan River in 1858. From the perspective of the year 1858, this is a new phenomenon. However, it is part of the daily routine of any legal interpretation to clarify which facts that have only newly arisen since the entry into force of the law or the conclusion of the contract are covered by the provision and which are not. In the present case, it has been shown that tourism is still covered by ‘comercio’. However, if the decision had been on a completely different service and the ICJ had ruled that this service was not covered by ‘comercio’, this would probably not have led to the term ‘comercio’ no longer having an evolving meaning⁵². The boundaries are fluid in interpretation. It is a matter of continuum: some provisions are more, others less, likely to cover new phenomena as well.

VII. Acting on behalf of Contracting States

Insofar as Art 31 (3) VCLT is to be the basis for using a Commentary on a Model Convention published after the conclusion of the respective tax treaty for the interpretation of this tax treaty, the German Federal Tax Court (BFH) has put forward decisive arguments as to why the later Commentary can neither qualify as a “subsequent agreement” nor as “subsequent practice” on its own merits. The Federal Tax Court referred to the ILC Report from 2018⁵³: “However, it follows from the definitions of ‘subsequent agreement’ and ‘subsequent practice’ in Conclusion 4 that this depends on the specific contracting parties. However, the OECD Model Commentary was not agreed and adopted between the USA and Germany”. The German Federal Tax Court (BFH) therefore correctly assumes that the representatives of the OECD Member States in the bodies of the OECD are not acting in their capacity as representatives of the contracting states of a bilateral tax treaty. Even if both contracting states are members of the OECD, the approval of both states to a new version of the OECD commentary cannot simultaneously be seen as a “subsequent agreement” on the interpretation of the tax

⁵¹ Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties*, *supra* note 5, at 360 et seq.

⁵² Critical also Malgosia Fitzmaurice, *Subsequent Agreement and Subsequent Practice*, 22 ICLR 31 (Brill 2020). 22 ICLR 31 (Brill 2020)

⁵³ BFH, 5.12.2023 – I R 42/20, Para. 49 (Unofficial translation).

treaty concluded between them. Nor does this constitute “subsequent practice”: The representatives in the OECD bodies apply the OECD Statute, which authorizes decisions on non-binding recommendations to the member states⁵⁴. Such a recommendation becomes relevant when decisions are taken to amend the OECD Commentary.

VIII. Conduct of a party in the application of a treaty as “subsequent practice”

However, “subsequent practice” hardly plays a role in the area of tax treaties for another reason. The ILC addresses that issue⁵⁵: ‘Subsequent practice of States in the application of a treaty may certainly be performed by the high-ranking government officials mentioned in article 7 of the 1969 Vienna Convention. Yet, since most treaties typically are not applied by such high officials, international courts and tribunals have recognized that the conduct of lower authorities may also, under certain conditions, constitute relevant subsequent practice in the application of a treaty’.

In fact, tax treaties are generally applied by local tax authorities all over the world. In addition, there are courts that are called upon to review the decisions of the local tax authorities. But none of the officials mentioned in Article 7 VCLT – Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs as well as heads of diplomatic mission – apply the provisions of the tax treaties. This is also true for the representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs mentioned in Article 7 (2) lit c, because this applies only ‘for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ’. The Ministers of Finance and their authorities, which are not explicitly mentioned in Article 7 VCLT, apply tax treaties only in special situations, as in the case of Article 26 or Article 27 OECD MC or Article 29 (8) lit c OECD MC. The application of Article 25 OECD MC is also reserved for the ‘competent authorities’, but only serves the conclusion of mutual agreements, which in turn may have significance for the interpretation as ‘subsequent agreements’⁵⁶.

⁵⁴ Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, 32 IStR, *supra* note 4, at 554.

⁵⁵ International Law Commission, *supra* note 3, at 38 (Para. 6 Conclusion 5); see also Irina Buga, *Subsequent Practice and Treaty Modification*, in *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* 368 (Michael J. Bowman & Dino Kritsiotis eds., Cambridge University Press 2018).

⁵⁶ See also Rahim Moloo, *When Actions Speak Louder than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation*, 31 Berkeley Journal of International Law 69 et seq (2013): ‘[...] with respect to customs exemptions in a treaty, the actions of border customs agents may be relevant [under Article 31 (3) lit b VCLT], though that same customs agent would not be able to represent the state in entering an agreement on the interpretation of the same treaty for the purposes of Article 31(3)(a)’.

The ILC even mentions, by way of illustration, an example from international tax law concerning the tax treatment of pensions by local tax authorities⁵⁷: “And in the case of *Tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, the Arbitral Tribunal accepted, in principle, the practice of the French tax administration of not collecting taxes on the pensions of retired UNESCO employees as being relevant subsequent practice. Ultimately, however, the Arbitral Tribunal considered some contrary official pronouncements by a higher authority, the French Government, to be decisive. The ILC Report then summarizes as follows⁵⁸: “The practice of lower and local officials may thus be subsequent practice “of a party in the application of a treaty” if this practice is sufficiently unequivocal and if the Government can be expected to be aware of this practice and has not contradicted it within a reasonable time”.

Therefore, according to the ILC Report, the practice of the competent local authorities, i.e., as a rule, the tax offices, is decisive for the determination of a ‘subsequent practice’⁵⁹. In such cases, statements by the government or another ‘higher authority’ cannot themselves establish a ‘subsequent practice’. They can – if the government takes a view contrary to the practice of the competent local authorities – only *prevent* this practice from becoming a ‘subsequent practice’ according to Article 31 (3) lit b VCLT⁶⁰.

A judgment of the Austrian Supreme Constitutional Court (Verfassungsgerichtshof, VfGH) goes in a similar direction⁶¹: ‘A later practice within the meaning of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties that is to be taken into account in the context of treaty interpretation can only be spoken of if the authorities entrusted with the application of the law hold a uniform opinion that has remained undisputed, i.e. has not been challenged before the courts or confirmed by the appellate court (cf. also Lang, ÖStZ 2006, 208 f.)’. The authorities entrusted with the application of the law, whose conduct may constitute a ‘subsequent practice’, are also in Austria primarily the local tax authorities⁶². De-

⁵⁷ International Law Commission, *supra* note 3, at 38 (Para. 6 Conclusion 5).

⁵⁸ International Law Commission, *supra* note 3, at 38 (Para. 7 Conclusion 5); *see also* Buga, *supra* note 55, at 368.

⁵⁹ *See for the following deliberations already* Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties*, in *A Journey Through European and International Taxation, Liber Amicorum in Honour of Peter Essers*, *supra* note 5, at 357 et seq.

⁶⁰ In this regard also already Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, 32 IStR, *supra* note 4, at 554.

⁶¹ VfSlg. 20005/2015 (Unofficial translation); on this also Michael Lang, *Doppelbesteuerungsabkommen und Verfassungsrecht*, in *Steuerpolitik und Verfassungsrecht*, *supra* note 31, at 160 et seq.

⁶² More closely Michael Lang, *Wer hat das Sagen im Steuerrecht? Die Bedeutung des OECD-Steuerausschusses und seiner Working Parties*, 59 ÖStZ 207 (2006); *see also* Rahim Moloo, *When Actions Speak Louder than Words: The Relevance of Subsequent Party Conduct to Treaty Interpretation*, 31 Berkeley Journal of International Law, *supra* note 56, at 69, who points out that in interpreting customs exemptions in international treaties, the ‘practice’ is shaped by the customs authorities.

cisions of the local tax authorities can only be considered a ‘subsequent practice’ if they have remained uncontested, i.e. have not been challenged before the courts or have even been confirmed by them. However, if a court disagrees, no ‘subsequent practice’ can arise⁶³.

Recently, the Swiss Federal Supreme Court (BG) referred to the above-mentioned ruling of the Austrian Supreme Constitutional Court (VfGH), among others, and also made statements along the same lines⁶⁴. In particular, the Swiss Federal Supreme Court (BG) also rejected the argument that the OECD Commentaries could be an expression of a ‘subsequent practice’⁶⁵: ‘In the literature, it was rightly pointed out that the OECD MC itself does not yet embody a consistent application practice and that the tax offices and tax judicial authorities – and not, for example, the representatives of the Member States in the Fiscal Committee of the OECD or the supreme tax authority of the Member States – are typically entrusted with the application of the DTAs (cf. MICHAEL LANG, *Die Bedeutung des OECD-Kommentars und der Reservations, Observations und Positions für die DBA-Auslegung*, in FS Dietmar Gosch, 235 (239); cf. also judgment of the Austrian Supreme Constitutional Court V 41/2015 of September 25, 2015, para. 2.2.3; contrary view judgment of the Supreme Court of Canada of November 26, 2021 *Canada v Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49 para. 41; LINDERFALK/HILLING, *op. cit.*, p. 45 f.; cf. for the identification of the application practice of a State Party UN International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 2018, Vol. II, Part Two, Text of the draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, commentary on Conclusion 5 paras. 6 f. and 9 and on Conclusion 6 paras. 7 and 22)’.

According to the standard set by the Austrian Supreme Constitutional Court (VfGH) and now also by the Swiss Federal Supreme Court (BG), it is difficult at all to prove a practice that is significant under Article 31 (3) lit b VCLT⁶⁶: For such a practice arises ‘when the authorities entrusted with the application of the law’⁶⁷ take ‘a uniform view’⁶⁸ in their decisions. As a rule, taxpayers have no knowledge of how the authority responsible for them and the other authorities in their cou-

⁶³ In this regard also Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 551.

⁶⁴ In addition also Michael Lang, *Schweizer Bundesgericht zur Bedeutung des OECD-Kommentars*, 33 SWI, *supra* note 42, at 418 et seq.

⁶⁵ No. 9C_682/2022, at Para. 9.4.4. (Unofficial translation).

⁶⁶ See already Michael Lang, *Subsequent Practice and Tax Treaties*, in *A Journey Through European and International Taxation, Liber Amicorum in Honour of Peter Essers*, *supra* note 5, at 360 et seq; Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 551.

⁶⁷ VfSlg. 20005/2015 (Unofficial translation).

⁶⁸ *Ibid.* (Unofficial translation).

ntry have proceeded in cases of other taxpayers involving the same legal issue. However, the authorities are also prevented from granting taxpayers insight into other tax files for reasons of tax secrecy. The proof of an undisputed practice is therefore practically hardly possible⁶⁹. More realistic, however, is the proof of a practice – at least considered relevant by the Austrian Supreme Constitutional Court (VfGH) –⁷⁰ confirmed by the appellate courts. Therefore, if courts unanimously confirm the opinion of the local tax authorities on a certain question of interpretation of tax treaties, this can rather establish a ‘practice’⁷¹.

In the case of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France referred to by the ILC in its report, the group of taxpayers concerned was manageable from the outset. This made it easier to provide evidence. In addition, the proof of a uniform practice was not decisive in this case, because the assumption of a ‘subsequent practice’ within the meaning of Article 31 (3) lit b VCLT was ruled out in any case due to the government’s contradiction to this legal interpretation.

IX. Interpretation clause of Art 3 (2) OECD MC

Most of the considerations made so far have revolved around Art 31 (3) VCLT. However, the significance of this provision and of Art 31 and 32 VCLT in general for the interpretation of tax treaties is not entirely clear: As an international treaty, the VCLT is on the same level as tax treaties. The provisions of the VCLT are therefore not superior to the tax treaties. This is not changed by the fact that at least Art 31 and 32 VCLT are also regarded as part of customary international law and can therefore also have significance in relation to states that are not signatories to the VCLT⁷². Customary international law is not superior to international treaties in general and tax treaties in particular. Therefore, tax treaties can – explicitly or implicitly – regulate their own interpretation⁷³. With the treaty provision modeled on Art 3 (2) OECD MC, most tax treaties also contain such a provision, at least for the interpretation of terms not defined in the tax treaty.

According to the view I have explained in more detail elsewhere, Art 3 (2) OECD MC primarily requires the use of the “context” and only in the rare cases in which no interpretation can be obtained from the “context” is – since the 2017 version of the OECD Model Convention – first to be based on mutual agreements

⁶⁹ In this regard also Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 551.

⁷⁰ VfSlg. 20005/2015.

⁷¹ Michael Lang, *Die Auffassung des BMF zur Bedeutung des OECD-Kommentars für die Auslegung von DBA*, *supra* note 4, at 551.

⁷² International Law Commission, *UN Doc A/73/10*, *supra* note 3, at 18 et seq (Para. 4 Conclusion 2).

⁷³ See in more detail Michael Lang, *Can Law Regulate Its Own Interpretation?*, in *Research Handbook on International Taxation* 179 (Yariv Brauner ed., Edward Elgar Publishing 2020).

and finally on the understanding of the respective term under domestic law⁷⁴. The key question is therefore what is meant by “context”. Art 3 (2) OECD MC thus uses terminology that can also be found in Art 31 (1) and (2) VCLT. However, for historical reasons alone, it is not obvious that Art 3 (2) means by “context” exactly what Art 31 VCLT understands by “context”: The VCLT dates from 1969, while Art 3 (2) OECD MC was already found in largely identical form in the OECD MC 1963, and for the first time already in the tax treaty between UK and USA from 1945⁷⁵. Above all, however, it would make no sense if Art 3 (2) OECD MC only admitted those means of interpretation that are addressed by “context” in Art 31 VCLT, excluding all other means of interpretation mentioned in Art 31 and 32 VCLT – and thus in particular “ordinary meaning”, “special meaning” or “object and purpose”. Therefore, the “context” of Art 3 (2) OECD MC is much broader than that of Art 31 VCLT. Other means of interpretation mentioned in Art 31 and 32 VCLT can and must also be taken into account.

However, it should be considered whether the “context” also refers to the “subsequent agreements” and “subsequent practice” mentioned in Art 31 (3) VCLT. In view of the considerations made here, there is much to suggest that the “subsequent agreements” and “subsequent practice” – if at all – should only be given very limited significance regarding the “context” under Art 3 (2) OECD MC⁷⁶. The 2017 amendment to Art 3 (2) OECD MC further supports this thesis: “Mutual agreements” are addressed separately there. There are parallels here to the “subsequent agreements”. They are only relevant after – unsuccessful – use of the “context”. This suggests that “subsequent agreements” have not been part of the “context” since the OECD MC 2017 at the latest⁷⁷. Due to the parallel regulation to and the overlaps with subsequent practice in Art 31 (3) VCLT, it can therefore also be assumed that subsequent practice will not be covered by the context of Art 3 (2) OECD MC either.

⁷⁴ See Michael Lang, *Tax Treaty Interpretation – A Response to John Avery Jones*, 74 Bulletin for International Taxation, *supra* note 45, at 666, with further references; Michael Lang, *Die Bedeutung von Verständigungsvereinbarungen nach Art 3 Abs 2 OECD-Musterabkommen 2017*, in *Territorialität und Personalität : Festschrift für Moris Lehner zum 70. Geburtstag* 221 (Roland Ismer et al. eds., Ottoschmidt 2019).

⁷⁵ United States of America & United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, *Convention and Protocol between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income*, Treaty Series No. 26 (1946) (16.04.1945).

⁷⁶ Michael Lang & Eric Coenen, *Subsequent Practice and Tax Treaty Interpretation*, in *Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)*, *supra* note 12, at in print; Michael Lang & Benjamin Beer, *The Relation Between Article 3(2) OECD-MC and the Interpretation Rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)* in print (Wolters Kluwer 2024).

⁷⁷ See in more detail Michael Lang, *Die Bedeutung von Verständigungsvereinbarungen nach Art 3 Abs 2 OECD-Musterabkommen 2017*, *supra*, at 220.

X. Conclusion

The considerations made here have shown that the later Commentary on Model Conventions of the OECD or the UN can neither be qualified as a “subsequent agreement” nor as a “subsequent practice”. However, even if it were to fall under Art 31 (3) VCLT, nothing would be gained from this: There are several arguments in favor of the fact that in the interpretation of tax treaties, the “subsequent agreements” and “subsequent practice” referred to in Art 31 (3) VCLT have no or only a very limited significance.

However, this does not mean that later OECD or UN Commentaries must be completely meaningless. The Swiss Federal Supreme Court (BG) has convincingly stated using the example of the later OECD Commentary⁷⁸: “In contrast to the version of the OECD Model Commentary at the time of the conclusion of a DTA, however, later commentaries can only draw persuasive force from the cogency of their reasoning ([...]). The significance of later commentaries for the interpretation process is therefore comparable to that of other literature or court rulings ([...])”.

In practice, however, the OECD and UN Commentaries almost never contain reasons for the views expressed therein. The authors of these commentaries limit themselves to stating how they want a particular provision of the OECD MC to be understood, but without explaining, with reference to the arguments relevant under Art 31 et seq VCLT, why a pre-existing provision of the OECD MC should be given this content. They evidently see themselves more as a kind of legislator who gives orders but does not need to give reasons. This misunderstanding of their own role is regrettable: it means that later versions of the OECD and UN Commentaries have less significance for the interpretation of previously concluded tax treaties than they could have. It is to be hoped that the OECD and UN will reconsider and change their current practice.

⁷⁸ No. 9C_682/2022, at Para. 9.5. (Unofficial translation).

A Regra Convencional de Hierarquia de Definições, o Envio às Definições Domésticas Infralegais e os Comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU¹

Misabel Abreu Machado Derzi

Professora Emérita, UFMG; Doutora, Mestra e Bacharela em Direito, UFMG;
Especialista em Métodos e Técnicas de Ensino, UFMG; Advogada (Brasil),

Sacha Calmon – Misabel Derzi Advogados.

Aluizio Porcaro Rausch

Doutorando em Direito, USP; LL.M. em Tributação Internacional, NYU; Mestre e Bacharel em Direito, UFMG; Advogado (Brasil e NY), Sacha Calmon – Misabel Derzi Advogados.

Resumo

A regra convencional de hierarquia de definições constante do Artigo 3(2) da Convenção Modelo da OCDE e da Convenção Modelo da ONU permite o envio à legislação doméstica. Ademais, esse dispositivo não expressamente veda o envio às definições domésticas infralegais. Neste artigo, analisamos o que os Comentários às convenções modelo dizem a respeito do envio às definições domésticas infralegais. Complementarmente, trazemos considerações sobre o entendimento da doutrina tributária internacional sobre o tema e nos filiamos àquelas posições que reconhecem a influência recíproca entre as ordens jurídicas internacional e doméstica, para pontuar o cuidado com o respeito aos comandos constitucionais internos. Por fim, fazemos as nossas próprias conclusões.

Palavras-chave: Convenções Modelo, OCDE, ONU, Tributação Internacional, envio à legislação doméstica.

Introdução

Considerando os propósitos deste artigo, desenvolvido em curto espaço, dois pontos muito relevantes hão de permanecer apenas como pano de fundo, sem aprofundamento adequado.

O primeiro envolve a clássica discussão entre pluralistas e monistas. Filósofos e teóricos do direito, como Hart², por exemplo, concebem o direito internacional e as ordens jurídicas domésticas como ordens jurídicas independentes, regidas por critérios, princípios e justificativas próprios. E, sobretudo, ordenadas por critérios de validade diferentes. Do lado oposto, o dos monistas, com Hans Kelsen e Ronald Dworkin, impera a noção de unidade na teoria do direito, holisticamente

¹ Este artigo foi elaborado para composição dos Anais do X Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, organizado pela USP e pelo IBDT em 2024.

² HART, HLA. *Concept of Law* (OUP, 2nd. edn. 1994).

compreendido: o direito internacional e o direito interno formando uma única ordem normativa.

Para Hans Kelsen³ e ainda para Ronald Dworkin⁴, apesar de suas divergências, em especial no que toca às relações entre direito e moral, é impossível compreender e interpretar o direito se destacarmos uma norma, isoladamente. A questão do conflito entre normas ou entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional é meramente aparente. O critério de validade pela hierarquia até a norma fundamental em Hans Kelsen e o critério decisivo da integridade resolvem ou diluem as diferenças. Especialmente em Ronald Dworkin, a legitimidade do direito internacional depende da legitimidade do direito local, porque, em sua visão, os Estados falham “se eles falham em cumprir com as obrigações que derivam dos objetivos obrigatórios do direito internacional”⁵.

Seja como for, sem aprofundar o calor das divergências, mas em razão delas, não surpreende que muitos – abraçando a corrente pluralista – supõem haver uma profundidade abissal a separar o Direito Tributário Doméstico do Direito Tributário Internacional. Não obstante, não importa a corrente a que nos filie-mos, a ordem jurídica internacional tem vários pontos de conexão com a ordem doméstica. Há uma inegável e recíproca influência, tão expressivamente registrada por Ronald Dworkin. Dentre os pontos de conexão visíveis, um dos mais evidentes é o Artigo 3(2) da Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas (ONU). Isso porque a regra por ele positivada é uma porta entre o Direito Tributário Doméstico e o Direito Tributário Internacional: se a convenção sobre tributação da renda não fornece lastro interpretativo suficiente, o lastro suplementar deve ser vasculhado na legislação doméstica. Esse é o tema central deste artigo.

O segundo ponto, que vamos apenas mencionar, sem desenvolver, encontra certo amparo em Ronald Dworkin e outros filósofos contemporâneos: o de que a ordem jurídica (a internacional) se legitima na outra ou pela outra (a doméstica), arrastando-se ambas para o mesmo destino. A influência recíproca é notável. Tom Ginsburg⁶ já alertou que, à vista de certa tendência autoritária recente das ordens domésticas, se um número suficiente e relevante de países se inclinar ao autoritarismo, haverá abandono dos valores democráticos e do compromisso com os direitos humanos, que caracterizaram o consenso do pós-guerra no direito internacional.

³ Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Harvard UP, 1945, p. 1.

⁴ Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986, p. 108-113.

⁵ Estudo magistral sobre esse assunto encontra-se no ensaio de: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Dworkin's interpretativism, legal monism, and the threat of authoritarian international law. *Transnational Legal Theory*, 2023, v. 14, n. 2, p. 117-156.

⁶ Ginsburg, Tom. Authoritarian International Law. *American Journal of International Law*, p. 114-221.

Thomas Bustamante⁷ explica, com proficiência, o alerta de Tom Ginsburg:

“Se o compromisso com a democracia, com o estado de direito e os direitos humanos se quebra na maioria dos sistemas jurídicos locais, o direito internacional provavelmente sofrerá uma transformação, com um observável declínio nos acordos multilaterais, nas convenções dos direitos humanos e nas instituições com jurisdição reconhecida em matérias universais, e nas normas públicas endossadas pelos estados. Ao invés de aderir às convenções, e se submeter à jurisdição das cortes internacionais, respeitando o *jus cogens*, e aceitando as instituições supranacionais, estados autoritários podem cooperar entre si para apenas investir em acordos executivos, *soft law*, e regulações especificamente relativas a matérias constantes de acordos, tributos, e cooperação militar, modificando o panorama do direito internacional”.

Alertas como esses, de Tom Ginsburg, prestigiados por Thomas Bustamante, relembram as influências recíprocas entre direito interno e internacional e, sobretudo, a fragilidade que pode afetar de modo mais intenso o respeito às grandes convenções internacionais multilaterais, graças à ação conjunta provocada pela adesão numerosa ao autoritarismo estatal. O panorama do direito internacional pode ser substancialmente alterado em especial em relação às práticas democráticas, às defesas das minorias excluídas e das democracias, constantes das grandes cartas de direitos.

Em tal contexto tendencial, comentários e análises de tratados bilaterais, relativos à renda, devem ser cuidados de atenção para não filtrarem posições distantes de valores e princípios constitucionais. Como veremos à frente, posições que fazem depender as vinculações das interpretações das convenções ao direito constitucional interno, como a de Klaus Vogel, ou Michael Lang, estão mais próximas do estado de direito. Nessa direção caminha este artigo.

Sem prejuízo do acima e em caráter mais específico, pretende-se analisar se, por essa porta do Artigo 3(2) da Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas (ONU), está autorizada a passagem de normas infralegais e, se sim, quais as relativas condicionantes. Este estudo importa tanto para o Direito Tributário Doméstico como para o Direito Tributário Internacional, atinge a aplicação das convenções sobre tributação da renda das quais o Brasil é signatário e envolve o sistema constitucional brasileiro, base sobre a qual tudo se sustenta. A influência recíproca é inegável.

1. O Artigo 3(2): a regra convencional de hierarquia de definições

O Artigo 3(2) da Convenção Modelo da OCDE e da Convenção Modelo da ONU contém regra convencional que estabelece hierarquia de definições para

⁷ Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Dwokin's interpretativism, legal monism, and the threat of authoritarian international law. *Transnational Legal Theory*, 2023, v. 14, n. 2, p. 118.

fins de interpretação dessas próprias convenções. Em síntese, essa hierarquia é estruturada na seguinte ordem de preferência:

- **Primeiro**, a definição convencional expressa – por exemplo, as constantes do Artigo 3(1);
- **Segundo**, a definição decorrente do contexto em sentido amplo *ou* a definição decorrente de procedimento amigável, quando o texto da convenção autorizar esta;
- **Terceiro**, a definição doméstica tributária contemporânea pertinente aos tributos visados (isto é, aqueles alcançados pela convenção);
- **Quarto**, a definição doméstica tributária contemporânea amplamente considerada (isto é, inclusive a pertinente a outros tributos);
- **Quinto**, a definição doméstica não tributária.

É verdade que as atuais versões da Convenção Modelo da OCDE e da Convenção Modelo da ONU são resultado de diversos trabalhos de aperfeiçoamento e sofisticação técnica que se estendem por mais de um século. Em consequência, é provável que a larga maioria das situações se resolvam já na primeira esfera de aplicação da regra convencional de hierarquia de definições, isto é, pelas definições positivadas pela própria convenção.

Apesar disso, reconhece-se haver situações esparsas em que as demais esferas são acionadas. Nestas situações, a regra convencional de hierarquia de definições, aparentemente de baixa complexidade quando se permanece na primeira esfera, apresenta-se intrincada e de difícil navegação.

Assim, para facilitar a análise que se desenvolve neste trabalho, que se atreve a avançar sobre essa dificuldade, transcrevem-se abaixo as versões oficiais em inglês desse dispositivo e se faz a sua tradução livre para português:

Convenção Modelo OCDE Artigo 3(2) ⁸	Convenção Modelo ONU Artigo 1(3) ⁹
“As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.”	“As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.”

⁸ OCDE. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version). Paris: OECD Publishing, 2019, p. M-11.

⁹ ONU. The United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. Nova Iorque: UN, 2021, p. 9.

“Para a aplicação desta Convenção, a qualquer tempo, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão que nele não se encontre definido terá, a não ser que o contexto exija interpretação diferente ou as autoridades competentes concordem sobre interpretação diferente nos termos do Artigo 25, o significado que, a esse tempo, for-lhe atribuído pela legislação desse Estado relativa aos tributos que são objeto desta Convenção, prevalecendo o significado atribuído a esse termo ou expressão pela legislação tributária desse Estado sobre o significado que lhe atribuírem a legislação não-tributária desse Estado.”	“Para a aplicação desta Convenção, a qualquer tempo, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão que nele não se encontre definido terá, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o significado que, a esse tempo, for-lhe atribuído pela legislação desse Estado relativa aos tributos que são objeto desta Convenção, prevalecendo o significado atribuído a esse termo ou expressão pela legislação tributária desse Estado sobre o significado que lhe atribuírem a legislação não-tributária desse Estado.”

De pronto, é possível concluir que a única distinção textual entre o Artigo 3(2) da Convenção Modelo da OCDE e o seu correspondente na Convenção Modelo da ONU é o trecho “ou as autoridades competentes concordem sobre interpretação diferente nos termos do Artigo 25”, presente no primeiro, mas ausente no segundo.

Como a própria Convenção Modelo da OCDE registra, esse trecho foi introduzido em 21 de novembro de 2017 em decorrência da adoção do *The 2017 Update to the Model Tax Convention*¹⁰. Ademais, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE esclarecem que essa introdução textual se deu para erradicar eventuais dúvidas sobre a prevalência que uma definição decorrente de procedimento amigável entre as autoridades fiscais das jurisdições tributárias contratantes tem sobre qualquer definição doméstica unilateral, não obstante essa interpretação já constar dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE desde 1995¹¹.

Por sua vez, os Comentários à Convenção Modelo da ONU são claros no sentido de que uma definição decorrente de procedimento amigável entre as autoridades fiscais das jurisdições tributárias contratantes deve ser considerada para a interpretação de termo ou expressão. No entanto, não deixam claro qual a sua posição hierárquica para fins de aplicação do Artigo 3(2).

Seja como for, pode-se concluir que tanto a OCDE quanto a ONU distinguem entre definições infralegais bilaterais e definições infralegais unilaterais, isto é, aquelas decorrentes de procedimento amigável e estas positivadas exclusivamente por uma das autoridades fiscais envolvidas. Essa distinção é coerente, pois a contraposição de interesses inerente às definições bilaterais reduz o potencial de arbitrariedade, ainda que se esteja em âmbito infralegal. E, evidentemente-

¹⁰ OCDE. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version). Paris: OECD Publishing, 2019, p. M-13 e M-14.

¹¹ OCDE. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version). Paris: OECD Publishing, 2019, p. C(3)-12 e C(3)-13, §§ 13.1 e 13.2.

te, marca o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, inerente aos acordos bilaterais.

2. A regra convencional de hierarquia de definições e as definições domésticas infralegais

Sem prejuízo do exposto acima, a literalidade da regra convencional de hierarquia de definições, tanto em sua versão da Convenção Modelo da OCDE quanto em sua versão da Convenção Modelo da ONU, não expressamente exclui definições domésticas infralegais para fins interpretativos. Isso, porque o termo em inglês “*law*”, empregado três vezes na atual versão do dispositivo, não é sinônimo do termo em português “lei”, mas é semanticamente mais próximo do termo em português “Direito”: “[...] *science or system of principles or rules of human conduct* [...]”¹². Em verdade, o termo em português “lei”, quando interpretado em sentido estrito como “ato do Poder Legislativo”, melhor corresponde ao termo em inglês “*statute*”¹³.

As versões em português das convenções sobre tributação da renda das quais o Brasil é signatário são sensíveis a essa realidade linguística. Da leitura das respectivas regras convencionais de hierarquia de definições, podemos distinguir pelo menos dois grupos em razão da sua literalidade.

O primeiro grupo traduz o termo “*law*” exclusivamente como “legislação”. Exemplo deste primeiro grupo é a convenção com o Japão¹⁴:

Para a aplicação desta Convenção por um dos Estados Contratantes qualquer expressão que não se encontre definida tem sentido que lhe é atribuído pela *legislação* desse Estado Contratante relativa aos impostos a que esta Convenção se aplique, a não ser que o contexto imponha uma interpretação diferente.

Deve-se observar que os componentes desse primeiro grupo apresentam alguma variação da literalidade antiga da regra convencional de hierarquia de definições, na qual o termo “*law*” é somente empregado uma vez. Logo, efetivamente não há oportunidade para divergência de tradução.

O segundo grupo traduz o termo “*law*” tanto como “legislação” quanto como “lei”. Exemplo desse segundo grupo é a convenção com o Uruguai¹⁵:

¹² BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. ed. 4. St. Paul: West Publishing, 1968 (1891), p. 1028.

¹³ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*. ed. 4. St. Paul: West Publishing, 1968 (1891), p. 1581.

¹⁴ BRASIL. Decreto n. 61.899, de 14 de dezembro de 1967. Promulga a Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimentos, com o Japão. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 dez. 1967. Artigo 2(2) – destaque nosso.

¹⁵ BRASIL. Decreto n. 11.747, de 20 de outubro de 2023. Promulga a Convenção entre a República

Para a aplicação desta Convenção, a qualquer tempo, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão que nele não se encontre definido terá, a não ser que o contexto exija interpretação diferente, o significado que, a esse tempo, lhe for atribuído pela *legislação* desse Estado relativa aos tributos que são objeto desta Convenção, prevalecendo o significado atribuído a esse termo ou expressão pela *legislação* tributária desse Estado sobre o significado que lhe atribuírem outras *leis* desse Estado.

Deve-se observar que os componentes desse segundo grupo apresentam alguma variação da atual literalidade da regra convencional de hierarquia de definições, ainda que sem menção ao procedimento amigável. Nesta, o termo “*law*” é empregado três vezes. Não obstante, não há justificativa jurídica aparente para a divergência de tradução, pois a terceira instância de emprego do termo “*law*” é semanticamente idêntica às duas primeiras.

Assim, cogita-se que a justificativa estaria na própria língua portuguesa em sua vertente brasileira: traduzir a expressão “*other laws of that State*” como “outras legislações desse Estado”, não obstante linguisticamente correto, poderia soar inapropriado. Isso, na medida em que “legislação” é termo mais comumente utilizado em sua forma singular, pelo menos em âmbito jurídico – ex.: a Constituição¹⁶ usa “legislação” 38 vezes, enquanto “legislações” apenas 1 vez; o Código Tributário Nacional¹⁷ não usa “legislações”, apesar de usar “legislação” 42 vezes. Sendo assim, entendemos que a expressão “*other laws of that State*” seria melhor traduzida por “legislação não tributária desse Estado”, mas que a opção dos tradutores legislativos não deve prejudicar a produção de efeitos jurídicos do dispositivo.

É possível concluir que todas as convenções sobre tributação da renda das quais o Brasil é signatário possuem regra convencional de hierarquia de definições cuja literalidade não expressamente exclui o envio a definições domésticas infralegais de *natureza tributária* – sem prejuízo de se questionar o envio a definições domésticas infralegais de natureza não tributária em relação ao segundo grupo acima descrito.

Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai para Eliminar a Dupla Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e sobre o Capital e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais e seu Protocolo, firmados em Brasília, em 7 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 out. 2023, p. 32. Artigo 3(2) – destaques nossos.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988, p. 1.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1966, p. 12452.

3. Os Comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU sobre o envio às definições domésticas infralegais

Analizada a literalidade da regra convencional de hierarquia de definições, cabem considerações sobre a interpretação das próprias OCDE e ONU a respeito do envio às definições domésticas infralegais.

Como visto anteriormente, o contexto precede o envio à legislação doméstica para fins da regra convencional de hierarquia de definições. Não obstante expressamente confirmarem essa dinâmica, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE são intencionalmente abrangentes ao discutir o significado de “contexto”.

Segundo a OCDE, “contexto” abarca, de forma não exclusiva, a intenção dos contratantes quando da assinatura da convenção (*“intention of the Contracting States when signing the Convention”*) e definições conforme a legislação da contraparte (*“meaning given to the term in question in the legislation of the other Contracting State”*). Ademais, a OCDE é expressa no sentido de que a literalidade do Artigo 3(2) permite às autoridades fiscais alguma latitude interpretativa (*“wording [...] allows the competent authorities some leeway”*)¹⁸.

Exclusivamente com base nesse trecho dos Comentários, seria possível concluir que a OCDE teria cometido uma contradição. Se o contexto precede o envio à legislação doméstica para fins da regra convencional de hierarquia de definições, contexto e envio à legislação doméstica são elementos distintos. No entanto, o envio à legislação doméstica da contraparte é expressamente tratado como parte do contexto, o que, em sentido contrário, logicamente nubla a distinção entre os mencionados elementos.

Ocorre que a própria OCDE esclarece essa dinâmica como uma referência implícita ao princípio da reciprocidade no qual a convenção se baseia, isto é, a literalidade do Artigo 3(2) visa um equilíbrio entre, de um lado, impedir que um contratante unilateralmente eroda a operatividade da convenção mediante alteração posterior de definições domésticas e, de outro lado, permitir interpretação dinâmica da convenção¹⁹. Portanto, o envio à legislação doméstica que sucede ao contexto e que por este não é abarcado é exclusivamente o envio à própria legislação doméstica.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a regra convencional de hierarquia de definições funcionaria, também, como mecanismo convencional contra *treaty override*.

Avançando, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE reconhecem a preferência de certas jurisdições tributárias em não atribuir poderes às suas autoridades fiscais para chegar a uma definição bilateral (isto é, via procedimento

¹⁸ OCDE. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version). Paris: OECD Publishing, 2019, p. C(3)-12, § 12.

¹⁹ OCDE. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version). Paris: OECD Publishing, 2019, p. C(3)-12, §§ 12 e 13.

amigável) que impediria o envio à legislação doméstica. Nesses casos, a OCDE concorda ser pertinente suprimir, no Artigo 3(2), a frase que se refere ao Artigo 25 (“ou as autoridades competentes concordem sobre interpretação diferente nos termos do Artigo 25”)²⁰. A título de esclarecimento, a atual redação do Artigo 3(2) da Convenção Modelo da OCDE determina que a definição decorrente de procedimento amigável igualmente precede o envio à legislação doméstica para fins da regra convencional de hierarquia de definições.

Ocorre que a OCDE reconhecer a preferência por não atribuição de poderes e concordar com a supressão de referência ao Artigo 25 não significa expressamente excluir o envio a definições domésticas infralegais. É verdade que as definições decorrentes de procedimento amigável podem ser classificadas, em âmbito doméstico, como de natureza infralegal, porque, em última análise, são atos do Poder Executivo – ainda que bilaterais, por dependerem da anuência da autoridade fiscal contraparte – que, via de regra, não passam por ratificação pelo Poder Legislativo. No entanto, uma jurisdição tributária pode preferir não atribuir maior latitude ao procedimento amigável por aplicação cartesiana do princípio da legalidade: as definições domésticas legais devem sempre prevalecer sobre definições domésticas infra legais. Ademais, a supressão mencionada não veda o envio à legislação doméstica, apenas não a torna subsidiária ao procedimento amigável para fins da regra convencional de hierarquia de definições.

A preferência de certas jurisdições em não acrescer aos poderes das autoridades fiscais é tanto mais relevante quando se considera que os resultados de procedimento amigável podem variar em grau de mudança interpretativa. Logo, se de tal procedimento resultar modificação substancial o tratado, tanto mais exigível é a ratificação pelo Poder Legislativo. Afinal, se a versão original da convenção resultou de ratificação do Parlamento, somente nova lei posterior modifica lei anterior.

Sendo assim, deve-se concluir que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE dão a devida evidência à complexidade da regra convencional de hierarquia de definições constante do Artigo 3(2), mas não se contrapõem ao envio a definições domésticas infralegais. Para obra aprofundada sobre a matéria, a tese de Sérgio André Rocha não pode ser esquecida²¹.

A mesma conclusão é aplicável aos Comentários à Convenção Modelo da ONU. Isso porque estes expressamente adotam e transcrevem os trechos dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE que lastrearam a análise acima²².

²⁰ OCDE. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version). Paris: OECD Publishing, 2019, p. C(3)-12, § 13.2.

²¹ ROCHA, Sérgio André. *Termos não definidos em Tratados Internacionais Tributários*. Casa do Direito. 2024, 233 p.

²² ONU. The United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. Nova Iorque: UN, 2021, p. 162 e 163, § 21.

4. A doutrina tributária internacional sobre o envio às definições domésticas infralegais

Até este ponto, a análise foi exclusivamente tecida com relação à literalidade da Convenção Modelo da OCDE, da Convenção Modelo da ONU e dos respectivos Comentários. A conclusão alcançada é que, com referência a essas fontes primárias, não há vedação expressa a envio às definições domésticas infralegais.

Passa-se, então, ao entendimento da doutrina tributária internacional sobre o envio às definições domésticas infralegais.

Começando por Klaus Vogel, as definições decorrentes de procedimento amigável (*interpretive agreements*) somente são vinculantes para fins de interpretação de convenções sobre tributação da renda se o direito constitucional doméstico permitir tal efeito. Neste contexto, o autor menciona quatro situações distintas²³:

- **Dispensa de ratificação da convenção:** se o direito constitucional doméstico autorizar que a própria convenção sobre tributação da renda seja domesticamente vinculante sem qualquer procedimento específico de ratificação, então o mesmo deve se aplicar às definições decorrentes de procedimento amigável. Isso porque a convenção, ao prever a possibilidade de procedimento amigável, autorizaria o efeito vinculante das interpretações dele decorrentes.
- **Autorização expressa:** o direito constitucional doméstico pode, simultaneamente, exigir algum procedimento de ratificação da convenção e autorizar a vinculação de definições decorrentes de procedimento amigável sem a necessidade de procedimento adicional de ratificação. Assim, satisfeita a exigência de ratificação da convenção, o sistema jurídico está aberto para as definições decorrentes de procedimento amigável.
- **Autorização implícita:** reconhecendo que a maioria dos direitos constitucionais domésticos exigem algum procedimento de ratificação da convenção em si, o autor afirma que essa exigência não é necessariamente incompatível com o raciocínio de que a ratificação da convenção, por também abranger o dispositivo de procedimento amigável, funcionaria também como autorização implícita de vinculação (vinculação por delegação).
- **Ausência de vinculação:** reconhecendo-se que as definições decorrentes de procedimento amigável são equiparáveis a normas domésticas infralegais (*derivative domestic legislation*), deve-se verificar como o direito constitucional doméstico trata estas últimas. Via de regra, às normas domésticas infralegais não é atribuído o efeito vinculante próprio das normas domésticas legais. Portanto, as definições decorrentes de procedimento amigável

²³ VOGEL, Klaus; LEHNER, Moris. *Double Taxation Conventions*. REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander (eds.). 5. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2022, p. 100, § 125.

não são mais do que manifestações formais da autoridade fiscal – isto é, são, no máximo, vinculantes exclusivamente em nível administrativo.

É verdade que o entendimento acima abordado, de Klaus Vogel, tem o procedimento amigável como contexto, enquanto, no presente trabalho, discute-se mais precisamente o envio às definições domésticas infralegais. Não obstante, as considerações do autor são claras no sentido de que, em última análise, *a aplicação de definições domésticas infralegais para fins de interpretação de convenções sobre tributação da renda é uma questão de direito constitucional doméstico*.

Passando à doutrina de Michael Lang, o autor baseia-se na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados para negar efeitos vinculantes à mudança interpretativa administrativa unilateral, bem como expressamente afirma que somente a mudança interpretativa acordada por ambas as autoridades competentes envolvidas deve ser considerada para fins de interpretação da convenção sobre tributação da renda. Ademais, o autor fundamenta essas afirmações no raciocínio de que as autoridades administrativas não possuem a prerrogativa de desenvolver o Direito a ponto de acrescentar ou modificar as provisões das convenções, inclusive porque a celebração destas pressupõe a observância dos princípios constitucionais e o respeito aos sistemas jurídicos domésticos dos respectivos países²⁴. Em última análise, portanto, Michael Lang também entende que a questão se resolve pelo princípio constitucional da legalidade, ainda que não empregue exatamente essa expressão.

O argumento de legalidade também é defendido por Frank Engelen. Igualmente partindo do procedimento amigável, o autor afirma que uma definição dele decorrente somente é aplicável se for possível constatar que as autoridades fiscais foram autorizadas pelos respectivos Estados a lhes representar. Na ausência dessa autorização, a definição decorrente de procedimento amigável apenas é vinculante se posteriormente ratificada pelo Estado²⁵. Assim, se é verdade que este último autor se apresenta mais formalista que os dois anteriores, a essência do raciocínio é semelhante: a autoridade fiscal não tem poderes para, por si só, influenciar a aplicação das convenções sobre a tributação da renda.

5. O princípio constitucional da legalidade em matéria tributária e o envio às definições domésticas infralegais

As considerações da doutrina tributária internacional acima discutidas são plenamente pertinentes ao Direito brasileiro, a partir da Constituição. Ora, é vedado instituir, cobrar, ou aumentar tributo sem lei, segundo consagra a Constitui-

²⁴ LANG, Michael. *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*. 3. ed. Viena: Linde/IBFD, 2021, p. 14-15.

²⁵ ENGELLEN, Frank. *Interpretation of Tax Treaties under International Law*. Amsterdã: IBFD, 2021, p. 67.

ção do Brasil, em direito do contribuinte, expresso e fundamental. E, embora os tratados e convenções internacionais, uma vez ratificados pelo Poder Legislativo, promovam, em interpretação atualizada do art. 98 do Código Tributário Nacional, suspensão de eficácia da legislação interna (revogação funcional, seja por especialidade²⁶, seja por autolimitação de soberania²⁷), de modo algum podem revogar, alterar ou reduzir, total ou parcialmente, as normas da Constituição.

Assim, pertencendo a regência ao princípio constitucional da legalidade em matéria tributária, a aplicação da regra convencional de hierarquia de definições, quando houver necessidade de envio à legislação doméstica tributária, processa-se ordinariamente:

- Se há definição doméstica tributária legal, mas não há definição doméstica tributária infralegal, não há antinomia aparente a ser resolvida. Logo, o envio à legislação doméstica tributária se encerra na definição doméstica tributária legal.
- Se há definição doméstica tributária legal e há definição doméstica tributária infra legal, e se a segunda é compatível com a primeira, então não há antinomia aparente a ser resolvida. Logo, o envio à legislação doméstica tributária igualmente se encerra na definição doméstica tributária legal.
- Se há definição doméstica tributária legal e há definição doméstica tributária infralegal, mas a segunda é incompatível com a primeira, então a antinomia aparente se resolve por hierarquia normativa e prevalece a definição doméstica tributária legal.
- Se não há definição doméstica tributária legal, mas há definição doméstica tributária infra legal, não há antinomia aparente a ser resolvida. Por outro lado, a aplicação de uma definição doméstica tributária infralegal não pode colocar o sujeito passivo da relação tributária em posição mais gravosa, uma vez que faltaria o devido embasamento legal para tanto. Veja-se que este resultado é plenamente compatível com a própria funcionalidade essencial das convenções sobre tributação da renda, pois estas não criam ou majoram tributos domésticos, mas apenas limitam total ou par-

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1.161.467/RS. Fazenda Nacional e Copesul Companhia Petroquímica do Sul. Relator Ministro Castro Meira. 17 maio 2012. *Diário da Justiça*, Brasília, 1º jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 1.272.897/PE. Iberdrola Energia S/A e Fazenda Nacional. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 19 nov. 2015. *Diário da Justiça*, Brasília, 9 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 1.618.897/RJ. Alcatel-Lucent Submarine Networks S/A e Fazenda Nacional. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 19 maio 2020. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 maio 2020.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordo de bitributação: reflexão sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, n. 219, 2013.

cialmente a sua aplicação conforme o caso. Logo, o envio à definição doméstica tributária infra legal que careça de embasamento legal somente é aceitável quando colocar o sujeito passivo da relação tributária em posição menos gravosa.

- Se não há definição doméstica tributária legal nem definição doméstica tributária infralegal, não há antinomia aparente a ser resolvida. Por outro lado, a própria regra convencional de hierarquia de definições determina que, então, deve-se buscar eventual definição doméstica não tributária. De todo modo, também aqui são aplicáveis as considerações acima sobre funcionalidade essencial das convenções sobre tributação da renda, de modo que o envio à legislação doméstica não tributária não pode resultar em posição tributária mais gravosa.

Conclusões

A literalidade da regra convencional de hierarquia de definições constante do Artigo 3(2), tanto em sua versão da Convenção Modelo da OCDE quanto em sua versão da Convenção Modelo da ONU, não expressamente exclui definições domésticas infralegais para fins interpretativos.

No mesmo sentido, os Comentários a essas convenções modelo dão a devida evidência à complexidade da regra convencional de hierarquia de definições constante do Artigo 3(2), mas não se contrapõem ao envio a definições domésticas infralegais.

Aderimos à doutrina tributária internacional, que parece convergir substancialmente no sentido de que a aplicação de definições domésticas infralegais para fins de interpretação de convenções sobre tributação da renda deve ser uma questão de direito constitucional doméstico. Posições que fazem depender as vinculações das interpretações das convenções ao direito constitucional interno, como as de Klaus Vogel, ou Michael Lang, estão mais próximas do estado de direito, e das práticas democráticas. São inegáveis as influências recíprocas entre o direito interno e o direito internacional, como preconizou Ronald Dworkin.

Do ponto de visto do Direito Tributário Brasileiro, o tema deve necessariamente ser analisado da perspectiva do princípio constitucional da legalidade, do estado de direito e da separação de poderes. Assim, pode-se resumir no sentido de que uma definição doméstica tributária legal sempre prevalece sobre uma definição doméstica tributária infralegal e que, na ausência da primeira, o sujeito passivo da relação tributária não pode ser colocado, pela segunda, em uma posição mais gravosa, em razão de expressa vedação constitucional.

An International Tax Organization and Unitary Taxation for Global Taxpayers

Natalia Quiñones

Vice-President of the International Fiscal Association and a partner at Quiñones Cruz Abogados in Bogotá. *E-mail*: nquinones@quinonescruz.com.

Lorenzo Uribe

Advisor to the Deputy Minister of Finance in Colombia. *E-mail*: lorenzouribe91@gmail.com.

1. A new kind of taxpayers

Taxpayers have always been defined as the subject of a tax obligation imposed by a government or subnational authority, mostly based on the assumption that their residence and activities can be easily localized, and that the State has full power to exercise its sovereignty over its taxpayers. While this is still true for many businesses and individuals, in recent years it has become clear that the location of a segment of individuals, and the location of functions, risks, and assets for a number of global companies has become increasingly difficult to determine. This in turn has affected the ability of governments to exercise their sovereign taxing powers unilaterally, hence requiring extensive cooperation with other States in obtaining information and, in some cases, in collecting the taxes due to an absence of assets where the tax debts are due.

In the case of individuals, the wealthiest families have adopted a lifestyle that includes regular travel to different parts of the world, without spending more than 183 days in any particular place. In some cases, private jets travel as often as 165 times a year¹, making it very difficult to establish a close connection or link between that individual and a particular State, which is the traditional prerequisite for jurisdiction under international public law².

The same is true for global businesses, whose functions, risks, and assets have become increasingly immaterial and digitalized, making it easy to shift at will from one jurisdiction to another. In some cases, digitized functions have become so complex that it is technically impossible to attribute a definite place to where the activity occurs, as technologies such as blockchain allow for multiple decentralized operations performed at the same time in all machines in a network, and nowhere at the same time.

¹ Capital News Service (2024) reported 165 private jet flights for Kim Kardashian in 2023. For more information, see <https://cnsmaryland.org/2024/02/27/super-bowl-flights-call-attention-to-celebrity-private-jet-emissions/>.

² Allen, S., Costelloe, D., Fitzmaurice, M., Gragl, P., & Guntrip, E. (Eds.). (2019). *The Oxford handbook of jurisdiction in international law*. Oxford University Press.

For these taxpayers, the notion of a geographically limited nation-State has become too limited for the global scope of their activities, as it can be said that they do not have a link with a specific country or jurisdiction, but rather that they have developed a genuine connection with the world at large.

The evolution of income and wealth inequality, both within and between countries, highlights why the concept of nation-state is increasingly inadequate for addressing taxation in a world where nationality alone cannot account for global income disparities. Although inequality between countries has declined over the past two centuries, inequality within countries has risen significantly. Two centuries ago, the average income of the top 10% was 18 times higher than that of the bottom 50%. Today, it is 38 times higher³. Consequently, global inequality levels are as high as they were a century ago, and comparisons based on nation-states no longer accurately reflect the true extent of inequality among global citizens. Currently, 65% of global inequality is driven by disparities within countries. Among the top 50 richest people of the world, for example, only one fifth are citizens from developing countries (mainly from China and India)⁴.

In spite of the global nature of their activities and presence, these taxpayers, whom we will call global taxpayers for purposes of this article, are subject to tax rules created over a century ago, capable of resolving a conflict with a maximum of two states claiming jurisdiction over the same taxpayer or transaction. In the next section we will explore how this bilateral network, and the underlying assumption of localizable activities, no longer work for the new global kind of taxpayers.

2. The limitation of localization in the current international rules

International and global activities, as those conducted by the wealthiest and the largest global taxpayers, are currently subject to the two traditional principles that attribute the power to tax to a jurisdiction: the source and residence principles. Under the corporate and individual income taxes in most countries, as well as in the extensive network of bilateral tax treaties, it is widely recognized that individuals are subject to tax in the place where they reside, and if there were two places to claim the right, in the case of individuals, the tax would be payable in the jurisdiction of the permanent home, and ultimately, of the center of vital interests. In the case of corporate activities, corporate residence is the main criterion, and the residual right to tax pursuant to the source principle is usually assigned to the jurisdictions where the taxpayer's most significant functions, risks, and assets are located, under the arm's length principle created by the US and

³ Chancel, L., Piketty, T., Saez, E., Zucman, G. et al. (2021). World Inequality Report 2022, World Inequality Lab wir2022.wid.world.

⁴ See <https://www.forbes.com/real-time-billionaires/#1c07668e3d78> last accessed on august 25th.

developed by the OECD in its Transfer Pricing Guidelines⁵. Bilateral tax treaties provide for the alleviation of double taxation in the cases where these three factors (functions, risks, and assets) occur in a single jurisdiction other than where the corporate taxpayer resides. These principles work fairly well for most taxpayers, who perform activities in less than 3 jurisdictions, and whose genuine connection with a jurisdiction is easily identified through continuous physical presence or easily locatable activities. However, as we will see below, the current international tax rules become inefficient and ineffective in the case of the activities performed by global taxpayers as described in the section above.

3. Individual global taxpayers

The concept of tax residence (and the nexus that is presumed from it) has become more mobile as globalization advances, and several jurisdictions have seen an opportunity in this by offering different advantages to those choosing their territories as a tax residence. Most of these jurisdictions rely on investments, rather than physical presence, to grant the status of tax resident, coupled with a generally favorable tax regime with low rates or exclusions for foreign-earned income⁶. Precisely because of the way that jurisdictions have structured their tax residence offers, the opportunities of “shopping” for a favorable tax residence are only available to the top earners and the wealthiest, who can afford the investment requirements in the so-called-RBI (residence by investment) schemes. This tendency has created a scenario where global individual taxpayers can simply choose where their tax residence is located without much difficulty, in spite of having a nexus with other jurisdictions because they use the infrastructure of many different countries and own assets all around the world.

The concepts of permanent or habitual abode and center of vital interests are similarly diffuse in the case of global individual taxpayers, given their lifestyle preferences. Individual global taxpayers, especially the younger generations, prefer traveling around the world rather than staying in a single place that could be called a “home”. Some jurisdictions, like Spain⁷, have chosen to look for the place where children go to school to establish a nexus, which seems to be more permanent even in the case of global taxpayers, but this is useless when the taxpayer does not have children. Furthermore, the use of this criterion does not do justice to the numerous jurisdictions where the parents take advantage of infrastructure,

⁵ OECD (2022), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>.

⁶ See, for example, Surak, K. (2022). Who wants to buy a visa? Comparing the uptake of residence by investment programs in the European Union. *Journal of Contemporary European Studies*, 30(1), 151-169.

⁷ See, for example, the Shakira case, referenced in Zagaris, B. (2022). International Tax Enforcement Cooperation. *IELR*, 38, 386.

natural resources, and market to develop their activities. The possibility of remote learning, homeschooling, and private instructors that travel with families also make this criterion leaky at the least.

Similarly, the concept of center of vital interests requires attributing personal and economic relations of an individual to a specific jurisdiction. The personal relations usually refer to family, which is, again, usually not staying in a single place given the lifestyle of most global individual taxpayers. The economic relations, which refer to work, have become impossibly dispersed with the advent of remote working, traveling influencers, and the digital activities related to the promotion of “personal brands”. In the case of the wealthiest individuals, economic relations are even easier to move around, as their main income is usually from dividends or corporate capital gains, which are usually exempt or taxed at lower rates in many jurisdictions.

The effect of mobility and the subsequent electivity of the place to pay taxes by individual global taxpayers on the unequal accumulation of wealth has reached catastrophic dimensions, especially after the pandemic. As a result of diverging growth rates between the wealthiest individuals and the rest of the population, the share of wealth held by the top 0.0001% rose from 3% of world GDP in 1987 to 13% in 2024. During this period, while the average growth rate of wealth for this group grew by 7.1% annually, net of inflation, the average wealth of the general population grew by only 3.2% per year⁸. In the context of increased tax competition between countries and, consequently, lower effective tax rates for wealthy individuals, national tax systems have further exacerbated this trend⁹. In the United States, the effective average tax rate for billionaires is 23%, which is lower than the tax rate paid by the bottom 10% (25.6%). When considering only income taxes, the effective tax rate on billionaires is even lower, approximately 8%, which is similar to the rate paid by individuals in the 70th to 80th percentiles of the pre-tax income distribution in the country. In the Netherlands, the effective income tax rate for billionaires is close to zero.

The top wealthiest individuals are therefore holding a considerable share of the world’s financial resources, while disproportionately contributing to climate change. With the mobility possibilities explained above, leaving it up to these families to decide where and how much to contribute to society’s needs seems unacceptable at this point in time, especially when inequality has reached new heights after the pandemic.

It is important to note that the definition of global individual taxpayers is complex, as it should rely more on the potential mobility than the actual facts and

⁸ Zucman, G (2024). A blueprint for a coordinated minimum effective taxation standard for ultra-high-net-worth individuals.

⁹ Egger, Peter H., Sergey Nigai, and Nora M. Strecker (2019). “The Taxing Deed of Globalization.” In: *American Economic Review* 109(2), pp. 353-90.

circumstances of each individual. If a certain person has the ability to buy a tax residence and to move around the world at will, then they should be considered as global taxpayers, with a moral obligation to contribute to global common goods.

While this section clarified that current rules are evidently inadequate to tax global individual taxpayers in a way that will redistribute wealth and reduce inequality due to their increased mobility, it is worthwhile noting that, as this opportunity is only available to a small percentage of individuals worldwide, it is reasonable to conserve the current international tax framework for those who cannot easily escape the sovereign taxing power of a jurisdiction due to mobility reasons.

4. Corporate global taxpayers

The shocking accumulation of wealth in the sphere of individual global taxpayers is matched by the accumulation of revenue and wealth in the global corporate taxpayers, to the point where the annual gross income attributable to a single corporate group may exceed the GDP of most developing countries. A 2018 study by the OECD found that over one-third of global GDP and two-thirds of international trade are generated by multinational enterprises and their foreign affiliates¹⁰. Here too, wealth is highly concentrated, with the world's 100 largest companies accounting for approximately 5% of global GDP.¹¹ The increasing level of corporate concentration can also be seen at the national level. In the United States, for example, “since the early 1930s, the asset shares of the top 1% and top 0.1% corporations have increased by 27 percentage points (from 70% to 97%) and 40 percentage points (from 47% to 88%), respectively”¹². In parallel with the growing role multinational companies play in the global economy, globalization has also intensified tax competition among countries (primarily high-income nations), leading to significant reductions in the effective corporate tax rates – from 27% in 1965 to 18% in 2018¹³.

When it was first introduced and when it spread in the 90s, the arm's length principle seemed like a good solution to distribute the profits of multinationals among the different states where they operated. However, even then, physical

¹⁰ Cadestin, C., et al. (2018), “Multinational enterprises and global value chains: New Insights on the trade-investment nexus”, *OECD Science, Technology and Industry Working Papers*, No. 2018/05, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/194ddb63-en>.

¹¹ Roach, Brian (2023). “Corporate Power in a Global Economy.” An ECI Teaching Module on Social and Environmental Issues, Economics in Context Initiative, Global Development Policy Center, Boston University.

¹² Kwon, Spencer Y., Yueran Ma, and Kaspar Zimmermann. 2024. “100 Years of Rising Corporate Concentration.” *American Economic Review*, 114 (7): 2111–40.

¹³ Bachas. P. A. Jensen. M. Fisher-Post and G. Zucman (2022). “Globalization and Factor Income Taxation.” working paper.NBER Working Paper No. 29819.

presence was still a clear proxy for operating in a specific jurisdiction, especially if the multinational owned assets or performed people functions in the jurisdiction. The cracks of the approach started to become evident with the boom of the services economy, as a large number of services do not require physical presence to deliver the desired output. In fact, the “brokenness” of the arm’s length principle has been called out by academics as far back as the 1990s¹⁴, when the OECD was just developing the first versions of its Transfer Pricing Guidelines.

The initial arguments to denounce the arm’s length principle are still quite valid, and refer to the separate entity approach and the theory of the firm. The arm’s length principle is indeed based on the fiction that each part of a multinational (sometimes not even a legal unit, but a permanent establishment) should be treated as separate from the rest of the group, as if it were an independent third party. This fiction is in direct opposition to the actual economic reality of a multinational enterprise; these economic units arose precisely because of the synergies between the different vertical and horizontal links in the value chain for the different products offered by the group. These synergies cannot be replicated in the independent market, and everyday there are less independent comparables, as economic drivers for vertical and horizontal integration and mergers and acquisitions have created a tendency to eliminate such independent competition even at the early stages of a nascent business.

However, the crisis of the arm’s length standard is now exacerbated by the impossibility of localizing certain functions, risks, and assets, as well as by the possibility that the largest taxpayers have of shifting the location of those functions, risks, and assets which are easy to localize. The practical implication of the above is that taxpayers are deciding how the tax pie is to be distributed, while (at least it is reasonable to interpret that) the original intention was that the connection that they enjoyed with the different markets would dictate such division.

This scenario results, in great measure, from electivity that arises with the increased mobility of the factors initially privileged in the rules that distribute taxing rights, that is, the mobility of corporate functions, risks, and assets. Electivity brings competition among jurisdictions, which in turn, paradoxically, reduces the total amount that society receives from the taxpayers with the largest ability to pay. Even now, when sales are taking a more important role in the attribution of profits to jurisdictions after the OECD Pillar 1 discussions and the introduction of Significant Economic Presence and Digital Services Tax legislation in some countries, accurately locating final consumers remains a challenge. These solutions, therefore, do not succeed in addressing localization challenges, in spite of the more difficult mobility of a client base.

¹⁴ Avi-Yonah, R. S. (1995). Structure of International Taxation: a proposal for simplification. *Tex. L. Rev.*, 74, 1301.

As Dan Shavero already identified in the Tillinghast lecture in 2010¹⁵, the place where corporations pay tax has become largely elective, with countries competing against each other to attract investment and jobs. As a result, more than a third of multinational profits are booked in tax havens, leading to around 10% of global corporate tax revenue being lost¹⁶. This loss, of course, affects all jurisdictions, including the ones receiving some tax under the current rules. It is a loss that we will continue to suffer as a humanity if we do not address the electivity embedded in the international tax rules for the new kind of global taxpayers discussed in this article. Moreover, this loss has especial economic significance, as it is revenue with a high potential for redistribution, as it originates in the taxpayers with the largest ability to pay.

It is true that nexus or genuine connection between a taxpayer and a state are, under international law, the grounds for assigning jurisdiction to that particular state over the taxpayer¹⁷. However, the proxy for establishing the existence of such a connection has become obsolete, as physical presence is no longer required to perform a large number of functions, and the most valuable assets are now intangible. This problem is becoming larger as technology advances, and it is an obstacle for the application of alternatives that scholars had suggested to the arm's length standard, such as formulary apportionment.

The newer proxies for a genuine connection, such as sales in a specific territory, also pose significant challenges, not only in the identification of the final customer in complex distribution chains, but also in their localization in the era of digital consumption and VPNs. What remains paradoxical is that in the case of the largest multinational companies, the genuine connection is felt almost everywhere at the same time, with global marketing tools that create the sensation of truly global brands.

Given the above, the time has come to accept that the concept of the national state, and the attribution of profits to a specific territory, has become too small for the global corporate taxpayers, who, in some cases, offer their products and services in over 180 countries. The definition of global corporate taxpayers in itself poses a challenge, as arbitrary thresholds need to be established to make any solution practicable, but the OECD has already advanced in the identification of a set of taxpayers that certainly meet the criteria of global taxpayers: the companies subject to Pillar 1. It is clear that, at least for those companies that book gross revenues of 20 billion euros or more, the genuine connection is truly with most, if not all, countries.

¹⁵ Shavero, D. (2010). The David R. Tillinghast Lecture: The Rising Tax-Electivity of US Corporate Residence. *NYU Law and Economics Research Paper*, (10-45), 10-72.

¹⁶ Wier L, & Zucamn, G (2022). Global Profit Shifting, 1975-2019 UNU-WIDER working paper 2022/121.

¹⁷ Cockfield, A. J. (2003). Jurisdiction to Tax: A Law and Technology Perspective. *Ga. L. Rev.*, 38, 85.

In sum, for both individual and corporate global taxpayers, localization is a significant impediment to the collection of revenue for national states, given the current rules. Besides, the global nature of the actual and potential activities of global taxpayers justifies a genuine connection to all nations, and not just the one(s) they choose with their increased possibilities of mobility and the multiple available offers for reduced taxation in the context of tax competition between jurisdictions. In this scenario, it seems clear that the only way to maximize revenue collection from these taxpayers for all citizens at a global scale is by removing the need to localize individual tax residence, and corporate functions, risks, or assets, in order to tax. This can be achieved by unitary taxation of companies and ultra high-net worth nuclear families.

5. Unitary taxation as a global income tax

Unitary taxation is not a new solution, as it was a hot topic for debate within the United States in the 1980s, with a peak after the US Supreme Court decision in *Container Corporation* in 1983¹⁸. It is based on recognizing the reality of the economic unit composed by the several legal entities that make up a multinational group. Given that the global corporate taxpayer is treated as a single economic unit, the income tax to be levied aggregates the income (and deductions) from all the entities in the group, resulting in a single global tax base.

Reaching this global corporate income tax base is now more feasible than ever, especially after the Pillar 2 agreements on the methods to calculate the effective tax rate for any given taxpayer. With this work as a starting point, countries can work on reaching an agreement on what income should be included and which should be excluded, as well as which costs and expenses should be deductible or generate discounts. These definitions can be general in nature, in order to maintain the necessary flexibility to be able to apply the rules to new business models and technological developments in the future.

Under this hypothesis, the attribution of functions, risks, assets, or even sales to a specific entity within the group becomes irrelevant, facilitating the audit function and simplifying compliance for taxpayers, and eliminating the incentives for tax competition amongst countries, therefore maximizing revenue for all.

The same is true for individual taxpayers or even families identified as global taxpayers, as their physical location, their tax residence, and the location of their assets and investments becomes equally irrelevant. They would be subject to a single Global Income Tax, with a tax base agreed by states, and with a rate that truly responds to their ability to pay, and not to the result of tax competition between jurisdictions.

¹⁸ McAllister, M. P. (1985). The Controversy Over Worldwide Unitary Taxation: Legal, Economic, and Political Implications. *Suffolk Transnat'l LJ*, 9, 265.

The adoption of a Global International Tax (GIT) would thus eliminate the dependent path on physical presence and permanence from the nexus rules as the nexus with the global community would simply arise from conducting business and having the ability to travel permanently on a global scale. Simple proxies for this criterion can be designed based on the number of jurisdictions where an MNE carries out activities or sells products or services. Alternatively, global turnover thresholds such as the EUR20 billion sales threshold chosen for the pilot in Pillar 1 could also provide for a controlled pilot group for testing the GIT viability. In the case of high net worth individuals, a threshold based on net wealth could also be used, along the lines proposed by Gabriel Zucman¹⁹.

6. An international tax organization

As illustrated in a prior paper²⁰, the GIT requires intense cooperation efforts that are more conveniently channeled through an organization that can administer the levying of the tax, coordinate the collection and enforcement mechanisms, and oversee the distribution of collected revenue among states. In order to deal with taxpayers operating at a global scale, this organization must be conceived as a multilateral, central institution (an International Tax Organization) that represents the collective of all states. The exact governance model of this organization should be flexible enough to ensure it can easily adapt to the changing nature of the global economy.

The realization of the need for a more effective international cooperation in the face of globalization has been claimed by academia as early as the late 1990s when Vito Tanzi²¹ and Victor Thuronyi²² wrote on the need for a world tax organization and a multilateral tax treaty to replace the then existing bilateral treaty network that was already seen as insufficient. With the weakening of the national states' sovereignty vis à vis global taxpayers as explained above, the need to cooperate is even more pressing, especially knowing the consequences that the lack of effective taxation on the taxpayers with the greatest ability to pay may have on global and intra-nation inequality.

One of the objections to achieving this level of cooperation has to do with the difficulty in getting countries to agree on a global international tax framework. Nonetheless, new institutional windows for agreement are opening up: the cur-

¹⁹ Zucman (2024). A Blueprint for a Coordinated Minimum Effective Taxation Standard for Ultra-High-Net-Worth Individuals, report commissioned by the Brazilian G20 Presidency.

²⁰ Quinones, N. (2023). Policy Note: Beyond the 2-Pillar Solution: A Case for a Global Income Tax and the Creation of the International Tax Organization. *Intertax*, 51(4).

²¹ Tanzi, V. (1995). Taxation in an integrating world. Brookings Institution Press.

²² Thuronyi, V. (2000). International Tax Cooperation and a Multilateral Treaty. *Brook. J. Int'l L.*, 26, 1641.

rent UN process can pave the way for establishing this subsidiary body²³ by the conference of the parties created by the UN tax convention, and the recent G20 mandate for the OECD to achieve effective taxation of ultra-high net worth individuals²⁴ can similarly arrive at the creation of an International Tax Organization. However, in order to be effective, this body should blend the advantages of the UN procedures with the technical expertise currently housed at the OECD. Quiñones (2023)²⁵ has outlined some further specifics on how the International Tax Organization can be created, so we will not expand on that in this article.

7. Spending the revenue from the global income tax

A global tax for taxpayers with a global nexus will produce a significant amount of revenue that will belong to humanity as a whole. This is a corollary of the global nexus principle, that is, the presumption that global individual and corporate taxpayers have a nexus or genuine connection with the world at large.

The agreements that give rise to this tax have to be approved by nation-States (hopefully through executive agreements that facilitate domestic approval without the need for a parliamentary procedure), as it is clear from the sections above that this revenue would be impossible or extremely costly to raise unilaterally, given the limitations imposed by the extreme mobility of this new kind of taxpayers. Nevertheless, it makes little sense to distribute this revenue back to the states that joined the agreement. There are two main reasons for this: the agreement on a formula to redistribute the revenue back to national states is too difficult to achieve, and probably requires the localization of factors that are already too mobile; and the global challenges that we face as a humanity are too difficult to tackle unilaterally, as is the case for climate change and the loss of biodiversity.

Given the difficulties of distributing the revenue back to member states, we propose that the revenue collected from these taxpayers is spent in funding the international tax organization and creating two funds for global common goods such as climate, biodiversity and pandemic readiness. The first fund would be allocated to large, global-impact projects that are vetted by multilateral experts with the strictest criteria for success. The second fund would finance small, grassroots initiatives dedicated to advancing progress on global goals, such as the Sustainable Development Goals. The criteria for vetting and the indicators for evaluating success for these projects would be simpler and more participative, so that

²³ UN (2024). Why the world needs a global UN tax convention. Available at <https://news.un.org/en/story/2024/08/115330>. Released on August 16th, 2024.

²⁴ G20 (2024). The Rio De Janeiro G20 Ministerial Declaration On International Tax Cooperation. Available at <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/g20/declaracoes/1-g20-ministerial-declaration-international-taxation-cooperation.pdf>. Released on July 27th, 2024.

²⁵ Quiñones, N. (2023). Policy Note: Beyond the 2-Pillar Solution: A Case for a Global Income Tax and the Creation of the International Tax Organization. *Intertax*, 51(4).

communities that benefit from the projects can directly report if the goals for the project have been achieved. Ideally, civil society organizations would directly participate in the design and administration of this fund.

In order to bring legitimacy back to the international tax policy arena, and in order to bring ordinary citizens closer to the system, the funds should include a mechanism to allow citizens to prioritize, if not projects, at least areas of work, such as climate, poverty reduction, health, or any other SDG. The funds would ideally be transparent so that any citizen may monitor the money spent and progress on funded projects.

Besides preventing discussions on formulary apportionment and pools enough resources to tackle global issues that we've been ineffective in addressing at a national level. Given the timeframes at the UN and OECD, and the policy windows that are open due to those processes, there is enough time for academia, civil society, and governments to continue researching the different elements for the design of such a system, so that we may arrive at an interdisciplinary, participative design that is reflective of the collaborative spirit that should rule international tax relations in the future.

Consequências Jurídicas no Brasil de “Trusts” no Exterior

Ricardo Mariz de Oliveira

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.

I. Introdução

Em 12 de dezembro de 2023 foi promulgada a Lei n. 14.754, que se tornou a primeira lei no Brasil a disciplinar as consequências jurídicas de *trusts* existentes no exterior, quando envolvam pessoas físicas residentes no País. Antes dessa lei, houve atos infralegais relacionados a esse instituto, o qual, entretanto, não tinha disciplina no direito brasileiro.

De fato, não temos, entre os contratos tipificados pela lei brasileira, a figura do *trust*, o que, entretanto, não impedia qualquer residente no Brasil de ser parte em algum contrato de *trust* fora do território nacional.

Nesse cenário, evidentemente havia muita insegurança para pessoas envolvidas em algum *trust*, a despeito de não cometerem qualquer ilícito apenas em virtude desse fato, dado não haver impedimento legal para tanto e porque, entre nós, para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, deve ser aplicada a lei do país em que estiverem situados, assim como a qualificação e a regência de obrigações são atribuídas à lei do país em que se constituírem (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, arts. 8º e 9º).

De mais a mais, a validade de um contrato de *trust* contraído por residente no País fora do seu território também advinha do princípio da liberdade de contratar, garantia individual constitucional inscrita no inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que pode ser exercida desde que não sejam feridas normas cogentes de direito público, isto é, normas que são inalteráveis pela vontade das partes. Neste sentido, veja-se também os arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, além de o art. 425 determinar ser possível adotar contratos não tipificados em nosso ordenamento.

Assim, *trusts* contraídos fora do território brasileiro, especialmente (mas não apenas) quando tenham por objeto bens situados além das nossas fronteiras, sempre ficaram sob a regência de leis de outros países e sempre foram respeitados e válidos no Brasil, ainda que concernentes a residentes neste país, sejam estes instituidores, beneficiários ou *trustees*.

Paralelamente, sempre foi possível considerar a *Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, que é a convenção n. 30 da *Hague Conference on Private International Law* (Conferência de Haia sobre o Direito Internacional Privado), da qual o Brasil é membro.

Essa convenção, concluída em 1º de julho de 1985, é uma sugestão para os países se basearem em suas legislações internas, e contém descrições relativas ao

que seja um *trust* e às principais pessoas que dele participem, bem como dos efeitos que ele produz. Destarte, ao lado da lei nacional que rege cada *trust*, tal convenção já era instrumento muito útil para se conhecer o instituto e nele se basear, especialmente em um país como o Brasil, que não continha legislação sobre a matéria.

Essa convenção também se presta a revelar a concepção do *trust* como um legítimo instituto legal, que é único na sua essência, ainda que tenha variantes de jurisdição para jurisdição, cuja concepção tem como espinha dorsal o efeito de que os bens afetados ao *trust* ficam sob a propriedade do *trustee*, embora não participem do seu patrimônio submetido à constrição legal por seus credores ou a partilhas por razões matrimoniais ou por sucessão dele. Portanto, o patrimônio do *trust* é uma espécie de patrimônio de afetação, que pertence ao *trustee* em caráter fiduciário, dado que ele deve gerir os respectivos bens segundo as instruções recebidas do instituidor (*settlor*) ou de alguém indicado no instrumento de instituição (*deed*), com a finalidade de futuramente ser transferido aos beneficiários (*beneficiaries*) também indicados ao *trustee*.

Destarte, mesmo o Brasil não sendo signatário da referida convenção de Haia, as diretrizes que ela traça podiam e deviam ser aceitas como regras jurídicas válidas fora do seu território e da sua legislação, inclusive quando aplicáveis a pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Em 2016 participei da coletânea intitulada *Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*, na qual inseri um artigo denominado “O instituto do *trust* na perspectiva do direito brasileiro”¹, cujo trabalho, contudo, requer atualização, seja em decorrência do advento da Lei n. 14.754, seja pela evolução do meu próprio entendimento sobre alguns aspectos.

Nesse estudo de 2016 abordei as principais disposições da Convenção, inclusive os efeitos patrimoniais produzidos pelo *trust* e as várias pessoas que dele participam, tendo sido destacado que seu Artigo 18 resguarda normas de ordem pública de legislações nacionais, quando manifestamente contrariadas por qualquer disposição da Convenção, e também o Artigo 19, segundo o qual assuntos fiscais estão subordinados à legislação dos Estados, cuja soberania nesta matéria não pode ser afastada por qualquer disposição convencional.

Essa última disposição convencional é interessante para a perspectiva brasileira, pois confirma o respeito, no plano internacional, pelas normas internas de ordem pública, e também porque as normas tributárias disciplinam apenas os efeitos tributários de ocorrências da vida econômica e patrimonial das pessoas, as quais são regidas principalmente por normas de direito privado, o que representa a própria razão para existirem os arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacio-

¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O instituto do *trust* na perspectiva do direito brasileiro. In: *Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 389.

nal (CTN). Vale dizer, as relações jurídicas entre agentes econômicos são regidas por normas de direito privado, e, quando revelam capacidades contributivas e se inserem nos campos de competência tributária das três esferas de poder tributante (União, Estados ou Distrito Federal e Municípios), são captadas pelas leis desses poderes para integrarem fatos geradores de obrigações tributárias.

Esse fenômeno é o mesmo, ainda que os efeitos patrimoniais e econômicos de algum ato ou negócio jurídico derive de norma estrangeira aplicável a ele. Deste modo, *trusts* disciplinados por leis de outros países podem gerar efeitos tributários no Brasil quando deles participem pessoas aqui residentes e, portanto, subordinadas à jurisdição brasileira.

II. A Lei n. 14.754 e seus efeitos, tributários e não tributários

No presente artigo não pretendo adentrar em todos os aspectos jurídicos relacionados a *trusts*, para o que remeto os interessados ao meu trabalho do ano de 2016, acima referido.

Minha intenção é fazer uma atualização de algumas conclusões atingidas naquele ano, as quais são necessárias primeiramente em virtude de evolução do meu pensamento e da minha experiência prática e, em segundo lugar, pelo surgimento da Lei n. 14.754, a qual, como é inevitável, inseriu regras no ordenamento jurídico nacional antes inexistentes, as quais doravante não poderão ser desconsideradas.

Pois bem, uma primeira observação importante a propósito dessa lei é que ela descreve o que seja um *trust* e define os diversos principais participantes igualmente ao que consta da convenção de Haia (art. 12)², sem prejuízo de haver outras figuras, como a do *protector*.

² “Art. 12. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I – ‘trust’: figura contratual regida por lei estrangeira que dispõe sobre a relação jurídica entre o instituidor, o ‘trustee’ e os beneficiários quanto aos bens e direitos indicados na escritura do ‘trust’; II – instituidor (‘settlor’): pessoa física que, por meio da escritura do ‘trust’, destina bens e direitos de sua titularidade para formar ‘trust’; III – administrador do ‘trust’ (‘trustee’): pessoa física ou jurídica com dever fiduciário sobre os bens e direitos objeto do ‘trust’, responsável por manter e administrar esses bens e direitos de acordo com as regras da escritura do ‘trust’ e, se existente, da carta de desejos; IV – beneficiário (‘beneficiary’): uma ou mais pessoas indicadas para receber do ‘trustee’ os bens e direitos objeto do ‘trust’, acrescidos dos seus frutos, de acordo com as regras estabelecidas na escritura do ‘trust’ e, se existente, na carta de desejos; V – distribuição (‘distribution’): qualquer ato de disposição de bens e direitos objeto do ‘trust’ em favor do beneficiário, tal como a disponibilização da posse, o usufruto e a propriedade de bens e direitos; VI – escritura do ‘trust’ (‘trust deed’ ou ‘declaration of trust’): ato escrito de manifestação de vontade do instituidor que rege a instituição e o funcionamento do ‘trust’ e a atuação do ‘trustee’, incluídas as regras de manutenção, de administração e de distribuição dos bens e direitos aos beneficiários, além de eventuais encargos, termos e condições; VII – carta de desejos (‘letter of wishes’): ato suplementar que pode ser escrito pelo instituidor em relação às suas vontades que devem ser executadas pelo ‘trustee’ e que pode prever regras de funcionamento do ‘trust’ e de distribuição de bens e direitos para os beneficiários, entre outras disposições.”

Portanto, tais definições, agora normatizadas no Brasil, não destoam das disposições da Convenção de Haia nem da essência dos *trusts* tal como disciplinados nas várias jurisdições estrangeiras, embora nestas haja uma vasta gama de variações alternativas permitidas.

Por evidente, no presente comentário vou me ater às características gerais delineadas na Lei n. 14.754, começando por apontar a discrepância fundamental na definição da propriedade dos bens afetados ao *trust*.

Realmente, o contrato de *trust* se constitui em norma individual para as partes contratantes, cujo efeito mais significativo é a titularidade do *trustee* sobre os bens a ele transferidos, o que, conseqüentemente, significa a inexistência de direitos reais do *settlor* e dos beneficiários sobre tais bens. É possível a objeção de que a propriedade atribuída ao *trustee* tem natureza fiduciária, ou contém traços de propriedade fiduciária, como também se pode afirmar que os beneficiários têm um vínculo indireto (embora meramente potencial) com a propriedade dos bens do *trust*.

Não obstante, a titularidade é do *trustee* pois é ele que pode gerir os bens, utilizá-los ou mesmo aliená-los, ainda que segundo instruções estabelecidas no *deed* ou na carta de intenções (*letter of wishes*). Deste modo, ele exerce os atributos da propriedade, os quais no Brasil estão descritos no art. 1.228 do Código Civil (*jus utendi, fruendi et abutendi*), mesmo que tenha que fazê-lo no interesse do *trust* e da respectiva finalidade, e tais atributos deixam de ser utilizados pelo instituidor.

Antes da Lei n. 14.754, esse traço básico do *trust* determinava algumas conseqüências tributárias no Brasil, ou elas não existiam, mormente em torno de obrigações perante o imposto de renda das pessoas físicas (IRPF) e o imposto sobre a transferência não onerosa da propriedade por doação ou sucessão *causa mortis* (ITCMD). Essas conseqüências podiam ser a incidência ou não de um desses impostos e a existência ou não de obrigações acessórias, além de obrigações de declarações não tributárias.

Porém, inequivocamente, a partir da nova lei, tais conseqüências precisam ser reavaliadas, mormente tendo-se em conta que o art. 10 dessa lei determina que, para os seus fins, os bens e direitos objeto de *trust* no exterior serão considerados da seguinte forma: permanecerão sob titularidade do instituidor após a instituição do *trust*; e passarão à titularidade do beneficiário no momento da distribuição pelo *trust* para o beneficiário ou do falecimento do instituidor, o que ocorrer primeiro, podendo a transmissão ao beneficiário ser reputada ocorrida em momento anterior a esses, caso o instituidor abdique, em caráter irrevogável, do direito sobre parcela do patrimônio do *trust*.

Essa norma é complementada com a disposição segundo a qual, para os fins da mesma lei, a mudança de titularidade sobre o patrimônio do *trust* será considerada como transmissão a título gratuito pelo instituidor para o beneficiário e consistirá em doação, se ocorrida durante a vida do instituidor, ou em transmissão *causa mortis*, se decorrente do falecimento do instituidor.

Pode-se verificar que, assim dispondo, a Lei n. 14.754 é coerente com a realidade dos efeitos produzidos pela instituição do *trust*, e somente a contraria quanto à determinação de que os bens devem ser considerados como continuando a pertencer ao instituidor, e não ao *trustee*.

Para constataremos a validade ou invalidade constitucional dessas disposições, bem como dos seus efeitos fiscais, dois pressupostos precisam ser previamente identificados: o primeiro deles é a natureza das normas da Lei n. 14.754, inclusive porque mais de uma vez o art. 10 menciona que suas determinações são para os fins dessa lei, e, em segundo lugar, porque o ITCMD pertence à competência tributária estatual, de sorte que ela somente pode ser afetada por leis tributárias federais que sejam leis complementares e tratem das matérias prescritas no art. 146 da Constituição, o que não ocorre com a Lei n. 14.754.

Assim sendo, surgem várias dúvidas. Como a Lei n. 14.754 não tem qualquer efeito para fins do ITCMD? Até que ponto os Estados podem deixar de cobrar ITCMD ao serem transferidos bens para o *trustee*, e somente podem fazê-lo quando houver transferência para os beneficiários? E até que ponto a transferência do *trustee* para os beneficiários é tributável pelo ITCMD a partir da competência constitucional para instituição desse imposto apenas quando houver um ato jurídico de sucessão por causa de morte ou um negócio jurídico de doação, ou seja, fatos geradores de caráter instrumental, como catalogava Alberto Xavier, e como prevê o art. 116, inciso II, do CTN?

Em suma, tudo depende em primeiro lugar do que se deva entender com as alocações “para os fins do disposto nesta lei” e “para os fins desta lei”, constantes dos arts. 10 e 13 da Lei n. 14.754.

O deslinde dessa questão não pode ficar dependendo apenas da interpretação exclusivamente literal das regras legais, jamais suficiente, mas também não pode se esquivar de considerar a dicção pela qual elas estão colocadas no ordenamento jurídico.

Nesse contexto, além de as referências “para os fins do disposto nesta lei” e “para os fins desta lei”, há que se observar que a ementa da lei declara que ela dispõe, entre outras matérias, sobre a tributação da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e *trusts* no exterior, além de que seu art. 1º prescreve literalmente que “esta Lei dispõe sobre a tributação [...] da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e ‘trusts’ no exterior”.

Fica-se, portanto, com a impressão inicial de que a lei é apenas de natureza tributária, além de ser restrita à tributação da renda de pessoas físicas, sem efeitos patrimoniais e sem possibilidade de se impor sobre as legislações estaduais relativas ao ITCMD.

Essa primeira impressão, contudo, precisa de aprofundamento por vários ângulos de observação, começando pela natureza das normas e se estendendo pela estrutura das leis. Através deste caminho é possível constatar que na Lei n.

14.754 existem normas de natureza privada, pertinentes aos efeitos jurídicos dos atos e fatos na vida econômica e patrimonial das pessoas, e também normas de direito tributário, sendo que as primeiras acabam por interferir validamente na competência constitucional pertencente aos Estados, a despeito de não serem normas de lei complementar, mas de lei ordinária.

Vejamos cada um destes aspectos.

É comum a afirmação de que a categorização das leis num ou noutro ramo do direito positivo tem finalidade meramente didática, mas a própria Constituição da República refere-se a um ou a outro campo, além de haver normas especificamente dirigidas a um deles e não a outros.

A rigor, uma lei ou uma norma ser de direito privado ou de direito tributário depende exclusivamente da respectiva matéria por ela disciplinada, pois as relações interpessoais pertinentes a direitos e obrigações de pessoas perante pessoas estão no domínio das normas de direito privado, ao passo que as relações jurídicas entre um ente público tributante e uma pessoa praticante de alguma ação caracterizada legalmente como fato gerador de obrigação tributária são próprias de normas de direito tributário.

E um mesmo fato pode ser abarcado por mais de uma categoria de norma, como, por exemplo, a morte causada por alguém pode ser fato do direito penal, quanto à punição do autor, ao lado de fato do direito privado, quanto à responsabilidade por indenização, e ainda do direito tributário quanto ao imposto sobre a transmissão *causa mortis* da vítima.

Com razão, não há qualquer proibição para uma lei tratar, ao mesmo tempo, de matéria privada de matéria tributária, desde que relacionada a um único objeto.

Quanto a isto, deve-se atenção à Lei Complementar n. 95, promulgada em 26-2-1998 para atender à determinação do parágrafo único da Constituição, segundo o qual lei complementar deveria dispor “sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Essa lei superior tem detalhadas regras sobre o fazimento das leis e outros diplomas normativos, inclusive a determinação de que a lei seja estruturada em três partes distintas: (i) a parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do *objeto* e a indicação do *âmbito de aplicação* das disposições normativas; (ii) a parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a *matéria regulada*; e (iii) a parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber (art. 3º). Aqui cabe destacar a distinção entre as partes mais formais ou de estrutura e as normas com conteúdo normativo substantivo, e, principalmente, as referências a *objeto*, *âmbito de aplicação* e *matéria regulada*”

Também deve ser mencionado que a ementa deve explicitar, de modo conciso, o *objeto da lei* (art. 5º), sendo que o objeto da lei deve ser indicado no art. 1º da lei juntamente com o respectivo *âmbito de aplicação* (art. 7º). O art. 7º da lei complementar estende-se determinando que, excetuadas as codificações, cada lei tratará de um *único objeto*, não conterà *matéria estranha a seu objeto* ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão, que o *âmbito de aplicação* da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva, e que o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Mas também deve ser levada em conta a determinação de que as disposições normativas sejam redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas as regras alinhadas no art. 11, dentre as quais, para obtenção de ordem lógica, a de restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um *único assunto ou princípio* (art. 11, III, b).

Por conseguinte, na estrutura das leis têm que ser distinguidos *objeto* da lei, *matéria* regulada pela lei, *âmbito* de aplicação da lei e *assunto* (ou princípio) tratado em artigo da lei, que à primeira vista podem se confundir como um único conceito, mas que têm sentidos diferentes especificamente na interpretação e na aplicação da referida lei complementar. E, neste mister, não podemos ignorar os mandamentos de que cada lei trate de um *único objeto* e de que cada artigo discipline um mesmo *assunto*, conceitos que, em observação perfunctória, podem se confundir, mas não podem ser entendidos como um só.

Com razão, na terminologia da Lei Complementar n. 95, cada lei tem (deve ter) a regulação de um *único objeto*, bem como um *âmbito* de aplicação determinado, sendo que pode haver mais de uma *matéria*, desde que pertinente ao mesmo *objeto* ou a ele vinculada por pertinência, afinidade ou conexão, isto porque, segundo o art. 7º, a lei deve tratar de um *único objeto* e não pode conter *matéria estranha a ele*. Portanto, a *matéria* não é o *objeto*, mas é relativa a ele ou a ele vinculada. Outrossim, o *assunto* não é o *objeto* da lei, pois corresponde à prescrição de cada artigo, dado que cada artigo deve se restringir a um *único assunto* (art. 11). Evidentemente que, como o *objeto* da lei é único, o *assunto* do artigo também deve ser pertinente a esse *objeto* e a uma *matéria* dessa lei, sendo que pode haver mais de uma *matéria*, desde que todas sejam vinculadas ao *objeto* da lei por pertinência, afinidade ou conexão.

Podemos, portanto, perceber que o *objeto* pode ser desdobrado em diferentes *matérias* e *assuntos*, e que as *matérias* podem estar em vários artigos como *assuntos* deles, sendo que a lei pode tratar *matérias* distintas quando haja vinculação de pertinência, afinidade ou conexão delas com o *objeto* da lei. E também podemos constatar que o *âmbito* de aplicação da lei, que, juntamente com o *objeto*, já deve ser indicado na sua ementa e no seu art. 1º, tem que ser, dentro do possível especificado conforme o conhecimento técnico ou científico da área respectiva.

Em suma, podemos decompor os conceitos dos termos adotados pela lei complementar segundo o significado que têm para ela³, da seguinte maneira:

- **objeto** é aquilo sobre o que a lei dispõe: por exemplo, dispõe sobre *trusts* no exterior;
- **âmbito de aplicação** é o campo de aplicação da lei, relativamente ao seu *objeto*: por exemplo: tratamento para pessoas físicas residentes no Brasil, relativo a *trusts* no exterior;
- **matéria** é aquilo que é tratado pela lei: por exemplo, incidência do imposto de renda das pessoas físicas sobre bens de *trusts* no exterior, com ou sem regulação de efeitos patrimoniais pessoais derivados de *trusts*;
- **assunto** é a disposição de cada artigo, sem mais de um assunto no mesmo artigo: por exemplo, incidência do IRPF num artigo, com ou sem a disciplina de mais de uma *matéria relacionada* ao objeto da lei.

Mais ainda, desde que relativamente ao mesmo *objeto* da lei (por exemplo, *trusts* no exterior):

- na mesma lei pode haver mais de uma *matéria*: por exemplo, matéria de direito privado e matéria de direito tributário relativas ambas a *trusts* no exterior (*objeto* da lei);
- e cada *matéria* pode ser *assunto* de mais de um artigo: por exemplo, um artigo sobre o IRPF e outro sobre o direito privado relativo a *trusts* no exterior.

Esse exercício de compreensão das regras de estruturação e formulação normativa das leis, tendo em vista os termos adotados, presta-se a demonstrar que, além de não haver empecilho de ordem constitucional, perante a Lei Complementar n. 95 é possível haver, numa mesma lei, normas de direito privado e normas de direito tributário (diferentes *matérias*), desde que relativas a um mesmo *objeto* (no caso da Lei n. 14.754, *trusts* no exterior), o que, de resto, não é novidade dessa lei, pois temos inúmeras outras leis com essa dualidade de *matérias* em torno de um mesmo *objeto*, como se vê, entre outras, pela Lei n. 6.099, cujo *objeto* são os negócios jurídicos de arrendamento mercantil e sobre o qual há *matérias* de direito privado e de direito tributário, e pela Lei n. 9.430, art. 9º, a propósito de juros sobre o capital próprio, sobre cujo *objeto* há *matérias* dos dois campos.

Como podem desvios em relação às prescrições dessa lei complementar, ela própria, em seu art. 18, se encarrega de prescrever que eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento, ou seja, apenas inexatidões substanciais invalidam alguma norma.

³ Embora fora dela possam ter outros sentidos.

Todavia, para este estudo o que interessa é o seguinte: segundo a lei complementar (e quando é cumprida), há a possibilidade de mais de uma *matéria* estar tratada numa só lei em relação ao seu *objeto*. E pode-se interpretar a lei complementar no sentido de que, havendo *matérias* distintas sobre o mesmo *objeto*, cada uma deveria ser *assunto* de artigo próprio. Esta é mesmo a melhor conclusão que se pode atingir perante o objeto de ordem lógica, mas seu eventual descumprimento pode não ser razão para invalidade da norma, se tiver caráter mais formal do que substancial.

Na realidade, infelizmente, nem sempre as leis são elaboradas com rigorosa observância das determinações da Lei Complementar n. 95, e alguns casos de descumprimento foram inclusive levados à apreciação do Poder Judiciário.

A própria Lei n. 14.754 estaria melhor perante a lei complementar se o objeto fundos de investimento no Brasil e o objeto aplicações financeiras no exterior tivessem sido tratados em diplomas separados. E também se tivesse havido separação dos assuntos de cada artigo conforme as respectivas matérias.

Esses deslizos provavelmente serão considerados formais e não substanciais, isto é, insuficientes para invalidar a lei, mas, de qualquer modo, podemos verificar que a Lei n. 14.754, no tocante a *trusts* no exterior:

- tem por *objeto trusts* no exterior;
- tem seu *âmbito de aplicação* na tributação de pessoas físicas residentes no Brasil;
- no art. 10, tem como *assunto* a disciplina das consequências patrimoniais de um *trust* no exterior (*matéria* de direito privado) e seus efeitos perante o IRPF (*matéria* de direito tributário), os quais, ao menos, são *matérias* vinculadas por dependência entre si e com o *objeto* da lei.

Outrossim, a Lei n. 14.754:

- em nenhum dispositivo avança em normas que, segundo o art. 146 da Constituição, são reservadas à lei complementar;
- ao dispor sobre o IRPF, trata de tributo pertencente à esfera de competência da lei ordinária federal;
- e, ao dispor sobre efeitos patrimoniais do *trust* relativamente a pessoas físicas residentes no País, está exercendo competência constitucional, pois a União federal detém competência exclusiva para legislar sobre direito civil e comercial, além de outras áreas do direito que disciplinam as relações econômicas (art. 22, I, da Constituição Federal).

Em suma, quando se lê na Lei n. 14.754 que alguma disposição é “para os fins do disposto nesta lei” ou “para os fins desta lei”, tais fins não são necessariamente apenas tributários, e suas consequências não se esgotam com aquelas do campo do IRPF.

E, ao assim proceder, especificamente dizendo que a passagem da propriedade dos bens do *trust* para os beneficiários ocorre a título de doação, se em vida do *settlor*, ou por sucessão *causa mortis*, se após sua morte, a Lei n. 14.754 acaba por repercutir na incidência do ITCMD do mesmo modo que ocorre quando um ato da vida privada, regulado pelo direito civil, se insere no campo de incidência de qualquer tributo.

Isso é assim porque, como já dito, o mundo econômico, no qual se dão as manifestações de capacidades contributivas através da ocorrência de fatos geradores de obrigações tributárias, é disciplinado pelo direito privado, motivo pelo qual comumente o fato gerador tributário somente passa a existir por haver (se houver) uma situação regida pelo direito privado, como fica muito claro ao se consultar os arts. 109 e 110 do CTN.

Ademais, é por isso que o inciso II do art. 116 do CTN declara que, salvo disposição em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador que seja situação jurídica a partir do momento em que esta esteja completa de acordo com o direito aplicável, que é o direito civil. A cujo dispositivo segue-se o art. 117, pelo qual, quando o ato ou fato jurídico estiver subordinado à condição suspensiva, somente se considera acabado com o implemento desta (inciso I), regra que corresponde ao art. 125 do Código Civil.

Em outras palavras, o direito privado federal rege os fatos e atos da vida pessoal, os quais, quando inseridos nas competências tributárias das três esferas de poder, passam a ser sujeitos aos respectivos tributos conforme as leis tributárias desses poderes tributantes.

É por tais fundamentos que o ITCMD sempre e somente pôde incidir quando ocorresse uma doação efetivada de acordo com o Código Civil, ou uma sucessão hereditária ou testamentária também em conformidade com esse código.

No caso de um *trust* no exterior, seus efeitos derivam primeiramente da norma individual havida no *deed* e na norma geral da respectiva jurisdição. A elas agora se acrescenta, no Brasil, a norma do art. 10 da Lei n. 14.754, que decreta os efeitos internos do mesmo contrato, sem contrariedade com as normas externas, salvo quanto ao *settlor*, sobre o qual tratarei abaixo.

E é pelas mesmas razões que, doravante, a aquisição da propriedade por donatário ou herdeiros, relativamente a bens alocados em *trusts* no exterior, passa a ocorrer também com base nas disposições da Lei n.14.754.

Até na dicção da Lei n. 14.754 pode-se chegar à mesma conclusão, pois a regra consta do art. 10, cujo *caput* determina que, para os fins do disposto nessa lei, os bens e direitos objetos de *trust* no exterior serão considerados pela forma como estabelece. Assim, na lei federal não consta qualquer prescrição que determine ou não a incidência do imposto estadual (o que não compete a ela), e apenas constam os efeitos patrimoniais do *trust* (o que compete a ela), sem antinomia com o direito estrangeiro. O resto (prescrições sobre fato gerador, base de cálculo, contribuinte etc. do ITCMD) fica por conta da lei de cada Estado.

Outrossim, os efeitos declarados na Lei n. 14.754 para os beneficiários, além de serem os mesmos que advêm do próprio contrato de *trust*, não representam qualquer determinação desprovida de sentido jurídico, nem sequer são decorrentes de uma ficção jurídica ou têm função de presunção jurídica.

Com razão, inclusive agora abordando não só os beneficiários, mas também a nova regra legal pertinente ao *settlor*, quando os bens são transferidos pelo *settlor* para o *trust* não há doação, eis que o negócio jurídico de doação tem por causa a transferência da propriedade por liberalidade, em favor do donatário (Código Civil, art. 538), o que não ocorre nessa transferência porque o *settlor* não quer doar ao *trustee*, mas transferir a ele a propriedade para incumbi-lo da gestão e da futura transferência ao beneficiário.

Realmente, a liberalidade é o traço marcante da causa jurídica do negócio de doação, e significa a transferência da propriedade sem contraprestação, por puro ato gracioso do doador em benefício do donatário.

Ora, quando o *settlor* transfere os bens para o *trustee*, ele o faz para a constituição de um patrimônio especial sob titularidade do *trustee*, mas sem as características da gratuidade em favor do *trustee*, uma vez que este não recebe os bens sem contraprestação e em seu benefício. Ao contrário, o *trustee* recebe a titularidade sobre os bens para administrá-los com vistas a futuramente favorecer os beneficiários.

Nesse mesmo momento também não há doação para o beneficiário, porque, se houver doação, somente se completa com a entrega do bem ao donatário e a aceitação do ato por este (art. 539), além de que a transferência para o beneficiário usualmente depende de condições a serem realizadas futuramente.

Desse modo, o que existe no *trust* é algo parecido com o fideicomisso, mas não igual a este (Código Civil, art. 1.951 e seguintes)⁴, e algo semelhante ao testamento, notando-se que este somente gera efeitos de transferência patrimonial pela morte do testador. Com razão, no ato do testamento não há transferência de domínio, mas somente previsão de transmissão com a morte do testador.

⁴ Antes da nova lei, havia a ideia de que a instituição do *trust* representaria doação para o *trustee*, com submissão ao ITCMD, e que seria uma doação modal, isto é, com encargos. Inclusive em São Paulo, este era o entendimento da Secretaria da Fazenda (Resposta de Consulta n. 25.343/2022, proferida em 31-3-2023 pela SEFAZ/SP). E, em favor desse entendimento, algumas decisões judiciais consideraram que, no fideicomisso, a futura transmissão dos bens pelo fiduciário (aquele que corresponderia ao *trustee*) para os fideicomissários (aqueles que corresponderiam aos beneficiários do *trust*) não constituiria fato gerador do ITCMD, e assim julgaram porque levaram em consideração que o imposto já incidira na instituição do fideicomisso e não poderia haver dupla tributação, deste modo admitindo implicitamente a possibilidade da cobrança do ITCMD ao ser instituído o fideicomisso. Contudo, não há identidade entre fideicomisso e *trust*, não sendo possível estender para este o que se aplique àquele, inclusive o fato de que, quanto ao fideicomisso, possa haver norma específica nas leis estaduais, sendo impossível a extensão ao *trust* não apenas pela distinção entre as naturezas jurídicas dos dois atos como também pela vedação de exigência de imposto por analogia (CTN, art. 108, § 1º).

Em complemento, é relevante mencionar que a simples instituição do *trust* também não pode, tal como no testamento, ser considerada fato gerador do ITCMD em relação aos beneficiários, uma vez que a transmissão *causa mortis* é subordinada à condição suspensiva e, mesmo havendo a morte, a transmissão da herança depende da sua aceitação pelos herdeiros (Código Civil, art. 1.804).

Nesse contexto, é visível que o efeito do *trust* em relação aos beneficiários é, a partir do implemento de uma das condições estabelecidas, o de transmissão de bens do *settlor* através do *trustee*, pela via indireta de uma estrutura jurídica regulada por normas externas, agora acompanhadas pelo art. 10 da Lei n. 14.754. Também é perceptível que, pelos mesmos fundamentos que afastam a existência de doação do *settlor* para o *trustee*, não há doação deste para os beneficiários, eis que o *trustee* não pratica ato de liberalidade sua em favor daqueles, mas cumpre obrigação contratual assumida perante o *settlor*, do mesmo modo que, num contrato de depósito em que um depositário entrega bens a terceiro que não o depositante, não se enxerga doação do depositante para o destinatário, mas pode haver doação do depositante, se depositou o bem para o depositário entregá-lo ao destinatário a título de doação.

Não por outra razão, as transferências de bens para os beneficiários, a qualquer dos dois títulos possíveis, ficam sujeitas às mesmas restrições das normas brasileiras de ordem pública quanto à doação ocorrida diretamente entre um doador e um donatário, ou as aplicáveis à transferência de um espólio para um sucessor do *de cujus*.

Sendo assim, a incidência do imposto estadual, nos momentos e sob os títulos estabelecidos pela Lei n. 14.754, também decorre da normatização, no direito positivo brasileiro, dos efeitos patrimoniais do *trust*, ainda que este não tenha passado a ser um contrato tipificado em nosso ordenamento e continue a ser regido por lei estrangeira.

Há quem não concorde e prossiga dizendo que a referida lei é meramente tributária, e não de direito privado. Todavia, a discordância não tem base sólida nem razão para existir porque, como já dito antes, os efeitos patrimoniais prescritos por ela são os que decorreriam do próprio instrumento de instituição do *trust*, acoplado às já anteriormente vigentes normas do Código Civil e da Lei de Introdução.

Em vista disso, é claro que as determinações da Lei n. 14.754 quanto à natureza jurídica das aquisições pelos beneficiários tem consequências para a incidência do IRPF, mas também acarreta consequência para o ITCMD, a qual somente poderá ser repelida se for mantida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a competência estadual ainda não foi estabelecida por lei federal, conforme exigido pela Constituição Federal, para as hipóteses em que o doador tenha domicílio ou residência no exterior, e em que o *de cujus* possuía

bens, era residente ou domiciliado no exterior ou teve seu inventário processado fora do País (art. 155, § 1º, III)⁵.

No tocante ao IRPF, convém mencionar que as prescrições da Lei n. 14.754 sobre a titularidade dos bens que compõem o patrimônio de um *trust* e a sua transferência para os beneficiários, isto é, que adquirem os bens, quando a eles transferidos, por doação se em vida do *settlor*, e por sucessão *causa mortis* se em sua morte, não abrem espaço para qualquer discussão em virtude de que tais transferências patrimoniais não correspondem a rendas ou proventos de qualquer natureza adquiridos pelos beneficiários, não estando, portanto, no campo de competência da União para tributar a renda, prevista no inciso III do art. 153 da Constituição e complementada no art. 43 do CTN. Além disso, a lei ordinária expressamente reconhece essas situações como não sujeitas ao IRPF (Lei n. 7.713, art. 6º, XVI), ao que se acresce o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que, quando ocorre a incidência do ITCMD, está excluída a incidência do imposto de renda em virtude de que, entre outras razões, a divisão constitucional de competências tributárias não permite a dupla incidência sobre um mesmo fato⁶.

Portanto, os beneficiários não são contribuintes do imposto de renda quando recebem benefícios do *trust*, ainda que originados de rendas do *trust*, dado que estes não são rendas para eles, mas transferências patrimoniais fora do campo de incidência do imposto federal, e dado que estarão no campo de incidência do ITCMD, agora inclusive por força das consequências patrimoniais prescritas pela Lei n. 14.754.

Em decorrência, os beneficiários somente serão contribuintes do IRPF se forem residentes no País e sobre rendas que futuramente os bens recebidos do *trust* gerarem para eles, que antes eram beneficiários de um *trust* e depois se tornaram proprietários e titulares de rendas disponíveis, quando houver aquisição de disponibilidade.

Já com relação à norma da Lei n. 14.754, no sentido de que o *settlor* conserva a propriedade dos bens transferidos ao *trust* e é contribuinte do IRPF relativamente aos rendimentos e ganhos de capital acrescidos ao patrimônio do *trust*, há séria objeção constitucional.

Admitamos para raciocinar que essa prescrição de manutenção da propriedade na pessoa do *settlor* seja válida, aos argumentos de que, a despeito de o *trustee* deter os atributos do proprietário estabelecidos no art. 1.228 da nossa lei civil, trata-se de instituto inexistente no Brasil, que a transmissão da propriedade é feita a título fiduciário, que no direito comparado há distinção entre propriedade

⁵ STF, RE 851.108-SP (Tema de Repercussão Geral n. 825).

⁶ STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.387.761-ES, em 22-2-2023.

jurídica e propriedade econômica, e que por isto, quanto às rendas do *trust*, a incidência do IRPF sobre o *settlor* dar-se-ia não em decorrência de uma situação jurídica, mas de uma situação de fato nos termos do inciso I do art. 116 do CTN, além de outros argumentos possíveis.

Ocorre, entretanto, que, se os rendimentos e ganhos de capital forem mantidos no patrimônio do *trust*, sem serem disponibilizados ao *settlor*, o fato gerador do imposto de renda não pode ser considerado ocorrido porque o art. 43 o define como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza. Acrescenta-se que a disponibilidade da renda é manifestação, no fato gerador do imposto de renda, do princípio constitucional da capacidade contributiva, pois é da renda disponível que deve ser subtraída a parcela devida ao erário público a título de imposto, ou seja, este não pode ser cobrado antes que o contribuinte disponha da renda pois, se for obrigado a pagar antes, fica jungido a retirar do patrimônio, e não da renda, o montante devido ao fisco.

Ademais, em sintonia com o art. 43, o art. 45 da codificação tributária determina que o contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade da renda ou do provento, ou o possuidor dos bens produtores da renda. Ora, como o *settlor* não detém a propriedade e a posse dos bens alocados ao patrimônio do *trust*, e também não dispõe da renda do *trust*, não preenche qualquer desses requisitos para ser nomeado contribuinte do IRPF. Isto significa que, antes de haver disponibilidade sobre renda, não há imposto devido nem contribuinte do qual o tributo possa ser cobrado.

Ademais, a prescrição de que o patrimônio continua a ser propriedade do *settlor* constitui-se em ficção jurídica diretamente relacionada ao nascimento da obrigação tributária, o que não é admitido pelo Sistema Tributário Nacional em virtude, entre outras razões, do simples fato de que, se fossem permitidas ficções de fato gerador, ruiria toda a discriminação constitucional de rendas tributárias, pois qualquer ente federativo poderia extravasar sua competência através do artifício de uma ficção, como, por exemplo, incluir em sua lei relativa ao imposto sobre a propriedade imobiliária uma regra dizendo que, para este efeito, veículos automotores são considerados bens imóveis.

Por tudo isso, a possível incidência do IRPF sobre rendas do *trust* fica restrita a situações incomuns, como o *trustee* ser residente no Brasil, ou o *trust* ter bens no Brasil, caso em que as respectivas rendas e ganhos de capital podem incidir no imposto de renda retido fonte, ou se por alguma regra do contrato uma pessoa aqui residente tenha a efetiva disponibilidade das rendas.

É verdade que a Lei n. 14.754, em face do obstáculo à cobrança do IRPF sobre rendas que não estejam na disponibilidade do contribuinte, porque não integram seu patrimônio (continuam no patrimônio do *trust*), contém os §§ 5º e 6º no art. 10, determinando que seja alterado o *deed* para incluir a obrigação de o *trustee* disponibilizar recursos financeiros para o pagamento do imposto.

Entretanto, mesmo assim, e mesmo ante a coerência da lei ao especificar que tal disponibilização de recursos não é tributável⁷, tal prescrição não tem o condão de contornar as barreiras jurídicas para a exigência da tributação e, mais, ao exigir alterações em cláusulas e condições de contrato anterior à lei, também pretende atingir ato jurídico perfeito, protegido pela irretroatividade de alterações legislativas.

É previsível, portanto, que haja a judicialização da tributação de rendas mantidas no patrimônio do *trust*, mas declaradas tributáveis nos termos da Lei n. 14.754, onde a declaração de inconstitucionalidade tem grande possibilidade de ocorrer em virtude de que o Supremo Tribunal sempre prestigiou a necessidade de haver a disponibilidade da renda para haver tributação⁸.

Mesmo quando destoou desse posicionamento, ao julgar o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35, que previa a cobrança anual do imposto de renda das pessoas jurídicas sobre os acréscimos patrimoniais de controladas e coligadas no exterior independentemente da sua efetiva distribuição à pessoa jurídica no Brasil, o tribunal não negou a necessidade de haver disponibilização, mas adotou argumentos variados para justificar a existência de uma disponibilidade ficta, principalmente o reconhecimento contábil do acréscimo patrimonial da entidade do exterior através do método da equivalência patrimonial, argumento que, evidentemente, não caberia no caso de pessoas físicas sujeitas à Lei n. 14.754⁹.

De qualquer modo, o resultado da jurisprudência é absolutamente imprevisível, inclusive diante da enorme insegurança jurídica hoje vivida no Brasil e da volatilidade jurisprudencial. Assim, além dos argumentos que acima fora mencionados para raciocínio¹⁰, não se pode excluir a possibilidade de uma decisão que declare a constitucionalidade da tributação do *settlor*, através de um raciocínio que diga algo como o seguinte: é lícito contratar *trust* no exterior, mas a contratação não pode contrariar norma brasileira de ordem pública, de tal modo que a regra do art. 10 da Lei n. 14.754 representa um limite às consequências do *trust*, que se sobrepõe ao contratante residente no País, sendo uma norma de ordem pública exclusivamente no âmbito do IRPF; e, além disso, o princípio da capacidade contributiva pode ser considerado como respeitado em virtude da obrigação do *trustee* de fornecer recursos para o pagamento do imposto, sem que tais recursos sejam tributáveis.

⁷ A coerência decorre de que para a Lei n. 14.754 o patrimônio do *trust* pertence ao *settlor* e, portanto, o que lhe for entregue para pagar o imposto já é dele.

⁸ Neste sentido, entre muitas outras manifestações, o caso mais paradigmático é o RE n. 172.058, julgado em 30-6-1995, a propósito da Lei n. 7.713, promulgada já na vigência da Constituição de 1988.

⁹ ADI n. 2.588-DF, juntamente com os RE n. 541.090-SC e 611.586-PR.

¹⁰ O *trustee* detém os atributos do proprietário conforme o art. 1.228 do Código Civil, mas por decorrência de instituto inexistente no Brasil, a transmissão da propriedade é feita a título fiduciário, no direito comparado há distinção entre propriedade jurídica e propriedade econômica, a incidência do IRPF não em decorrência de uma situação jurídica, mas de uma situação de fato.

O objetivo do presente trabalho não é abordar todas as regras da Lei n. 14.754 sobre *trusts* no exterior, mas, para finalizar, nele cabem os registros de mais algumas disposições.

Assim, não há previsão de incidência imediata de qualquer tributo sobre o valor do patrimônio do *trust* existente em 31-12-2023, ou seja, em data anterior à produção de efeitos da nova lei. O que houve foi a possibilidade de opção por atualização dos respectivos valores, com incidência do IRPJ por alíquota reduzida.

Isto é coerente com a prescrição de que os recursos do *trust* permanecem sob a titularidade do instituidor e somente passam para a dos beneficiários quando houver efetiva distribuição de benefícios, ou pela ocorrência, em momento anterior, de renúncia irrevogável do *settlor* a qualquer direito sobre parcela do patrimônio do *trust*.

Outra norma é a que visa pessoa jurídica no exterior, controlada pelo *trust*, a qual deve ser considerada detida diretamente pelo titular dos bens e direitos objeto do *trust*, isto é, pelo *settlor*, hipótese em que devem ser aplicadas as regras de tributação de investimentos em controladas no exterior previstas na mesma lei (§ 4º do art. 10). Em decorrência, a norma remete à incidência do IRPF regida pelo art. 6º, segundo a qual se dá a incidência do IRPF:

- quando da efetiva disponibilização dos lucros apurados até 31-12-2023, caso o investimento seja em pessoa jurídica não sediada em paraíso fiscal¹¹ ou que tenha renda ativa própria de no mínimo 60% da renda total;
- quando da efetiva disponibilização dos lucros apurados até 31-12-2023, mesmo que o investimento seja em pessoa jurídica sediada em paraíso fiscal ou que tenha renda ativa própria inferior a 60% da renda total;
- quando da efetiva disponibilização dos lucros apurados a partir de 1º-1-2024, caso o investimento seja em pessoa jurídica não sediada em paraíso fiscal ou que tenha renda ativa própria de no mínimo 60% da renda total;
- anualmente em 31 de dezembro, independentemente de disponibilização efetiva dos lucros apurados a partir de 1º-1-2024, quanto a investimentos em paraíso fiscal ou em pessoa jurídica com renda ativa própria inferior a 60% da renda total.

Claro que neste último caso cabe a mesma indagação sobre a constitucionalidade da regra, igual à feita quanto às rendas do *trust* antes da sua distribuídas, que a lei comanda deverem ser consideradas do *settlor*.

Em síntese, a grande indagação é se a Lei n. 14.754 excedeu o poder constitucional de tributar quanto às hipóteses em que pretende cobrar IRPF de pessoas que não tenham titularidade sobre rendas dos *trusts*.

Todavia, certamente não procede uma objeção à incidência do IRPF sobre as rendas e os ganhos anuais do *trust*, se feita sob argumento de que, quando distri-

¹¹ Ver hipóteses na lei.

buídos efetivamente, a incidência será do ITCMD. Quer dizer, com este argumento não se trataria de questionar a impossibilidade de tributação pelo IRPF de rendas não disponibilizadas efetivamente, mas de lembrar que a incidência do IRPF ocorrerá mesmo que futuramente venha a haver a do ITCMD sobre as mesmas bases econômicas antes tributadas pelo IRPF.

O argumento é atrativo, mas não é possível alegar a não incidência do IRPF por poder vir a ocorrer a incidência do ITCMD sobre benefícios efetivamente distribuídos com base em recursos angariados pelo *trust* a partir de 1º-1-2024, uma vez que anualmente não haverá incidência e pagamento do ITCMD, cujo fato gerador seria obstáculo para o IRPF. É que a incidência do ITCMD somente ocorrerá se, e quando, houver efetiva distribuição de benefícios, além de que a tributação anual pelo IRPF, se não afastada por falta de disponibilidade, ocorre tal como quando o indivíduo tenha rendas e futuramente as doe ou elas integrem herança de seus descendentes; ou seja, corresponde à situação em que alguém tem renda e deve pagar o imposto de renda, e depois esse alguém doa a (ou há sucessão em favor de) outrem a renda já adquirida e, neste segundo momento, ocorre o fato gerador do ITCMD e não o do imposto de renda. O que ocorre, portanto, é a existência de duas obrigações tributárias distintas, sobre fatos distintos e longes no tempo, uma delas relativa ao imposto de renda sobre rendas adquiridas e outra sobre doação ou sucessão hereditária ou testamentária, até com contribuintes diferentes.

Estas são algumas considerações hauridas da Lei n. 14.754, sem esgotar todos os possíveis pontos de interpretação e de controvérsia.

Desafios e Discussões Práticas sobre a Implementação do Pillar II no Brasil

Soraia Steffens

Introdução

A implementação do Pillar II no Brasil emerge como um tema de relevância crescente no contexto do projeto BEPS, visando estabelecer uma taxa mínima global de imposto corporativo para combater a erosão da base tributária e a transferência de lucros. Este artigo se propõe a explorar os desafios e discussões práticos em torno da adoção deste mecanismo no Brasil, já conhecido por seu complexo cenário tributário. Os aspectos aqui abordados estão em linha com os que foram apresentados no painel “Pilar 2: desenvolvimentos e desafios para países emergentes” realizado no X Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional. A análise dos tópicos abordados é estruturada em seis partes distintas, cada uma abordando aspectos que delineiam o panorama atual e as perspectivas futuras para entidades brasileiras e multinacionais operando no território brasileiro.

Inicialmente, o artigo examina o cenário tributário atual no Brasil, destacando a simultaneidade das discussões sobre a reforma tributária, as novas regras de preços de transferência e o Pillar II. Neste contexto, o Pillar II muitas vezes é relegado a um plano secundário, dada a urgência percebida pelos contribuintes nas duas primeiras demandas.

A segunda parte do artigo foca na estrutura dos grupos multinacionais, muitos dos quais não plenamente cientes de sua sujeição ao Pillar II, bem como na aplicação deste por jurisdição, e não por entidade. Essa distinção é fundamental para entender a abrangência e o impacto do Pillar II nas operações globais das empresas, ressaltando a importância de uma análise prévia realizada de forma tempestiva.

Prosseguindo, a terceira seção aborda as informações necessárias para a conformidade com o Pillar II e as dificuldades inerentes à obtenção desses dados. Isso inclui informações fiscais, contábeis-financeiras, operacionais, entre outras, essenciais para a adequada aplicação das regras do Pillar II. A complexidade dos dados e as dificuldades na obtenção de tais dados são um desafio adicional para empresas operando no Brasil – assim como em demais jurisdições.

A quarta parte discute o impacto do Pillar II sob a ótica do IAS 12, abordando questões relacionadas ao diagnóstico prévio, reporte e planejamento tributário necessários para a conformidade. A quinta seção examina os custos associados a conformidade, incluindo o investimento em treinamento e capacitação de pessoal, sistemas e controles internos, além de eventuais serviços de consultoria. Por fim, a sexta parte analisa o cronograma de implementação, considerando o tem-

po necessário para a introdução de normas internas, bem como as implicações para as demonstrações financeiras das empresas que compõem os grupos multinacionais e seus respectivos períodos societários.

Este artigo busca, portanto, oferecer uma visão abrangente dos desafios e discussões sobre a implementação do Pillar II no Brasil, contribuindo para o debate prático sobre a matéria.

1. O cenário tributário atual no Brasil

O Brasil enfrenta, neste momento, uma série de mudanças no âmbito tributário. A reforma tributária, em particular, é uma iniciativa que almeja simplificar e unificar a tributação sobre o consumo. A reforma começa a gerar efeitos já a partir de 2026, o que torna o assunto bastante urgente para as empresas que atuam no Brasil – e não somente para aquelas que fazem parte de grupos multinacionais.

Em paralelo à reforma tributária, as recentemente promulgadas regras de preços de transferência no Brasil adicionam uma camada adicional de complexidade para as empresas multinacionais. Estas regras, que buscam alinhar o país aos padrões da OCDE. A implementação dessas diretrizes implica uma revisão abrangente das políticas corporativas de preços de transferência, impondo desafios de compliance e exigindo um investimento significativo em recursos para garantir a conformidade com as novas exigências fiscais internacionais.

Diante dessas reformas internas de grande escala, o Pillar II, apesar de constituir um elemento crucial na arquitetura tributária global e no projeto BEPS, é frequentemente percebido pelos contribuintes brasileiros como uma questão de menor importância. A percepção de urgência é mais imediatamente atribuída à reforma tributária nacional e às novas regras de preços de transferência, que demandam ações concretas e imediatas no contexto doméstico. Enquanto isso, o Pillar II, com sua implementação condicionada a um esforço de coordenação e integração internacional, é encarado como uma etapa subsequente, que requer um período de mais prolongado por parte das autoridades e das empresas envolvidas já que ainda dependem de regulamentação interna.

2. Os grupos multinacionais e o desconhecimento das obrigações relacionadas ao Pillar II

A estrutura dos grupos multinacionais (MNEs) é um fator crucial na aplicação do Pillar II, cuja relevância é frequentemente subestimada pelas próprias corporações. Muitos MNEs, especialmente aqueles com operações menos extensivas ou com presença internacional em estágios iniciais, podem não estar plenamente cientes de sua exposição às novas regras tributárias globais. A falta de conhecimento sobre o Pillar II pode levar a desafios de *compliance*, uma vez que as obrigações fiscais internacionais se tornam mais rigorosas e abrangentes.

Além disso, a aplicação do Pillar II por jurisdição, e não por entidade, introduz uma complexidade adicional na gestão tributária dos MNEs. Essa abordagem por jurisdição requer que as empresas avaliem sua carga tributária em cada país onde operam, de maneira consolidada. Isso pode resultar em uma série de cálculos e análises até então não realizadas – e até mesmo desconhecidas – pelos contribuintes, situação que demandará esforço e recursos. A necessidade de monitorar e gerenciar as taxas de imposto efetiva de forma consolidada no Brasil é um dos desafios no processo de implementação do Pillar II no Brasil.

3. Informações e bases de dados

A coleta e análise de dados operacionais, tributários e contábil-financeiros são fundamentais para a aplicação efetiva do Pillar II no Brasil. Dados sobre propriedades imóveis, localização de ativos tangíveis e de funcionários, número de empregados, propriedade e controle, natureza dos ativos tangíveis, classificações de entidades, finalidade dos ativos tangíveis, moeda funcional, receita e lucro, alíquota efetiva, ajustes *post-filling*, créditos tributários recuperáveis, são exemplos de informações que precisam ser coletadas e gerenciadas pelos contribuintes para atendimento das regras do Pillar II.

Os dados são necessários não apenas para fornecer uma visão detalhada das operações da empresa, mas também são essenciais para determinar a base tributável e a conformidade com as normas do Pillar II. A localização dos ativos e dos empregados, por exemplo, pode influenciar o SBIE¹, e consequentemente o *top-up tax* devido em ou por determinada jurisdição.

A obtenção desses dados no Brasil é desafiadora devido à diversidade de normas fiscais e práticas contábeis, bem como à falta de sistemas integrados que facilitem a coleta e consolidação de informações. A harmonização desses dados com os requisitos do Pillar II exige um esforço significativo para garantir que as informações sejam precisas, completas e consistentes. É esperado, portanto, que as corporações passem a investir em sistemas de TI robustos e em processos de governança de dados para superar esses obstáculos e assegurar a conformidade com as novas regras.

4. IAS 12 e o impacto do Pillar II nas demonstrações financeiras

A chegada do Pillar II introduz uma taxa mínima global de imposto corporativo, que tem um impacto significativo na contabilização de impostos sobre o lucro conforme estipulado pelo IAS 12. Uma implicação importante é o reconhecimento potencial de passivos fiscais diferidos adicionais. Entidades operando em jurisdições onde a taxa efetiva de imposto é inferior à mínima global estipulada

¹ Substance-based income exclusion.

podem se ver acumulando passivos fiscais diferidos devido a diferenças temporárias tributáveis. Essas diferenças surgem à medida que as entidades são obrigadas a pagar impostos complementares para cumprir com a taxa mínima, necessitando de ajustes nas demonstrações financeiras para refletir essas obrigações fiscais adicionais.

Além disso, a mensuração de ativos e passivos fiscais diferidos, conforme exigido pelo IAS 12, requer o uso de taxas de imposto que se espera aplicar no período em que o ativo será realizado ou o passivo liquidado. A introdução do Pillar II exige que as entidades incorporem a taxa mínima global de imposto em sua mensuração de ativos e passivos fiscais diferidos. Essa integração pode levar a ajustes significativos nos valores reconhecidos nas demonstrações financeiras, afetando assim a despesa tributária reportada e o lucro líquido do período.

A avaliação da recuperabilidade de ativos fiscais diferidos também é influenciada pelo Pillar II. A taxa mínima global de imposto pode alterar as projeções de lucros tributáveis futuros, o que por sua vez impacta a probabilidade de recuperação dos ativos fiscais diferidos. As entidades devem, portanto, reavaliar a recuperabilidade desses ativos, podendo levar a ajustes em sua contabilização de ativos fiscais diferidos, para refletir o novo ambiente tributário criado pelo Pillar II.

Além das implicações contábeis mencionadas, espera-se que as entidades forneçam divulgações aprimoradas em suas demonstrações financeiras para esclarecer o impacto do Pillar II em suas posições fiscais. Essas divulgações devem explicar os efeitos da taxa mínima global de imposto na mensuração de ativos e passivos fiscais diferidos, incluindo quaisquer ajustes realizados para cumprir com as novas regulamentações fiscais. Tal transparência é crucial para que os *stakeholders* compreendam as implicações financeiras da taxa mínima global de imposto sobre a entidade.

Por fim, a implementação do Pillar II obriga as entidades a revisar seu planejamento tributário e estratégias corporativas para se alinharem com a taxa mínima global de imposto. Isso pode resultar, por exemplo, em alterações nas operações internacionais. As entidades devem se adaptar ao novo cenário tributário, o que pode envolver a reestruturação das operações comerciais e a reavaliação das estratégias fiscais para otimizar as obrigações tributárias à luz da taxa mínima global de imposto. A resposta estratégica ao Pillar II será um fator crítico na manutenção da eficiência tributária e conformidade dentro do quadro tributário global.

5. Custos de conformidade

A implementação do Pillar II no Brasil implica custos significativos de conformidade para os grupos multinacionais brasileiros. O custo de implementação abrange uma série de despesas iniciais, incluindo o desenvolvimento do conhecimento das equipes internas das companhias, que precisam estar atualizadas com

as novas regulamentações fiscais internacionais e suas implicações locais. Além disso, investimentos substanciais em sistemas e controles são necessários para garantir a coleta, processamento e arquivamento adequados das informações exigidas pelo Pillar II. Estes sistemas devem ser capazes de integrar dados de diversas fontes, aplicar as regras complexas de cálculo do imposto mínimo global e gerar relatórios para as autoridades fiscais. Neste sentido, empresas multinacionais brasileiras tendem a ser as maiores impactadas.

Além dos custos iniciais de implementação, é esperado que as empresas sujeitas ao Pillar II reconheçam despesas contínuas para acompanhamento e controle, que incluem a manutenção e atualização dos sistemas de TI, o monitoramento constante das operações para assegurar a conformidade e a adaptação a mudanças nas regulamentações fiscais. Além disto, frequentemente, para navegar nesse cenário, os grupos multinacionais recorrem à contratação de serviços de consultoria especializada, o que também representa um custo adicional.

Portanto, a implementação do Pillar II no Brasil certamente demandará custos financeiros e operacionais consideráveis para garantir que as obrigações fiscais internacionais sejam atendidas como requerido pelo *framework* do BEPS.

6. Tempo e período para implementação

A implementação do Pillar II é um desafio para as empresas brasileiras devido ao prazo limitado para adaptação às novas normas. Além disto, considerando que as normas necessitam passar pelo processo legislativo para serem incorporados ao ordenamento jurídico interno, não é sabido quando exatamente os contribuintes serão impactados. Por outro lado, muitos grupos multinacionais europeus, japoneses e canadenses já implementaram o Pillar II e possuem operações no Brasil. Com isto, os contribuintes brasileiros já vivenciam os desafios trazidos pelo imposto mínimo global. A conformidade com as regras internacionais exige um planejamento detalhado e uma execução rápida. As empresas precisam coordenar os esforços entre os departamentos de contabilidade, fiscal e TI, além da gestão, para garantir que todos os aspectos da implementação sejam abordados e concluídos tempestivamente de forma a garantir que todas as entidades dos grupos multinacionais, em seus respectivos países, estejam em compliance com as novas regras.

Conclusão

A implementação do Pillar II traz consigo uma série de desafios e oportunidades para as empresas multinacionais operando no país, sejam elas parte de grupos multinacionais brasileiras ou não. As anotações deste artigo abordaram de maneira abrangente os desafios práticos relacionados à adoção do Pillar II, desde o complexo cenário tributário brasileiro até as implicações para a conformidade e planejamento tributário das empresas. Resta claro que, apesar dos de-

safios inerentes à coleta de dados, ao impacto nas demonstrações financeiras e aos custos de conformidade, a implementação do Pillar II já é uma realidade no contexto global – e, neste contexto, os contribuintes brasileiros já são afetados. As empresas operando no Brasil devem, assim, adotar uma abordagem proativa, investindo em conhecimento, sistemas e processos que as preparem para atender às exigências do Pillar II.

A Climate Treaty for the Global Taxation of Carbon

Tatiana Falcão

Introduction¹

April 2024 marked the end of a project that lasted over two years for the elaboration of the text of a Multilateral Carbon Tax Treaty (MCTT), in consultation with over 50 experts from the fields of international tax, public policy, environmental law and international law². The MCTT is an environmental agreement that uses a tax instrument (a carbon tax) to assist countries in meeting the mitigation objective contained in the nationally determined contributions (NDC), as set forth in the Paris Agreement. It enables countries to use a tax instrument to quantify and reduce carbon dioxide emissions in furtherance of the climate commitments assumed under the Paris Agreement.

The MCTT was published together with a paper, that functions as the explanatory notes to the text of a Multilateral Carbon Tax Treaty (MCTT)³. The rationale being that any doubts concerning the interpretation of the MCTT should be clarified by reading through the accompanying paper. The paper also discusses the rationale for some of the policy options that were undertaken in the MCTT, and points the reader towards new opportunities for expansion of the MCTT tax base over time.

It is important to note that since its publication, the MCTT has been accepted by the Platform for Taxation in Latin America and the Caribbean (PTLAC's) working group on environmental taxation. It was put forward for consideration by the PTLAC Countries in their first ministerial meeting, which took place on 8 May 2024 and was accepted. This means that Latin American countries are now actively considering the adoption of a Multilateral Carbon Tax Treaty to tackle climate emissions. The next step will be to provide comments to the main text, and then consider implementation. Colombia is leading those efforts.

The MCTT comes at a crucial point in history, where there have been recurrent requests for the establishment of a global taxation regime, or of a cooperative

¹ The author would like to thank the International Center for Tax and Development (ICTD) for sponsoring the Multilateral Carbon Tax Treaty Project. A version of this paper has been published in the ICTD website. The author would like to also thank the ICTD for allowing the republication of this paper. All the opinions and conclusions expressed in this paper are the author's own, and do not represent the view of the ICTD.

² Falcão, T. (2024) *Multilateral Carbon Tax Treaty (MCTT)*, Treaty Articles for discussion purposes, Brighton: Institute of Development Studies, DOI: 10.19088/ICTD.2024.023

³ Falcão, T. (2024) *A Climate Treaty for the Global Taxation of Carbon*, ICTD Working Paper 187, Brighton: Institute of Development Studies, DOI: 10.19088/ICTD.2024.022

solution to transition away from fossil fuels as the main source of energy supply. The year of 2023 alone was marked by (i) The African Leaders Nairobi Declaration on Climate Change⁴ issued following the Africa Climate Summit in September 2023⁵, (ii) the COP28 decision calling for global efforts to transition “away from fossil fuels in energy systems in a just, orderly, and equitable manner”, (iii) the entry into force of a carbon border adjustment mechanism (CBAM) in the European Union, that in practice puts pressure on the EU’s trading partners to introduce a carbon tax or an Emissions Trading System locally; (iv) a significant expansion in the membership of the Global Carbon Pricing Challenge launched by Canada in COP26, and (v) the adoption of UN General Assembly Resolution (UNGA) 77/276 championed by Vanuatu, requesting an advisory opinion from the International Court of Justice (ICJ) on the obligation of States in respect of climate change⁶.

The growing number of initiatives from countries that have a history of furthering carbon pricing instruments that foster climate mitigation goals, combined with the growing pressure from countries now severely impacted by the effects of climate change, potentially compromising their own existence, have led to a momentum that calls for change. The MCTT is put forward as the instrument capable of making the first of many moves towards equitable change, that takes into account the economic capabilities of each of the countries through the implementation of differentiated carbon tax rates.

1. International Instrument

The MCTT is an international instrument, a tax treaty, albeit not in the sense of traditional bilateral income tax treaties aiming the allocation of taxing rights. The MCTT sets a commitment for countries to tax carbon, which is very unusual in the dynamics of international taxation. However, it is framed so as not to be seen just as an instrument of international tax law. The MCTT is as much a tax policy instrument as it is an instrument of environmental law, of customary international law and of climate change mitigation. The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Paris Agreement have set the targets and goals for the mitigation of carbon emissions. Mitigation denotes a reduction in carbon dioxide emissions. Carbon taxation is, by common agreement by the international community, one of the most efficient instruments

⁴ The African Leaders Nairobi Declaration on Climate Change and Call to Action, paragraph 57, 6 September 2023, pg. 19, available at: <https://media.africacimatesummit.org/Final+declaration+1709-English.pdf?request-content-type=%22application/force-download>.

⁵ The Africa Climate Summit can be accessed at: www.africacimatesummit.org.

⁶ UNGA ‘Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Obligations of States in Respect of Climate Change’ UN Doc A/RES/77/276, 29 March 2023 available at: <https://digitallibrary.un.org/record/4008332?ln=en>.

within the array of carbon pricing tools capable of providing a price incentive to reduce consumption of carbon intensive fuels and goods. The MCTT would in that sense merely operationalize the mitigation objectives put forward in the UN-FCCC and the Paris Agreement through the enforcement of a carbon tax. In other words, it is implementing customary international environmental law through the application of a tax instrument.

It is not uncommon for international environmental agreements to impose restrictions on a State's sovereign right to exercise economic activity. At least two examples come to mind: (i) the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer is a global agreement to protect the Earth's ozone layer by devising a plan for the phasing out and eventual prohibition of production and consumption of chemicals that deplete the ozone layer; and (ii) the Kyoto Protocol, that imposed a binding ceiling on Annex 1 countries' (the developed countries in 1995) emissions and hence a limit on the consumption of fossil resources as an energy source for the furtherance of economic activity.

The introduction of a multilateral carbon tax treaty is therefore not novel in the realm of climate regulations. A carbon tax is assimilable to a regulated market for the trading of permits (emissions trading scheme), the object of the Kyoto Protocol. Therefore, agreeing to a minimum carbon tax (a *de minimis* approach) is merely a different denomination of an agreement that already exists. This time using a tax instrument that is more easily implemented and controlled by sovereign states.

2. The MCTT's articles

The MCTT comprises 31 articles, that together establish an obligation on contracting states, to tax carbon contained in the fossil fuel ore or one of its by-products, at the level of extraction (the presumptive rule). If the country entitled to tax at the level of extraction chooses not to exercise its right to tax, it allows first the country of refining or processing, and second, the country of consumption, under a secondary and tertiary allocation of rights. The MCTT identifies a minimum carbon tax, but not a ceiling. It provides for different tax rate schedules according to the country's level of development and following the principle of common but differentiated responsibilities.

The MCTT carries an internal border carbon adjustment mechanism to allow consumption countries down the fossil fuel value chain to apply a top up tax on the initial rate applied by the extractive country, if the difference between the rate in extraction and that in processing or consumption, is 10% or more. This provides equanimous treatment between the imported fossil fuel product and that locally extracted and pushes the tax rate upwards at a global scale.

Furthermore, it contains specific optional rules to tackle issues pertaining to hard to tax industries, such as maritime, fishing and aviation.

3. Binding Treaty Agreement

The MCTT is not an agreement to set future binding commitments. Unlike the Paris Agreement where the clauses establish targets that are programmatic and thus achieved via the implementation of complementary policies, the MCTT is a binding agreement for the adoption of one climate policy: carbon taxation. It is not a model, it is a binding treaty. However, it is clear that in this particular case, becoming a party to the MCTT will have direct impacts on a country's national tax system. Once a country ratifies the MCTT, it will then have to introduce a corresponding carbon tax at domestic level, following the framework that has been instituted via the MCTT. So in this sense, the MCTT can act both as a binding treaty, and a framework setting policy instrument, with the power of uniformizing carbon tax policy implementation across different countries and tax systems across the globe.

4. Narrow Tax Base

The MCTT focuses on a narrow tax base, characterized by carbon only. Narrowing the base to cover only a carbon tax instrument adds practicability to the MCTT, to the extent it becomes readily implementable. Immediate implementation was the initial threshold used to inform the policy actions at this stage of the MCTT formulation. Meaning that the MCTT does not aspire to regulate actions over which the definition of the legal term is still disputable. For this reason, it does not purport to support a global carbon price (which could entail a combination of a carbon tax, with an emissions trading scheme, ad valorem taxes incident on fossil fuels and the phase down or elimination of fossil fuel subsidies), but rather a carbon tax (the base is only carbon). At the same time, it is clear that, as the debate progresses internationally, and intergovernmental organizations (together with countries) come to (i) agree on a definition of a carbon price, and (ii) define a common approach to derive the equivalent carbon price from an implicit pricing instrument, there will be scope to expand the scope of the MCTT to potentially cover other pricing instruments, or to form a climate club based on the notion of a carbon price.

Conclusion

Agreeing on a unified text for the taxation of carbon is no small feat. Were this treaty to be put into effect, it would represent a major leap towards meeting the climate objective of the Paris Agreement. It would also mark unprecedented levels of cooperation between nations across the world on the topic of climate change. An agreement on a common MCTT text would also further the codification of legal principles, taxonomies, and approaches in environmental and tax law, that have long required uniformity in literature to be able to further the debate on climate mitigation approaches.

The relevance of this treaty is immense, and yet, it would only be the first step towards a *de minimis* approach to taxing carbon. With huge potential for further expansion into agreements for higher ground standards in the future. This is only just the first step.

**X Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-FDUSP**

***X Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-FDUSP***

RELATÓRIOS
REPORTS

Report on the Panel: “The New Global Tax Governance: The Current Role of UN and OECD in the Contemporaneous International Tax”

Júlia Rizia Antunes Costa Almeida

Master’s Candidate in International Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Bachelor’s in Law at the Federal University of Minas Gerais.
Tax Lawyer in São Paulo, Brazil.

Abstract

The present report aims to present the main content presented at the panel “The New Global Tax Governance: The Current Role of UN and OECD in the contemporaneous International Tax”, held at the X Brazilian Congress of International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT. The panel occurred on September 11, 2024 and discussed the following topics in relation to the proposed subject: The work of the ad hoc committee drafting the Terms of Reference (ToR) for a UN Framework Convention on International Tax Cooperation; The concept of an International Tax Organization and Global Unitary Taxation for Global Taxpayers; The interaction between the global tax system and national constitutions, with a focus on the principal purpose test; and The construction of a global tax system.

Keywords: UN, OECD, tax Governance, tax cooperation, unitary taxation.

The panel was chaired by Professor Paulo Caliendo and moderated by Júlia Almeida. The panelists included Professors Patricia Brown (USA), Natalia Quiñones (Colombia), André Mendes Moreira, and Fernando Zilveti (Brazil).

1. The work of the ad hoc committee drafting the Terms of Reference (ToR) for a UN Framework Convention on International Tax Cooperation

Patricia Brown has provided detailed discussion on the work of the United Nations (UN) *ad hoc* committee, which was responsible for drafting the Terms of Reference (ToR) for a UN Framework Convention on International Tax Cooperation. The professor emphasized the growing urgency at the United Nations to promote global tax cooperation, highlighting key milestones that have been achieved.

In December 2022, the UN General Assembly Resolution 77/244, “Promotion of Inclusive and Effective International Tax Cooperation at the United Nations”, laid the foundation for a more inclusive global tax framework. It emphasized the need to combat tax evasion and illicit financial flows, which disproportionately impact developing countries. Furthermore, it called for the development of a UN Framework Convention on International Tax Cooperation. The resolution instructed the Secretary-General to prepare a report on existing frameworks

for international tax cooperation. Written submissions from various stakeholders were received as part of this process.

In July 2023, the Secretary-General issued Report A/78/235 in response to Resolution 77/244, analyzing existing global tax cooperation frameworks. The report proposed three options to make international tax collaboration more inclusive and effective:

1. A Multilateral Convention on Tax—a binding legal instrument to establish enforceable tax obligations.
2. A Framework Convention—a legally binding agreement setting out principles and governance structures for international tax cooperation, with specific protocols for tax measures.
3. A Non-binding Framework—a flexible, multilateral agenda aimed at improving global tax norms.

The report emphasized the need for a UN-led process to ensure equitable participation from all countries, especially developing nations, in tax governance and decision-making.

By December 2023, Resolution 78/230 was passed, building on the earlier Resolution 77/244 by formalizing the creation of a Member State-led *ad hoc* inter-governmental committee. The committee was tasked with drafting a framework convention on international tax cooperation, addressing key issues such as illicit financial flows, taxation in the digital economy, and the specific challenges faced by developing countries. The committee was given a deadline of August 2024 to complete its work, aiming for broad participation while balancing tax sovereignty with global cooperation.

On June 7, 2024, the *Ad Hoc* Committee's Bureau released a zero draft of the ToR for feedback, and over 100 submissions were received. A revised version of the ToR was discussed at the Second Session of the Ad Hoc Committee, held from July 29 to August 16, 2024. The final ToR was approved on August 16, 2024, outlining the structural elements of the future Framework Convention. These included clear objectives, guiding principles, provisions for capacity building, and a timeframe for negotiations.

In addition, two early protocols were proposed alongside the convention:

1. A protocol to address taxation of income derived from cross-border services in an increasingly digitalized and globalized economy.
2. A second protocol, to be decided from four priority areas, including:
 - Taxation of the digitalized economy.
 - Measures against tax-related illicit financial flows.
 - Prevention and resolution of tax disputes.
 - Addressing tax evasion and avoidance by high-net-worth individuals and ensuring their effective taxation.

The ToR also outlined the possibility of developing additional protocols on tax measures for environmental challenges, exchange of information for tax purposes, mutual administrative assistance, and addressing harmful tax practices.

The ToR gained the support of 110 UN member jurisdictions, while 44 jurisdictions, including the European Union, abstained, raising concerns about the inclusiveness and transparency of the process. The United States voted against the ToR, citing a lack of global consensus and flexibility in the proposals. However, the African Tax Administration Forum (ATAF) welcomed the adoption of the ToR, describing it as a significant step toward a fair and equitable international tax system.

The ToR will be submitted to the UN General Assembly during its 79th session in September 2024. If adopted, an intergovernmental committee will negotiate the Framework Convention and the two early protocols over the next three years, with the goal of finalizing the convention by 2027.

2. The concept of an International Tax Organization and Global Unitary Taxation for Global Taxpayers

Following Brown's presentation, the panel, led by Natalia Quiñones, explored the idea of implementing a Global Unitary Tax System for large multinational enterprises (MNEs). The discussion focused on the creation of an International Tax Organization (ITO) and the potential for Global Unitary Taxation as a means of addressing the limitations of current international tax frameworks.

Quiñones examined the challenges imposed on national tax sovereignty by the increasing mobility of MNEs. These corporations can easily shift their functions, risks, and assets across jurisdictions, exploiting discrepancies in national tax systems. This mobility, accelerated by technological advancements, allows MNEs to reduce their tax liabilities by relocating to lower-tax countries. The current tax frameworks, particularly bilateral tax treaties, were highlighted as insufficient in addressing the complexities of global supply chains and distribution networks. Quiñones argued that, as global challenges such as climate change and inequality demand global solutions, a multilateral approach is essential for effectively taxing global enterprises and ensuring a more equitable distribution of tax revenues across countries.

For Quiñones, a new international tax framework must be universal and inclusive, ensuring that all countries, regardless of size or economic power, have a voice in setting the global tax agenda and in decision-making processes. Moreover, this framework needs to be agile and flexible to adapt to the rapid changes in the global economy, particularly in the face of technological innovation. The system should be based on technical expertise and developed through a transparent process, with input from academia, civil society, and the private sector. Transparency and accountability would be vital to building trust in the system, making it more robust and fair for all parties involved.

Quiñones proposed that the ITO could centralize global tax cooperation, offering a level playing field where countries can pool their sovereignty to overcome the limitations of national borders. A centralized authority, such as the ITO, would provide simplicity and certainty for both governments and businesses, ensuring that international tax rules are applied consistently across jurisdictions.

This central authority could also facilitate unitary taxation, whereby large MNEs are taxed as a single entity, preventing them from shifting profits to low-tax jurisdictions. Tax revenues would then be used to address pressing global challenges, such as climate change and biodiversity loss.

Building on Brown's presentation, Quiñones also noted the promising political opportunities for advancing these ideas. The panelist pointed out that 110 UN member jurisdictions voted in favor of the Terms of Reference (ToR) for the UN Framework Convention on International Tax Cooperation, signaling a strong appetite for reforming the global tax system. This broad support underscores the momentum for multilateral cooperation in global taxation, further indicating that there is potential for significant progress in the coming years.

3. The Construction of a Global Tax System

Professor Fernando Zilveti presented the concept of constructing a global tax system during the panel. The speaker commenced by observing that, over the past two decades, there has been a gradual evolution toward such a system through a process of aggregation—a convergence of national tax laws and the establishment of a network of treaties aimed at avoiding double taxation. These treaties, in his vision, constitute the foundation of what can be considered a global tax system.

In the professor's view, this emerging system is characterized by an alignment of national tax policies, driven by common global challenges such as capital mobility, digitalization, and the growing prominence of intangibles in the modern economy.

Zilveti highlighted that the principal issues addressed by this global tax system include the increased mobility of capital, the rise of intangibles, and the relaxation of capital controls. In the speaker's view, these factors have intensified tax competition among states, as countries seek to attract investment while safeguarding their tax bases. This competition, Zilveti argued, underscores the necessity for a coordinated tax policy at the international level, where individual tax sovereignties must be harmonized with the realities of a highly integrated global economy.

In the presentation, Zilveti reinforced concepts articulated earlier by Patricia Brown and Natalia Quiñones, emphasizing the need to confront the limitations of national tax sovereignty. Like Quiñones, the speaker acknowledged that the establishment of a truly global tax system requires cooperation that transcends the traditional principle of territoriality—the notion that states possess exclusive

rights to tax income generated within their borders. Zilveti emphasized that globalization has fundamentally altered this principle, rendering it insufficient to govern taxation in an era defined by cross-border digital services and increasingly mobile capital.

Drawing from the experience of the European Union, Zilveti noted that VAT standardization was achieved over nearly two decades, offering a model for global tax harmonization. Similarly, countries such as India and China undertook significant long-term tax reforms, leading to the replacement of excise taxes with VAT, which further demonstrates that comprehensive tax system reforms can be successfully implemented. Brazil's recent alignment with this trend further underscores the growing global convergence around key tax principles.

At the core of Zilveti's argument lies the question of how the new international tax regime will address international equity. The speaker explained that, while states continue to retain their tax sovereignties, they must increasingly align with global norms and agreements to ensure fairness and prevent harmful tax practices.

Zilveti referenced efforts by supranational organizations, such as the United Nations, to construct a tax system analogous to a federal framework, where individual states cooperate within a larger, confederation-like structure. This model reflects the ongoing shift in global tax governance, wherein states must balance their sovereignty with the imperative of collective action to tackle pressing global challenges.

Zilveti concluded by examining the theoretical foundations of this transformation, noting that legal systems have historically been shaped by market alliances. In the context of constructing a global tax system, the speaker argued that these alliances should guide the revision of taxation models to meet the demands of an increasingly interconnected world. Zilveti proposed that the design of tax policy instruments, valid across different states, requires global cooperation to strengthen state institutions, while also recognizing the relativization of sovereignty brought about by global economic integration.

In summary, Zilveti's vision for the construction of a global tax system is closely aligned with the perspectives of fellow panelists. The speaker posited that the future of international taxation lies in the harmonization of national tax systems, supported by multilateral treaties and supranational institutions. Through these collective efforts, it will be possible to create a more equitable and efficient global tax system capable of addressing the complex economic challenges of the 21st century.

4. The interaction between the global tax system and national constitutions, with a focus on the principal purpose test

Professor André Mendes Moreira addressed the topic of the interaction between the global tax system and national constitutions, with particular emphasis

on the principal purpose test (PPT). The speaker began by acknowledging that the evolving global tax system increasingly faces the complexities of national constitutional frameworks, which were originally designed to address primarily domestic tax matters. As international tax cooperation deepens, Moreira explained, conflicts between global tax rules and national constitutions are becoming more pronounced, especially in areas where global initiatives challenge long-established principles of national sovereignty.

Central to Moreira's discussion was the principal purpose test, a mechanism included in international tax treaties—especially those influenced by the OECD's Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project. The PPT aims to prevent tax avoidance by denying treaty benefits if it is determined that one of the main purposes of a transaction or arrangement is to improperly secure those benefits. While the speaker acknowledged the importance of this test in combating tax evasion and aggressive tax planning, he also pointed out the potential constitutional issues it raises.

Moreira emphasized the necessity of ensuring that the principal purpose test is carefully implemented to avoid conflicts with fundamental constitutional principles such as legal certainty, predictability, and due process. Countries, he noted, must find ways to incorporate the PPT into their domestic legal frameworks while safeguarding their constitutional guarantees. This becomes especially challenging in jurisdictions where tax treaties hold a legal status akin to constitutional law, creating potential friction between the application of international tax measures and national legal standards that prioritize taxpayer protections.

In his presentation, Moreira also highlighted the necessity of a complementary law – in Brazil for establishing general tax norms. He argued that the proper incorporation of this international tax principle requires this kind of legislative framework to ensure that the implementation of global tax measures aligns with national constitutional requirements.

Thus, in the professor's view, while the goal of international tax cooperation is to create a more uniform system to address tax evasion and ensure fair taxation, it is crucial that these policies respect the unique constitutional requirements of each nation. Moreira warned that without such respect, legal challenges could arise, undermining the effectiveness of international tax discussions and diminishing confidence in global tax governance.

In concluding his presentation, Moreira stressed the importance of fostering dialogue between international tax bodies and national governments. He advocated for a collaborative approach in which the objectives of the global tax system – such as preventing tax abuse through the principal purpose test – are harmonized with the constitutional values and legal traditions of each state. According to Moreira, this balance is essential for ensuring the long-term success of the

global tax system, as it preserves both the integrity of international tax agreements and the protection of national constitutional principles.

Report: “Transfer Pricing – Commodities and Intangibles”

Bruna Camargo Ferrari

Phd Student in Tax Law at the University of São Paulo. Master of Laws at FGV Direito SP. Tax Professor in the Lato Sensu Graduate Programs at FGV Direito SP. Director at ABDF (IFA Brazil). Tax Partner – Transfer Pricing and ESG Tax Leader at KPMG Brazil. Lawyer and Accountant in São Paulo.

The second was panel held on the 11th of September 2024, at the University of São Paulo. Focused mostly on commodities transactions and main challenges considering the Brazilian adoption of the OECD arm’s length standard, especially the extent of comparability adjustments compared to the previous legislation, reliability of the quoted price depending on the facts and circumstances of the controlled transaction and the ability-to-pay principle as the corollary of the arm’s length principle in the Brazilian tax system. The Colombian experience with the OECD Guidelines implementation in the domestic legislation was also addressed.

Panelists: a) Daniel Prates – Tax Officer and International Tax Coordinator at the Federal Revenue; b) Laura Sanint – Lawyer in Colombia and President of IFA Colombia; c) Paulo Ayres Barreto – Law Professor at the University of São Paulo and Lawyer in São Paulo; d) Victor Polizelli – Law Professor and Coordinator at Instituto Brasileiro de Direito Tributário and Lawyer in São Paulo. Mariana Correia Pereira chaired the panel – Legal Director at Vale S.A. and Bruna Camargo Ferrari moderated it.

The panel was divided in four presentations, which addressed the below four main topics below:

- (i) Main differences between the current, arm’s length standard based legislation, and the previous legislation in which the quoted price was mandatory in the importations and exportations of commodities (PCI and PECEX methods). Federal Revenue’s regulatory intentions regarding commodities and compliance obligations.
- (ii) Comparability adjustments in commodities transactions and reliability of the quoted price. A comparison between the current and previous legislation and the observance of the ability-to-pay principle.
- (iii) Functional analysis and economically relevant characteristics fundamental importance in determining netback adjustments and the reliability of the quoted price.
- (iv) Colombia’s experience with the OECD arm’s length principle since 2002, main issues and controversies, mainly regarding commodities and the CUP (quoted price) as the most appropriate method.

Daniel started with the *first presentation*, mentioning that the Federal Revenue will issue a specific Normative Instruction related to commodities operations. The Brazilian government already introduced the arm's length principle in a detailed legislation, as it can be verified in Law 14.596/23 and in Normative Instruction 2.161/23. Nonetheless, regarding commodities there are still some points which can be clarified for additional legal certainty. There is, however, a conundrum. There are those who want to have a more detailed legislation and, therefore, more legal certainty and others that wish for a broader legislation, being the guidelines sufficient for the interpretation of specific transactions.

The new legislation will not refer to specific products, comparability adjustments or listed international or domestic commodity exchange, price reporting or statistical agencies, or governmental price-setting agencies, as it was provided in the previous legislation, mainly because this led to several controversies and non-arm's length results. It was also mentioned that any comparability adjustment can be performed as long it does not affect the reliability of the method, in which case another most appropriate method must be chosen.

Regarding compliance obligations and most specifically the Register of Commodities Transactions (RTC), further clarifications and adjustments will be provided, as for example the date of the transaction, which should be the date the transaction is entered into and not the shipment date. Forward contracts negotiated in 2023 are also subject to registration and the observation of the new rules.

Paulo started the *second presentation* remembering the comparability adjustments expressly permitted by the previous legislation and its development throughout the years, focusing on the market premium adjustment. The main controversy topics regarding the commodities methods were addressed as: a) comparability adjustments limitation, due to the legal concept of market premium and its inconsistency with the concept income and the arm's length principle; b) possible interpretation that the limits foreseen in the legislation would only be applicable to internal comparables and not external comparables; c) difficulties in performing adjustments when the commodity exchange reference utilized in exportations was different than the mandatory quoted price listed in the legislation.

Comparing the previous legislation with the OECD arm's length principle-based commodities quoted price, and the non-exhaustive examples of comparability adjustments provided in the legislation, he concluded that controversies regarding the previous legislation could be solved if there was an appropriate interpretation of comparability adjustments in line with the ability to pay principle and the concept of income. Even though Law 14.596/23 allows for ample adjustments to the CUP – quoted price and even for the adoption of other more appropriate methods, there might be the same controversies in the future, if the current interpretation paradigms adopted by fiscal authorities remain.

In the *third presentation* Victor explored the concept of netback adjustments in commodities operations via different examples, especially if the product is the same or with distinct characteristics. It was demonstrated that when the arm's length price and the price practiced refer to the same product, the adjustments involve transportation costs, insurance, terms and conditions (volume, financial conditions, etc.), market level among others, while in the second scenario, the adjustments might relate to conversion rates between points in the chain, treatment, refining, transportation costs, influence of time differences on value.

Victor then showed examples of value chain and functional analysis of commodities trading companies in the mining sector and how to determine the comparability adjustments considering intermediation activities and commissions. It was also presented examples of transfer pricing involving the intrinsic value of intangibles.

Laura started the *fourth presentation* with some statistics published by the Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, comparing the Brazilian to the Colombian transfer pricing environment, primarily considering transparency and request of information between tax authorities (higher in Colombia), number of transfer pricing audits (higher in Colombia), amount collected as a result of transfer pricing adjustments (higher in Colombia), economic sectors with the highest risk of prices manipulation considering their economic/behavior impact. It should be noted that the data collected, referred to the legislation in force in Brazil up to 2020, not aligned to the OECD standard.

The Colombian legislation follows the OECD guidelines and regarding commodities transactions it is pretty much in line with the current Brazilian legislation, with a broader concept of commodities (as per OECD's definition), the CUP as the most appropriate method and mandatory registration of all commodities transactions. The quoted price is not mandatory, but the burden of proof in choosing another most appropriate method is on the taxpayer.

Laura also explained the limitation on royalties' deductibility applied in Colombia according to transfer pricing rules. Payments cannot be deducted when the royalties relate to an intangible developed in Colombia, to the importation of finished product, or to the amortization of intangibles acquired from a related party. It was also mentioned that currently tax authorities are challenging the deduction of royalties if the Colombian taxpayer has losses and or pays for marketing expenses.

It was also addressed the current developments regarding Pillar 1 and Pillar 2 implementation in Colombia. In 2022, Colombia established a minimum tax rate to ensure that companies pay a certain level of tax on their income. The rate is, nonetheless, not aligned with the 15% effective minimum tax and the legislation is not being considered as a qualified domestic minimum top-up tax.

The presentation was closed with an overview of Colombian's Advance Pricing Agreement (APA) procedure, which was implemented in 2022. So far, there has been only one unilateral APA. The procedure takes initially 9 months, and there is no appeal. The APA can be granted up to five years (previous, current, and three additional years considering the filing request). For transactions covered in the APA, there is no documentation compliance, apart from the APA report.

Report: “Digital economy taxation: recent developments in the international experience”

Alina Miyake

Master’s Candidate in Tax Law at the University of São Paulo.

Lawyer in São Paulo.

Abstract

This report aims at presenting the discussions held in the panel “Digital economy taxation: recent developments in the international experience”, at the X Brazilian Congress of International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT) and the Department of Economic, Financial and Tax Law at Largo São Francisco Law School, University of São Paulo (USP). The panel occurred on September 11th, 2024, with the participation of Professors João Félix Pinto Nogueira¹, Dóris Canen², Felipe Renault³ and Vanessa Bulara⁴ as panelists, Professor Marcelo Annunziata⁵ as chairman and Alina Miyake as the moderator.

The following topics were discussed in relation to the proposed subject: (i) *Mare Liberum*, reflections on the tax policy design of Digital Service Taxes (DST); (ii) digital permanent establishments (PE); (iii) tax treatment of airdrops and pool mining and (iv) use of artificial intelligence (AI) by tax authorities: tax efficiency or inequality?

Initial remarks

After the initial greetings and introduction of the subjects under discussion by the Chairman, the floor was given to the Moderator. The Moderator introduced the subject highlighting that the panel had the tough mission of addressing different “hot topics” of the digital economy. For this purpose, the panel was divided into four different trending themes: (i) *Mare Liberum* (some reflections on the tax policy design of DST) by Professor João Félix Pinto Nogueira; (ii) digital PE by Professor Doris Canen; (iii) tax treatment of airdrops and pool mining by Professor Felipe Renault and (iv) use of AI by tax administrations: tax efficiency or inequality? by Professor Vanessa Bulara.

¹ PhD in Law and LLM at Universidade de Santiago de Compostela. Professor of Universidade Católica Portuguesa. IBFD Deputy Academic Chairman.

² LLM in International Tax Law at King’s College of London, Professor and Researcher in Tax Law.

³ Post-Doctoral Student at the University of São Paulo. PhD in Public Finance, Taxation and Development at State University of Rio de Janeiro (UERJ), Tax Lawyer.

⁴ Member of CARF (Administrative Tax Appeals Federal Board) and CMT-SP (Administrative Tax Appeals Municipal Board). Master of Law at IBDT.

⁵ Master in Tax Law at University of São Paulo. Tax Lawyer.

1. Mare Liberum – Professor João Félix Pinto Nogueira

Professor João Nogueira presented a possible long-term solution for challenges posed by the digitalization of the economy, aiming for a principle-based approach that aligns with various international tax fairness conceptions. He stated that the title of his presentation explicitly referenced the sixteenth-century conflict between the Portuguese and the Dutch about the control of the seas at the Age of Discoveries. At first, Portugal and the Reign of Castilla and Aragon (now Spain) were the pioneers, dividing the world in two (using the treaties of Alcaçovas and Tordesilhas and a series of Papal Bulls), the Mare Clausum doctrine. However, the Netherlands and the United Kingdom became new competitors in oceans' exploration and were not eager to face prohibitions from treaties they were not parties to. Portugal considered this competition an infringement of the existing international law rights and wanted to charge duties. Piracy and hostilities started, culminating the Santa Catarina incident (Dutch captured a Portuguese ship). The Portuguese protested, but incident was not solved. This culminated in the publication of *Mare Liberum* (1609) by Hugo Grotius (sponsored by the Dutch). It was sustained that the sea was international territory and that all nations were free to use it for seafaring trade. The Portuguese still objected but in the end of the day Santa Catarina incident was the trigger for shifting from Mare Clausum to Mare Liberum (the paradigm we have until today).

Professor João Nogueira understands that the taxation of business profits appears to be caught in a Mare Clausum doctrine. Under the current paradigms, the physical presence is a requirement for taxing at source (*i.e.*, characterization of a PE). He affirmed that there is no Tordesilhas treaty or Pope blessing in this case, but an extensive network of tax treaties reinforced by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and United Nations (UN) model conventions. In the professor's standpoint, the model conventions and the treaty practice created a status quo in which is different to sustain a different nexus to tax business profits.

Professor Nogueira highlighted that as the Dutch and English changed the Age of Discoveries, the world has changed in the last century: most of the two hundred countries of the world did not exist as such one hundred years ago. It means that most of countries have not participated in the design of the rules dealing with the taxation of business profits. This, in the Professor's point of view, undermines the legitimacy of the existing rules. In addition, before the globalization and digitalization, business profits required a solid material activity (being qualified as active income). However, the globalization and particularly digitalization have lowered the importance of the material element – we are now dealing with intangible goods and digitalized services that supersede this material logic. Business profits are currently closer to what was qualified as passive income one hundred years ago. This would further erode the legitimacy of the existing rules.

In this scenario, Professor João Nogueira questioned if we could return to the whiteboard designing the business profits taxation rules based on our current globalized and digitalized economy, not considering the qualification of capital importer or capital exporter countries. He suggests that other elements are more important than the material activity, such as (i) the residence of the payor or (ii) when the payment does not come from the jurisdiction, the place where the intangible good is used or where the digital service is performed. These elements would identify the country where the underlying activity giving significance to the profits take place. In the Professor's point of view, this approach would be grounded on the benefits principle: without the public goods provided by the source state (infrastructure, courts, normative regulation *etc.*), the business profits would not emerge. This would justify the taxing rights of source jurisdictions in relation to passive income activities.

Professor João Nogueira quoted the work of Professors Johann Hattingh and Peter Hongler⁶ in which they concluded that for passive income purposes countries rely not only on the residency of the payor but also on the relevant economic activity taking place in a jurisdiction. Professor highlighted examples of cases in which the contracting States added substantive criteria expanding the nexus (*e.g.*, place where the capital was utilized, location of the real estate and residence of the guarantor).

Professor continues his presentation stating that these hypotheses of expanded nexus made their way in the tax treaties mentioning the example of the interest distributive rule under Argentina-Bolivia tax treaty.

He also highlights the examples of expanded nexus for royalty income. In these cases, besides the residence of the payor countries, some jurisdictions considered that there is a genuine link (i) in the location where the IP was used; (ii) in the place where the IP which yields the income is registered and (iii) if the payment resulted in a deduction for the resident. In this case, these deviations have been imported to tax treaties mentioning the example of the royalties' distributive rule under US-Malta tax treaty.

Professor concluded that the concept of a genuine link (and the underlying idea of territoriality) is sufficed when some activity takes place in the jurisdiction. This would cover the situations in which no payment flows from the jurisdiction and most importantly the ones in which neither of the parties involved are present in the jurisdiction. Professor Nogueira highlighted that this expanded nexus may expose taxpayers to source-source conflicts, which may lead to double taxation not solved by the existing tax treaties.

⁶ "Subject 1: Finding the meaning of nexus for taxes – past, present and future" in the International Fiscal Association Cahiers (2024).

Professor João Nogueira continues his presentation stating that the trend of enlarging the source rights of business profits is not new. Emerging countries have been claiming abandoning the Mare Clausum paradigm. He quotes Professors Hattingh and Hongler work once again listing examples of jurisdictions in which services and similar provisions are taxed at source (*e.g.*, Poland, Peru, Colombia, India and Brazil). From the perspective of tax treaties, Professor Nogueira states that both old and new powers are rejecting the Mare Clausum doctrine encapsulated in the model conventions and existing treaties. However, it is still difficult to negotiate tax treaties outside of the models and avoid the PE conceptualization.

In this scenario the alternatives for the taxation of business profits currently on the table are: (i) at OECD level, the Pillar One, which in the Professor's opinion either is not going to be implemented or will be insufficient; (ii) at UN level, articles 12A and 12B and whatever comes from the first protocol mentioned in the Terms of Reference of a UN Framework Convention on international Tax Cooperation approved by the Ad Hoc Committee and (iii) from a EU level there are both the DST and the digital PE proposals, which are on hold waiting for the discussions under Pillar One.

In Professor's point of view, a long term solution different from the ones currently on the table for taxing business profits would require to recognize, in addition to the PE (whose concept needs to be fixed), source taxing rights whenever (i) there is a payor located in the source jurisdiction or (ii) there is relevant economic activity either due to the use of intangible assets, the provision of a digitalized service or the place of supply. This solution would be aligned with the benefits theory providing markets jurisdictions a stable answer to their existing claim.

Professor João Nogueira states that the design of his proposal would require considering several remarks: (i) not distinguishing goods from services; (ii) PE nexus is insufficient and should be supplemented with other concepts, not abandoned; (iii) complementing the PE nexus: (a) first recognizing the taxing rights of the payor's country of residence by a withholding income tax (WHT) per transaction (where the income physically comes from); (b) second recognizing a source taxing right to the country where there is further economic activity showing "economic allegiance" with the income (grounded on clear and solid criteria) and (c) a third prong applicable to intangible goods and digital services (*i.e.*, use of intangibles, place where the service is provided, residence of the user whose data is extracted *etc.*; (iv) uncoordinated claims would be solved by a priority rule (in domestic law and tax treaties) targeting one instance of source taxing rights; (v) in the absence of a PE, if there is a payment flow, the simplest solution would be imposing WHT on the transaction; if not, a remittance from the residence state would be required to pay the tax; (vi) in non-PE scenarios, gross taxation would be avoidable at taxpayer will (subsidiary, PE, mini one stop shop – MOOS or a local representative) allowing the squaring of the circle of business taxation with

the full alignment with transfer pricing (TP) rules, full neutrality between the different corporate investment alternatives and full alignment with International Financial Reporting Standards (IFRS); (vii) the inadequacy of a *de minimis rule* mentioning the example of the digital supply of goods in VAT; (viii) the challenges of revisiting the force of attraction rules in terms of quantification of profits to be allocated to a PE (one could not find function, assets or risks related to the amount of income); (ix) practical implementation issues such as: (a) compliance of TP rules in case of a subsidiary, PE, MOOS or a local representative and (b) web-shop structures for charging WHT on a gross basis and (x) to solve the compatibility with EU law, Professor proposes that WHT be levied in both cross border and domestic transactions.

Professor João Nogueira stated that residence countries would probably tax less with the enlargement of source taxing rights. However, Professor highlights that residence countries are source countries as well and portion of the foregone revenue would be recovered by the new source rights.

Professor João Nogueira considers this theory as a new *Mare Liberum*, once it would allow the setting of new approaches for taxing business profits. In his view, the multiplicity of sources would be automatically adjusted to the tax claims of any jurisdiction in the world. Residence countries and source countries can adjust or react to these claims. This is *Mare Liberum* because everyone would be free to sail. In Professor's opinion, the most important issue is to have a sufficiently strong principle-based approach to deal with the taxation of business profits that restores confidence in the system. There is no point of insisting in a system that is fundamentally unfair, leading to retaliation measures, to even more arbitrary forms of taxation and, inevitably, to higher taxes and compliance costs.

Professor finalized his speech saying that what will happen if the system is not changed is the emergence of DSTs and more uncoordinated forms of source taxation of business profits. Professor qualified these uncoordinated initiatives as Santa Catarina incidents of our time. He stated that we do not need any more Santa Catarinas, but a new *Mare Liberum* to be able to sail the sea of business profits. He remains confident that with this new approach we will be able to follow the example of Bartolomeu Dias who crossed Cape of Storms and after the crossing it became Cape of Good Hope.

2. Digital PE – Professor Dóris Canen

Professor Doris Canen initiated her presentation stating that it is well known that, currently, various economic agents can maintain an economic presence in a certain tax jurisdiction accessing consumer markets through digital platforms without any physical presence. She quoted Professors Luis Eduardo Schoueri and Roberto Codorniz Leite Pereira stating that there is a risk that the profits derived from the exploitation of digital commerce will be taxed exclusively in the tax ju-

risdiction of the economic agent's residence, which is often characterized by low tax pressure.

She stated that the concept of PE emerged as a solution to address the double taxation of companies operating in multiple locations (article 5 of OEC/UN model conventions). Professor Canen mentioned Alberto Xavier stating that the characteristics of a PE include the existence of a material installation, with a permanent nature in which the company must carry out its activities.

OECD commentaries address tech companies' PE. In the case of server, the relevant element is to analyze if it is in fact moved: a server needs to be located at a certain place for a sufficient period of time to be qualified as a PE. For roaming/satellites, the area where the signal is received characterizes a PE. Professors mentioned the examples of Sweden and Israel experiences.

Professor Dóris Canen highlighted that despite that, article 5 of the OECD model convention and the multilateral convention do not address the full complexity of the digital economy and UN model adopts a similar approach.

A diagnosis of the taxation of digital businesses was made in Action 1 of Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project: it was identified that the physical presence requirement was present both in domestic legislation and treaties. As result, a company may not be taxed in the country it has a customer. Under Action 7, it was identified that activities previously considered to be merely preparatory or auxiliary in nature may nowadays correspond to core business activities, because of that article 5(4) of OECD model convention was modified to ensure that it excludes only activities that are indeed "preparatory or auxiliary". In 2018, BEPS Action 1 Interim Report 2018 discussed the concept of value generated by the user but this discussion had not led to a new definition of permanent establishment. Professor pointed out that the discussion is currently focussed on domestic remedies for address the taxation of digital economy (such as DST) as well as Pillars 1 and 2.

Professor continues her presentation mentioning Google case in France. In this case, Google had its headquarters in Ireland and employees allocated in France that were responsible for Google Ads (online advertising) through direct sales managed from that country. French tax authorities attempted to qualify this as PE in France. The French court ruled that there is no permanent establishment of Google Ireland in France, based on the fact that the financial risks were not borne by Google France and that the French company derived its revenue from a marketing and sales agreement with Google Ireland, which is a sister company.

Professor states that Brazil, on the other hand, has a protectionist fiscal policy focused on WHT. She pointed out that the concept of PE is rarely used (with few administrative and judicial decisions on the matter), but it is included in treaties and in the Country by Country Report (CbC) Normative Ruling, in the World Cup (2014) and the Olympics (2016) legislation, as well as the interpretation of the

Income Tax Regulations referring to Sergio André Rocha works on the matter. There are debates at Federal level in view of the digital economy but no specific legislation and indirect taxes follow the trend of holding platforms accountable. Article 1,142 of the Brazilian Civil Code was updated in 2022 to include the hypothesis of virtual business establishment.

Professor Dóris Canen cogitated the introduction of a PE concept in Brazil, affirming that what matters the most is that any concept adopted in Brazil must be introduced into the Brazilian legal system through law. It is only through ordinary legislation that the Brazilian legislator will have the opportunity to either accept the same concept of permanent establishment present in tax conventions prior to the advent of the BEPS Project, incorporate the new concept, or even adopt a third concept that seems more appropriate.

If the concept of permanent establishment, once adopted by Brazil in its internal legal framework, differs from that provided in the applicable tax convention, it must be considered that the concept outlined in the latter will serve as a limit for the former. This is because, the international convention will operate as a mask, rendering the concept adopted by domestic legislation inapplicable in that specific situation—*i.e.*, in cases where it is broader than the conventional concept—due to the negative delimitation of tax jurisdiction by Brazil. Under her perspective, it is inconceivable for the introduction of the concept to be carried out by the interpreter rather than by the legislator, as this would contradict the principle of legality in tax matters.

Professor Canen finalized her presentation hypothesizing what comes next: the responsibility of platforms over indirect taxes? Pillars 1 and 2? Information exchange?

3. Tax treatment of pool mining and airdrops – Professor Felipe Renault

Professor Felipe Renault initiated his speech by pointing out the relevance of studying the tax treatment of crypto assets and the research being conducted by the studies group on the matter formed at Largo São Francisco Law School, under Professor Luís Eduardo Schoueri's and his coordination. He highlighted that the spirit of his presentation is to address trending topics in connection with this subject. For this purpose, he selected two main issues: (i) pool mining and (ii) airdrops.

In his opinion, in the study of the tax treatment of such new technologies, the departure point of our analysis is that we have some situations that are not equal to the ones of the brick-and-mortar economy. In this scenario, the intuition of the interpreter is to use analogy. One can cogitate whether crypto asset mining (generation of new assets) can be equated to the birth of a calf, to the original acquisition of real estate, or to the mining phenomenon. If one cogitates the qualification of a service provision, there is no obligation “to do” or one hiring the service.

Professor Felipe Renault points out that what matters in this case for tax purposes is to extract the economic effects of each business model. In his opinion, these are not hypotheses of using analogy. There is a growing set of problems: yesterday we were discussing crypto asset mining but today we have a new model to discuss: pool mining (under which the user grants access to an administrator of his computational power in consideration to a fee and the one indeed mining the crypto asset is the administrator). Under this model, the fee received by the one granting access to the computational power can be proportional to the amount of crypto assets mined or a fixed fee depending on the computational power. This model in his perspective is similar to the rent of the computational power with twisted elements: the administrator does not have physical access or possession of the machine, qualifying as a remote utilization of the asset. One can cogitate the qualification of data processing, but the one granting access to the machine does not make any processing. It is tricky to establish the legal nature of this transaction, one can envision a productive process, another a different qualification.

Professor continues his explanation by stating that there is no uniformity in the legal/tax treatment of the transactions. For example, in the US the mining of crypto assets is taxable at the time one receives the asset considering its fair market value (FMV). Professor Renault mentions the case *Jarrett v. United States*, WL in which the taxpayer argued in court that rewards are not taxable until they are sold. The taxpayer paid a tax of about USD 3,000 on the income from the rewards and then claimed a refund. The IRS issued a refund and decided to close the case due to lack of controversy. The fact that the IRS issued a refund has no substantive consequences. The IRS likely did this to avoid protracted litigation over minuscule amounts. The taxpayer refused to accept the refund and tried to keep the case alive to force a court decision on the merits. The court sided with the IRS, dismissing the case. The taxpayer is currently appealing the decision.

Professor also mentions the case *Skatteverket vs. David Hedqvist* in which the mining of crypto assets was deemed outside of the scope of VAT as financial services usually are under EU guidelines.

Professor Felipe Renault moves on to the theme of airdrops: an crypto asset which is received by one with no consideration (free of charge). He analyzed the examples of airdrops issued by the Government of Ukraine in consideration with war efforts and the manifestation of the Internal Revenue Service (IRS) in the sense that the ones that receive airdrops and hardforks must include the FMV of the token in income, at the time the taxpayers obtains dominion and control over the new token.

Professor concluded that in the absence of internationally agreed principles for the taxation of such assets, the potential for different jurisdictions to take contradictory and overlapping positions is high. At this stage, in Professor's opin-

ion there are more doubts than certainty on the matter of crypto assets and he expects that his positions be criticized by the audience.

4. Use of AI by tax authorities: tax efficiency or inequality – Professor Vanessa Bulara

Professor Vanessa initiated her speech by stating that the digitalization of the economy poses several challenges: under BEPS Action 1, the target was the creation of a new nexus and mechanisms for identifying income generated in the digital economy. In this scenario, the challenge is expanding the concept of income taxation only under article 7 of the OECD model convention based on physical presence or a new nexus based on the economic presence that generates wealth.

Professor Bulara pointed out that, in this context, AI is a tool for delimitation/recognition/local capture of economic wealth generation. The struggle in taxing income from the digital economy represents a motivation for tax administrations to improve the use of new technologies to maintain fiscal sovereignty and battle tax evasion, fraud *etc.*, guaranteeing tax compliance in a balance between control, protection of taxpayer rights (legality, rights of the defense, privacy) and efficiency.

Professor highlighted that the use of AI algorithms with the creation of specialized systems capable of making predictions and classifications based on input data (explainable AI). The change from black box to explainable system (glass box) with the decomposition of variables and understanding of how variables relate to each other to reach the result may result in non-desirable consequences such as racism, invasion of privacy, inaccuracy of results, legal uncertainty.

She explained that RFB is already participating in international forums on the use of AI by tax administrations. One example is the presentation of Analytics Project in an OECD event in Sweden.

Under this project, RFB has participated in debates about the monitoring of crypto assets⁷ since 2022. RFB is now able to identify tax irregularities in customs taxation and economic groups, the use of cryptocurrencies and offsetting/ reimbursement requests⁸. These tools aim at increasing tax and customs compliance with less human resources. There are several successful examples, such as the identification of tax schemes, tax evasion and money laundering for drug and arms trafficking.

Professor Vanessa Bulara highlighted the concerns in connection with privacy rights (Federal Constitution, article 5, X (privacy) and XII (data confidentiali-

⁷ International Forum at the OECD – the Joint International Taskforce on Shared Intelligence and Collaboration (JITSIC).

⁸ RFB Ordinance no. 439/2024.

ty)) discussing the ruling issued by the Brazilian Supreme Court (STF) under theme 990, which granted the constitutionality of RFB sharing the financial intelligence reports and the documents of the inspection (made with the use of AI) with criminal prosecution bodies for criminal purposes, without prior judicial authorization. In this particular case involving the application of criminal law, the legitimate exercise to inspect prevailed.

She continued her presentation explaining that there is not much information available on the internet regarding the use of AI by Latin American tax administrations, but the approach adopted by Brazilian tax authorities is not isolated. Professor identified that there is a trend of using AI by tax inspections, mentioning the examples of (i) controversy in connection with the use of AI by tax administrations, such as the cases of Poland (Teleinformatic System of the Clearing House – STIR case), Netherlands (SyRI case), Slovakia (eKasa case) and (ii) the use of AI platforms by tax authorities, such as the case of Greece, Austria, Romania, Italy, Vietnam, Australia, US, India, Malta, UK, Canada, the Netherlands, Ireland, Sweden and France.

Report 11.09 – “Double Taxation Agreements and Changes in Brazilian Fiscal Policy”

Giulia B. Benvegnú

On September 11, 2024, at the X Brazilian Congress of International Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT), the panel titled “Double Taxation Agreements and Changes in Brazilian Fiscal Policy” concluded the first day of the Congress at the University of São Paulo (USP).

To commence the panel, Priscila Stela Mariano da Silva, acting as Chairperson, briefly recounted the historical background of Brazilian double taxation agreements, recalling the first treaty signed with Japan. Priscila, outlining the scope of the panel discussion, highlighted the initial tendency—one that in some cases persists—of Brazil adopting the UN Model Convention in its double taxation agreements, alongside the inclusion of anti-abuse clauses.

Following these remarks, Giulia B. Benvegnú, the Moderator, invited Eric Kemmeren to begin his presentation by discussing the relations between the Netherlands and Brazil, demonstrating the historical evolution and current perspectives, as well as the potential impacts of recent interpretative changes, particularly in view of the litigation concerning interest on equity and dividends, and addressing the challenges and opportunities arising from cooperation between the Netherlands and emerging markets like Brazil.

Eric explained that the fiscal policy of the Netherlands had evolved from 1987, 1996, 1998, 2011, to 2020. In the early years, there was a stronger preference for taxation to be allocated exclusively to the residence of the creditor, establishing a position of capital export neutrality. Subsequently, in the early 2000s, the Netherlands showed increased interest in developing countries, as these regions represented a significant portion of the consumer market.

The more recent trends, starting from 2020, have been guided by the OECD model and sustainability goals. However, with respect to dividends, interest, and royalties, unlike the OECD Model, the Netherlands accepts a higher taxation at source. According to Eric, the growing investment in developing countries also stems from the provision of services to poorer developing nations. Nevertheless, Eric raised doubts as to whether the Dutch government in 2024 would maintain this favorable policy towards investments in developing countries. Eric concluded this segment by noting that there is no European policy regarding double taxation agreements, leaving each member state to structure its own treaties.

Regarding agreements with Brazil, Eric dedicated the second part of his presentation to discussing the Mutual Agreement Procedure (MAP) concluded between the two governments to establish the proper interpretation to be applied to

interest on equity. As a peculiar figure largely unique to Brazil, this format faces challenges in being classified as either dividends or interest under double taxation treaties. As part of the litigation on the classification of interest on equity, Eric questioned the validity of the MAP signed in 2022, in light of the absence of any interpretative doubt under the treaty that needed resolution. Eric further questioned the rationale behind Brazil conceding and treating interest on equity as dividends, thereby reducing the tax sparing of 25%. A decision on the validity of the MAP is currently awaited.

Giulia B. Benvegnú emphasized that Dutch policy regarding developing countries also includes anti-abuse clauses, which provide greater legal certainty in the application of treaties. Building on the theme of treaty provisions and their application, she then invited Professor Ramon Tomazela to further explore the role of anti-abuse clauses in Brazil's double taxation treaties.

Ramon began his presentation by noting that traditional policies that included preambles on tax evasion, exchange of information, anti-abuse clauses, among other provisions, have been replaced by new trends, such as the Principal Purpose Test (PPT) and lookback tests. Instead of focusing on tax evasion, the emphasis now is on non-taxation or reduced taxation, as well as the application of simplified Limitation on Benefits (LOB) clauses, as seen in the treaty with Singapore.

In the practical context of applying these treaties in Brazil, Ramon referred to the Ambev case (CARF Decision 1402-001.833), from 2014, to illustrate situations in which the treaty was not applied by the Administrative Council of Tax Appeals (CARF), which accepted the redomiciliation from Uruguay to Argentina. The importance of an anti-abuse clause was also demonstrated in the JBS case (CARF Decision 1302-002.014), where CARF ruled that a state cannot unilaterally apply an anti-abuse rule.

Ramon then addressed the application of PPT clauses in double taxation treaties, a more recent method to assess the existence of a purpose and potential abuses by the contracting parties. Ramon mentioned that the strictness of anti-abuse clauses aims to prevent and combat abuse but faces many challenges, such as distinguishing between legitimate and artificial transactions, overly flexible or open rules, the need to balance the burden of proof with due process, among others.

Finally, Ramon argued that treaties should be viewed as instruments to ensure stability in cross-border relations, and that the legal uncertainty in the application of anti-abuse clauses undermines this purpose. As a solution, Ramon suggested requiring the mutual agreement of the contracting states for the application of an anti-abuse measure.

Giulia B. Benvegnú added that legal certainty and the application of treaties by administrative adjudicatory bodies must be accompanied by a Brazilian policy

that prioritizes and respects what was agreed upon with other states. She then invited Professor Heleno Torres to present on Brazil's fiscal policy.

Heleno Torres began by asserting that Brazil lacks a cohesive and consistent tax treaty policy. Heleno explained that the lack of normative clarity and constant changes in tax legislation reflect the absence of a coherent fiscal policy.

According to the Professor, for years there has been no clear indication of interest in dialogue with other countries, with Brazil adopting certain stances without a guiding strategy. As an example, he cited technical services, where there is a strong position by the Brazilian Federal Revenue Service, yet no interest in reaching an agreement, highlighting a lack of intention to discuss and evolve in the international arena.

In closing, Heleno Torres noted that in several areas the Brazilian Federal Revenue Service has made progress, creating working groups dedicated to thinking and reflecting on fiscal policy, but there is still a long road ahead.

Lastly, Giulia B. Benvegnú questioned Ricardo Augusto Gil Reis Rodrigues about the possible need to renegotiate the Brazil-Netherlands agreement, discussed at the beginning of the panel, and the considerations regarding the absence of a fiscal policy.

Ricardo began by stating that although there may not be a formal policy on double taxation agreements, there is a fiscal practice. He then argued that interest on equity with respect to the Netherlands should be treated as interest, in accordance with Article 11 of the OECD Model. Ricardo also mentioned that there are several reasons that drive a country to negotiate agreements, such as internal interests, power dynamics, and what the other country offers Brazil.

This fiscal practice, as Priscila mentioned at the beginning of the panel, has gone through several phases, which Ricardo divided into six: starting with initial liberalization, passing through treaties and policies already considering anti-abuse rules, leading up to a more consistent shift towards coherence, transparency, and substance starting in 2012/2013, and culminating in the current BEPS 2.0 framework, where Brazil made a more consistent shift towards capital export neutrality, influencing source taxation and other treaty mechanisms.

Regarding treaties concluded after 2017, Ricardo mentioned the fight against tax evasion and avoidance, through the use of PPT and LOB clauses, as well as the prevalence of domestic anti-abuse legislation.

Finally, as challenges and perspectives for the future, Ricardo commented on the asymmetry in the taxation of dividends, the friction between the UN and OECD, and the gradual shift towards credit/capital export neutrality and measures to increase source taxation.

In her closing remarks, Giulia B. Benvegnú emphasized the critical need for Brazil to adopt a consistent and strategic fiscal policy that balances the applica-

tion of anti-abuse clauses with legal certainty. Such an approach is essential to maintain investor confidence and ensure continued foreign direct investment from developed countries.

Report: International Taxation on Demand: Q&A (First Day – September 11, 2024)

Martha Toribio Leão
Aluizio Porcaro Rausch

1. Preliminary remarks

The panel “International Taxation on Demand: Q&A (First Day – September 11, 2024)” was the fifth and final panel in the first day of the congress. During the four previous panels – namely “The new global tax governance: the current role of UN and OECD in the contemporaneous International Tax”, “Transfer Pricing: commodities and intangibles”, “Digital economy taxation: recent developments in the international experience” and “Double Taxation Treaties and changes in the Brazilian fiscal policy” –, attendants were encouraged to send questions through the general QR code system. Due to time constriction and large number of questions sent, many were left answered. Some of those were then selected by this panel’s moderators and allocated to the several debaters.

The panel was composed by the following participants: Hugo de Brito Machado Segundo (President), Martha Toribio Leão (Moderator), Aluizio Porcaro Rausch (Moderator), Paulo Victor Vieira da Rocha (Debater), Alessandro Turina (Debater), Ricardo Maito (Debater), Giulia Breitenbach Benvegnu (Debater), Alina Miyake (Debater), Júlia Rizia Antunes Costa Almeida (Debater), Bruna Camargo Ferrari (Debater) and Arhayliz Marian Travieso Barreto (Debater).

2. Opening

Hugo de Brito Machado Segundo, as the panel’s President, delivered the opening remarks. Firstly, he thanked the congress’ organizers, notably Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto and Rodrigo Maito da Silveira. Then, he briefly discussed the importance of domestic rules and the necessity of maintaining a strong national tax system despite advances in international taxation. Lastly, he authorized the panel to move forward with the selected questions and related debates.

3. 1st Question – international tax organization

The first question was “How could an international tax organization (ITO) coexist with sovereign States, notably from a constitutional perspective?” and it referred to the day’s first panel, “The new global tax governance: the current role of UN and OECD in the contemporaneous Inter-national Tax”. Júlia Rizia Antunes Costa Almeida and Alessandro Turina were the debaters. They both manifested the understanding that an ITO was not essentially contrary to the existence of sovereign States, albeit several objective steps must be taken before such

a tax reality is possible. Moreover, domestic constitutional norms can be compatible with a supernational tax organization with binding powers, but domestic legislative changes are probably required. Additionally, the debaters expressed their impression that the formation of an ITO may be matter of time, as globalization and recent developments in the international tax system seem to point towards that direction.

4. 2nd Question – CUP method

The second question was “When the OECD guidelines and the Brazilian legislation mention the CUP method is the most appropriate, are all possible applications of the CUP method encompassed (quotation, third-parties, net back adjustments) or only quotation?” and it referred to the day’s second panel, “Transfer Pricing: commodities and intangibles”. Arhayliz Marian Travieso Barreto was the debater and she gave a very thorough explanation about the application of the CUP method and how the Brazilian legislation displayed specificities in this regard that other domestic legislations do not.

5. 3rd Question – price allocation to the appropriate range’s median

The third question was “Is allocating the price to the median (Lei n. 14.596, art. 16, §4º) contrary to the ability to pay principle, considering that any point in the appropriate range does not require any adjustment? Excessive simplification?” and it referred to the day’s second panel, “Transfer Pricing: commodities and intangibles”. Bruna Camargo Ferrari was the debater and she presented the opinion that certain range measurements displayed unreliable results in different points of the range, so allocating the price to the median would be a safe way to prevent exposure to those unreliable results.

6. 4th Question – value creation

The fourth question was “Does the definition of relevant economic activity for purposes of measuring value creation promote discretionary taxing power, thus legal uncertainty?” and it referred to the day’s third panel, “Digital economy taxation: recent developments in the international experience”. Alessandro Turina and Alina Miyake were the debaters. Both debaters delivered technical considerations about the difficulties of measuring where value is created and agreed that a certain level of discretion is unavoidable. However, legal certainty may be achieved by better drafting of the rules, thus reducing the gap for tax authorities’ interpretation.

7. 5th Question – digital economy and income tax treaties

The fifth question was “How is Brazilian domestic taxation on crypto assets and digital markets affected by the income tax treaties?” and it referred to the

day's third panel, "Digital economy taxation: recent developments in the international experience". Paulo Victor Vieira da Rocha and Ricardo Maito were the debaters and delivered insightful commentaries on recent developments of Brazilian tax rules with respect to income tax treaties.

8. 6th Question – cancellation of mutual agreement procedure's ruling and treatment of interest on net equity

The sixth question was "If the mutual agreement procedure's ruling between Brazil and the Netherlands should be canceled, what is the possible solution for the treatment of interest on net equity under the applicable income tax treaty?" and it referred to the day's fourth panel, "Double Taxation Treaties and changes in the Brazilian fiscal policy". Alina Miyake and Giulia Breitenbach Benvegnu. The discussions addressed different perspectives on the consequences of canceling a ruling from a mutual agreement procedure and how domestic law development could fill in collateral normative gaps.

9. 7th Question – Brazil-Argentina income tax treaty and brazilian international tax policy

The seventh question was "Is the Brazil-Argentina income tax treaty the best example of the Brazilian international tax policy in the realm of income tax treaties?" and it referred to the day's fourth panel, "Double Taxation Treaties and changes in the Brazilian fiscal policy". Alina Miyake and Paulo Victor Vieira da Rocha were the debaters. They apparently agreed that no income tax treaty is a perfect representation of Brazilian international tax policy, especially because it is technically difficult to pin down what exactly this international tax policy may be. Despite that, the income tax treaty with Argentina lead to several results that are favorable to the tax authorities, which also seem to be very aligned.

10. Final remarks and closing

Finally, Hugo de Brito Machado Segundo, the panel's President, delivered the final remarks, thanking USP and IBDT's representatives for organizing the congress and closing the panel.

Report: “International Tax Planning: Recent Court Cases”

Leonardo Thomaz Pignatari

PhD Student and Master’s in Tax Law at the University of São Paulo.
Advanced LL.M. in International Tax Law at the University of Amsterdam
and the International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD). Specialist in International
Tax Law and in Brazilian Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).
Bachelor’s in Law at the University of São Paulo. Guest Lecturer at the
Brazilian Institute of Tax Law. Tax Lawyer in São Paulo, Brazil.

The first panel on the second day of the conference focused on international tax planning and recent Court cases. Taxpayers structure their operations in manners that might be challenged by Tax Authorities through tax treaty provisions or domestic provisions.

The panelists were (i) Alessandra de Souza Okuma; (ii) Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic; (iii) Ana Carolina Monguilod; and (iv) Guglielmo Maisto. The panel was chaired by Gustavo Masina and moderated by Leonardo Thomaz Pignatari.

The discussion was divided into four parts with the aim of navigating through different perspectives and structures:

- (i) Interaction between Brazilian “CFC” rules and double tax treaties according to administrative and judicial Court decisions, presented by Alessandra de Souza Okuma;
- (ii) Acquisition of equity interest by a foreign investor and the criteria for tax amortization of goodwill using a “*vehicle company*” in the decisions of the Administrative Council of Tax Appeals (“CARF”) and the Superior Court of Justice (“STJ”), presented by Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic;
- (iii) Taxation of gains from indirect holdings and its main cases in the Brazilian administrative jurisprudence, presented by Ana Carolina Monguilod; and
- (iv) Tax Treaty Abuse, Domestic Law and Beyond with a focus on the Principal Purpose Test (“PPT”) and domestic anti-abuse rules, presented by Guglielmo Maisto.

Regarding the *first presentation*, Alessandra de Souza Okuma questioned whether Brazilian Law no. 12,973/2014 is a CFC rule. For answering this question, Okuma analyzed the historical evolution of the taxation on universal basis rules in Brazil.

Initially, the Provisional Measure (“MP”) no. 2,158-35/2001 established that profits of a controlled or associated foreign companies shall be deemed distribut-

ed to the Brazilian shareholder (and added for tax purposes), on accrual basis, at the moment of the financial statement. This rule applies despite control, influence or place of residence (*e.g.* tax haven)

Such a provision was challenged before the Brazilian Supreme Court (“STF”) in ADI no. 2,588. On one hand, STF decided that the deemed distribution of profits, earned by associated companies (“*coligadas*”) not resident in tax havens, is unconstitutional. On the other hand, the Court understood that the deemed distribution of profits, earned by a controlled companies resident in tax havens, is constitutional.

However, the Court has not reached a majority on the (un)constitutionality of taxation of associated companies located in countries with favorable taxation, as well as controlled companies located out of tax havens. Conversely, the Court has not analyzed the relationship between these “CFC” rules and double tax treaties.

In 2014, Congress enacted Law no. 12,973, which followed, in a certain manner, the Court’s decision above-mentioned. In Okuma’s opinion, the rules established by this Law are not CFC rules, since it has a broader scope (active income and jurisdictions outside tax havens and favorable regimes).

Okuma pointed out that both MP no. 2,158-35/2001 and Law no. 12,973/2014 are in conflict with Articles 7 and 10 of double tax treaties, as other Brazilian professors had defended (Alberto Xavier, Luís Eduardo Schoueri, José Bianco, Heleno Torres and Ramon Tomazela). In this sense, despite the OECD’s position, Brazilian rules are not proper “CFC” rules and deviate from BEPS Action 3, conflicting with double tax treaties.

Notwithstanding, Okuma clarified that some Brazilian double tax treaties establish a “*saving clause*”, according to which the treaty provisions do not block the application of domestic CFC rules (*e.g.*, Mexico, Peru, Russia, Singapore, Turkey, Uruguay, Venezuela, United Arab Emirates and United Kingdom).

Finally, the panelist examined some Court decisions. Up to 2020, the Administrative Council of Tax Appeals considered that MP no. 2,158 was not in conflict with double tax treaties. Due to the modification of the casting vote in 2021, CARF ruled that such a provision was in conflict with Article 7 and should not be applicable when a treaty is in place. Nonetheless, from 2022, the decisions are in favor of the Tax Authorities, that is, MP no 2,158 would not be in conflict with treaties.

In the Judiciary, Okuma highlighted the STJ’s understanding that MP no. 2,158 shall not be applicable when a tax treaty is in place. Likewise, in the Supreme Court, tax treaties shall prevail over domestic law (votes of André Mendonça, Celso de Mello and Gilmar Mendes).

The *second presentation* focused on the acquisition of equity interest by a foreign investor and the tax amortization of goodwill within “*vehicle company*” structures. Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic shared some decisions of CARF and STJ on the matter, highlighting the criteria used by both Courts.

At first, Kraljevic explained the differences between the tax treatment of goodwill before and after Law no. 12,973/2014.

Before, goodwill could be based on (i) market value; (ii) expectations of future profitability; or (iii) business establishment, intangibles, or other economic reasons. It was possible the tax amortization of goodwill based on expectations of future profitability. Moreover, there was a requirement for documentation proving the accounting entry. The absence of an explicit prohibition on “*intragroup goodwill*” and of provisions regarding the use of “*vehicle company*” was also an important feature.

After, there is a possibility of tax amortization of goodwill based on expectations of future profitability, understood as the difference between the acquisition cost of the investment and the sum of the acquired net equity and the fair value adjustments of the assets. A major novelty relied on the explicit prohibition on “*intragroup goodwill*”. There is also a requirement for a report prepared by an independent expert, filed before the Federal Revenue Services or the Notary Public. Law no. 12,973/2014 does not establish provisions regarding the use of “*vehicle company*” like the previous regime.

The panelist presents three positions of the Administrative Council. The first relies on the absolute impossibility of tax amortization of goodwill using a “*vehicle company*”. The second – which is the one that prevails in the Court’s recent decisions – analyses the actual existence of the “*vehicle company*” and its utility for the business. Finally, the third position understands tax planning as a legitimate attempt to achieve tax savings, which could only be challenged by Tax Authorities on the basis of simulation or fraud.

In this context, the second position considers additional aspects to authorize the tax amortization of goodwill in cases with foreign investors. For instance, the foreign investor was already operating in Brazil and the same result would have been achieved if the acquisition had been made through another controlled entity in the country (tax neutrality).

STJ, in its turn, acknowledges that the use of “*vehicle company*” finds a more robust justification when it involves a foreign company (for greater security in the tax amortization of goodwill, transactions based on the local currency, and ease of conducting operations). In the “*Cremer case*” (Special Appeal no. 2,026,473/SC), the Court analyzed a goodwill transaction between related parties before 2014 and the acquisition of an equity interest with goodwill using a “*vehicle company*”. It understood that an “*a priori*” rejection of the use of “*vehicle company*” contradicts Corporate Law, which permits the creation of a holding company “*as a means to achieve its corporate purpose, or to benefit from tax incentives*”. The Court has also decided that there is no legal prohibition on the use of a company as a “*vehicle*” to facilitate the execution of a legal transaction, stating that it is up to the Tax Authorities to demonstrate artificiality in each case.

In short, CARF's decisions support the STJ's understanding that there is no "*a priori*" impediment to the tax amortization of goodwill using a "*vehicle company*". However, in cases of equity interest acquisition with goodwill by foreign investors, the reasons invoked by the STJ to justify the use of "*vehicle company*" are, for the most part, not shared by CARF Councilors who adhere to the second position. These Councilors are more strict in examining the "*actual existence of the vehicle company*" and the "*utility of the vehicle company for the business*".

The *third presentation* debated the taxation of gains from indirect holdings. Ana Carolina Monguilod dealt with Income Tax on gains earned directly and indirectly by non-resident and the need for a connection with Brazil to justify taxation.

Regarding the sale of shareholding abroad in a company with direct participation in assets located in Brazil (indirect sale), Monguilod argues that there is no legal basis for the taxation on the indirect transfer of assets located in Brazil. In such a case, there is only a change in the corporate control of the controlling company located abroad, without any change in the ownership of the direct investment related to Brazilian assets. Moreover, the Congress has expressly rejected the taxation of indirect alienation of assets (Bill of Law no. 2,337/2021).

For explaining her position, the panelist examines three cases ruled by CARF: (i) "*Mineração Tijuca*"; (ii) "*Cosan*"; and (iii) "*CPFL*".

In the "*Mineração Tijuca*" case, CARF assumed the existence of simulation in the operation (legal transaction in two days). The operation was considered a direct alienation between the original partners of Marilus and Tijuca. However, the Council dismissed the Tax Assessment. Since Marilus's original partners were residents of Brazil, the tax on capital gains should have been charged over these partners, as sellers (error in the passive subject).

In the "*Cosan*" case, CARF recognized the existence of simulation in the operation (transaction carried out in two days). The operation was considered fraudulent due to the creation of new entities, without operation and with liquidation within a period of two months. There was a clear focus on tax avoidance.

In the "*CPFL*" case, the Council ruled that that the Tax Authorities had not sustained the occurrence of simulation, but only abusive tax planning. Nonetheless, CARF understood that following legal formalities does not guarantee that taxes are not due. Monguilod highly criticized this judgment, inasmuch as there was no fiscal accusation of simulation or fraud.

The *fourth and last topic* addressed the interaction between domestic law and double tax treaties with focus on the Principal Purpose Test ("*PPT*") and domestic anti-abuse rules. Guglielmo Maisto highlighted the problems of the PPT clause, provided in Article 29(9) of the OECD Model Tax Convention ("*OECD-MC*"), and its interaction with domestic provisions.

Maisto clarified that PPT's scope may be greater than GAAR's scope ("*exclusive tax purpose*" or "*main tax purpose*"), may have the same scope ("*one of the main purposes*"); or may be stricter than GAAR's scope (e.g. sham).

The PPT reflects the guiding principle of "*object and purpose*" laid down in the Commentary to Article 1 of the OECD-MC (2003). According to this Commentary, "*the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions*" (para. 9.5).

Conversely, there is a scholarly debate on the interpretation of the notion of "*object and purpose*": (i) in the light of the treaty as a whole (preamble to the 2017 OECD-MC); or (ii) in the light of the specific relevant provision (distributive rule).

Maisto highlighted that there is also a discussion on whether the PPT prevent the application of domestic GAARs. In any case, proportionality of GAARs is required ("*contrary to object and purpose*"). For instance, the panelist brings the "*Example E*" of paragraph 182 of the Commentary to Article 29 of the OECD-MC.

This example deals with the acquisition of shares (1%) in order to access the benefits of Article 10(2)(a) OECD-MC (lower dividend WHT rate for 25% or more holding). In this situation, the OECD recognizes that, although one of the principal purposes relies on the benefit of Article 10(2)(a), the PPT clause would not apply "*because it may be established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of Article 10(2) a*". The "*object and purpose*" of the treaty prevents, therefore, the application of the PPT and domestic GAARs. Likewise, the treaty would prevail over a domestic SAAR (e.g. one-year minimum holding period).

Maisto discusses another question: does the PPT apply to cases already covered by treaty SAARs? This application would be possible if the fact patterns and behaviours are artificially put in place to escape the application of the SAAR and the granting of the benefit appears not to be in accordance with the object and purpose of the treaty.

In this context, the panelist dives into the consequences of applying the PPT clause, specifically whether another treaty benefit could be applicable. Pursuant to Maisto's position, the PPT must ensure the same domestic or treaty regime of alternative (non-abusive) transactions granted by the domestic GAAR. In other words, the PPT cannot prevent tax treaty relief otherwise applicable under the non-abusive transaction (e.g. 15% WTH rate on dividends). The OECD provides, in its Commentaries, the possibility to include an alternative provision "*discretionary relief*" that secures an alternative treaty benefit to the taxpayer whose transaction was blocked by the PPT clause (e.g. Brazil-UK tax treaty).

In this respect, Maisto presents a recent case ruled by a Canadian Court ("*Husky Energy Inc. v. The King*"). Interesting that such a case was not decided on the basis of the PPT clause or domestic GAAR, but on the beneficial ownership.

Before the payment of dividends by *Husky Energy Inc.* to its shareholders, two of its shareholders, companies resident in Barbados, transferred their shares to companies in Luxembourg under securities lending arrangements. Consequently, Husky only withheld dividend tax at a reduced rate of 5% under the Canada-Luxembourg tax treaty.

The Court concluded that the Luxemburgish company was not the beneficial owner of the dividends. In this sense, the Canadian domestic WHT (25% rate) would be applicable and the Canada-Barbados treaty's WHT relief (15%) was denied, since the Barbados' company was not the payee. However, Maisto points out that the PPT/BO condition should not prevent the application of the relevant treaty (*e.g.* Canada-Barbados treaty).

(Report) Transfer Pricing: Challenges in the Adoption of the OECD Standard

Audrei Okada Teixeira

Master's student of International Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).
Tax Lawyer in Sao Paulo, Brazil.

The second panel on the second day of the conference focused on the challenges surrounding Brazil's adoption of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) standards for Transfer Pricing (TP).

The panelists were:

- (i) André Dantas;
- (ii) Natalia Quiñones;
- (iii) Vivian Rodrigues;
- (iv) Luis Flávio Neto.

The panel was chaired by Mara Caramico and moderated by Audrei Okada Teixeira.

This panel took the form of a roundtable discussion, meaning no specific topics were assigned to individual panelists. Instead, each was invited to share their perspectives based on their academic and practical experiences. The discussion centered on the challenges taxpayers have faced, are facing, or are likely to face as Brazil adopts the OECD TP standards.

André Dantas

Professor André Dantas, who has extensively studied OECD guidelines for Transfer Pricing, also participated in a Federal Revenue Service study group focused on adopting these "OECD standard" rules in Brazil. Reflecting on this experience, he pointed out that many people fail to recognize that much of the profit shifting and base erosion occurs through transfer pricing mechanisms. Despite this, the OECD continues to advocate for an expensive, complex, and inefficient model of transfer pricing control based on the arm's length principle.

As Brazil aligns itself with international standards, Dantas foresees potential disagreements between Brazilian tax authorities and other jurisdictions regarding the application of the arm's length principle, which could lead to significant controversies.

Dantas, a professor of law at the Federal University of Pernambuco, also emphasized the lack of discussion about the theoretical underpinnings of the arm's length principle, both in Brazil and internationally. He cited Professor Souto Maior Borges, who suggested that any legal issue requires a deep exploration of the principles behind it. Dantas further critiqued the arm's length principle for

not respecting the logical rule of comparison—treating similar cases similarly and different cases differently. Additionally, he noted that it overlooks the benefits of economic integration within multinational enterprises (MNEs), which results in arbitrary taxation of such enterprises.

He also challenged the assumption that the arm's length principle ensures fiscal neutrality, arguing that its application distorts resource allocation and undermines the principle of fiscal neutrality. According to Dantas, the arm's length principle, while ostensibly promoting fiscal justice, is built on a flawed concept of equality.

Natalia Quiñones

Natalia Quiñones, who served as the head of international affairs at the Colombian tax administration until 2020, shared her experience with Colombia's adoption of OECD TP standards. Colombia introduced TP rules in 2002 and incorporated OECD guidelines into its legislation following the 2017 adoption of the BEPS Action 13 recommendations. Quiñones highlighted the challenges Colombia faced during this process, many of which are relevant to Brazil's current situation.

According to Quiñones, one major challenge, particularly for developing economies, is understanding the “value creation” paradigm - determining what creates value and how much value is added by each activity and jurisdiction. She pointed out that defining activities such as strategic decision-making or exercising “significant influence” is often subjective.

She also emphasized the complexity of certain discussions - such as hard-to-value intangibles, financial transactions, intra-group services, and implied guarantees - and the increased power given to local tax administrations to resolve these issues. Similarly, she noted that complex contractual arrangements (such as joint ventures, cost-sharing, and exclusive supply/distribution agreements) lack clear regulation, posing further challenges for TP rules.

Quiñones also reflected on Colombia's decision to adopt the OECD TP guidelines by incorporating them directly into regulations. While this was in line with the legality principle, she considered it a mistake, arguing that TP rules should maintain flexibility to adapt to a dynamic economic environment.

Another concern Quiñones raised was the risk of confiscatory penalties for non-reporting or misreporting information in Colombia, where collective revenue rights take precedence over individual property rights.

Regarding comparables, Quiñones suggested that transactions between related parties should not be analyzed in isolation, as doing so overlooks the synergies and unique decisions that benefit the entire group. To explain this concept, she used the metaphor of the human body: while a shot in the arm may cause temporary soreness, it enables the whole body to recover. Similarly, while one

transaction might seem unprofitable in isolation, it could be essential for the overall success of the group.

Vivian Rodrigues

Vivian Rodrigues, head of tax at a multinational company and a TP scholar, shared her company's experience with Brazil's new TP rules, which took effect on January 1st of this year. She expressed concern about how Brazil's tax administration will apply certain OECD concepts, such as "options realistically available" (ORA).

Rodrigues highlighted the challenges of explaining business strategies in the mandatory TP documentation, especially since business decisions are often driven by factors that are difficult to rationalize or predict. She used the example of SpaceX, where decisions made today based on current market conditions might be difficult to explain in the future. Additionally, the TP rules assume that every business strategy will succeed, an assumption that does not always hold true in reality.

She also raised concerns about the concept of "economically significant risks" as outlined in Article 14. Companies are free to take on certain risks, some of which cannot be mapped - political risks, for example. Subsidiaries often follow global decisions, and their role is to ensure these decisions make sense locally. Rodrigues suggested that, for some companies, compliance with the new TP rules is a formality, but the local team members may be required to provide explanation to tax authorities if disputes arise.

Another point Rodrigues emphasized was the challenge of explaining past business strategies in detail, especially when those strategies may no longer be relevant due to changing personnel or market conditions. She noted that functions, assets, and risks (FAR) evolve over time, making it difficult to provide the level of detail the tax authorities may require. Moreover, confidential strategies decided at the headquarters level are often hard to disclose.

Rodrigues concluded by expressing concern that the new TP rules might lead to more uncertainty and, consequently, more litigation in Brazil.

Luis Flávio Neto

Professor Luis Flávio Neto, an advisor on international taxation and a former counselor at CARF's Superior Chamber, recognized that Brazil has historically followed a simpler TP system. However, he encouraged the audience to look forward, not backward, as Brazil adopts OECD standards. Describing himself as a "hopeful realist," he expressed confidence that Brazil would overcome the challenges ahead.

Flávio highlighted the significant changes required, including updates to tax legislation, new administrative processes, and retraining of both tax authorities and companies.

Previously, TP analysis in Brazil, which relied on pre-determined margins, required minimal interaction with other jurisdictions. However, with the adoption of OECD standards, companies will now need to take global factors into account. He noted that while the tax administration is offering training courses for its professionals, it is crucial to build a local knowledge base. This includes developing technical articles and guidance in Portuguese to ensure that both tax authorities and companies are well-supported throughout the transition.

He also pointed out that the shift to international standards will require new expertise, technology, and processes within Brazil's tax administration. Additionally, Flávio emphasized the need for Brazil to develop a robust local database of comparables, both qualitative and quantitative, similar to the one used in the United States. Such a database is essential for accurate TP comparisons that reflect Brazil's market conditions.

Flávio concluded by acknowledging that the number of TP-related administrative and judicial cases may increase. To manage this, he suggested that specialists in TP should be involved in all such cases to ensure well-supported, technically sound resolutions.

Report: Transfer Pricing: “Options Realistically Available” and “Country Risk” and Other Controversies

Carolina Favrin Keri

Master’s student of International Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).
Post-graduated in Tax Law in PUC/SP. Tax Lawyer in São Paulo, Brazil.

The panel was focused on the challenges of implementation of OECD Rules to Transfer Pricing, by a practical application. The discussion was based in the Option Realistically Available (ORA), the country risks adjustments and other controversies, as effectiveness of the new transfer pricing rule over time.

The panel was moderated by Carolina Favrin Keri, chaired by Marcelo Vieira, and the panelists were Yariv Brauner, Luís Eduardo Schoueri, Renata Emery, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva and Gustavo Lian Haddad.

First, Marcelo Vieira initiated the panel contextualizing the concept of Option Realistically Available by the question “It would be possible to make a different decision for that operation? If positive, this different alternative would be more benefic if performed with a third part?” and presenting some issues involving it, as the subjectivity, evidence collection, time sensitivity and the legal related issues, mainly in the Brazilian normative system.

The first speech, provided by Yariv Brauner, presented the fundamentals of transfer pricing and the arm’s length that, in his opinion can not be considered as a principle, being an application standard.

Specifically, over the ORA, Brauner pointed the origin of the institute being from USA, establishing that for years it was not even mentioned by OECD with started using ORA from 2010. Also, the ORA was supposedly based on the most rational choice for business purposes, and intrinsically related to the economic choices only.

Brauner criticized ORA, considering that not all decisions of companies are rationally based on economic, and some enterprises need to take specific decisions considering the market, the future and the economic group as well. In addition, the panelist argued that, considering ORA, the companies need to demonstrate that the study was performed, and the best solution took place.

The panelist still presented two cases involving companies there have subsidiaries in Brazil as well, 3M and Coke, which had ORA Court discussions in USA, in which the arguments were based on limited to non-market transactions, focus on regulations and significant statutory interpretation issue.

Finally, Brauner affirmed that the purpose of transfer pricing is clear reflection of income, and the focus must be on the power of taxpayers to manipulate

prices based on foreign legal restrictions, highlighting that ORA has nothing to do with arm's length valuation.

In sequence, Luis Eduardo Schoueri, presented his speech, starting with a timeline of ORA, which concept started in 1993 in USA, was firstly mentioned by OECD in 1996, adopted by OECD in 2010 and obligatory for all methods from 2022 on.

Schoueri criticized the ORA, arguing that the institutions were created based only in the supposition that the rational man takes decisions only considering economic criteria's, disregarding the possibility of companies decide their operations and structured bases on the society well-being, for example.

To Schoueri, the main problem of ORA is its groundings, and it is also incompatible with the principle of legality, affecting the legal security, since it leads to the fiscal authorities the possibility to mischaracterize the operation and the transfer pricing study with no valid criteria.

The next panelist was Renata Emery. She started her presentation. She started her presentation pointing that ORA, regulated by Normative Instruction 2161/2023 allows the tax authorities to disregard or substitute the operations even when there is no fraud or simulation prove.

To the panelist, the ORA is not compatible with the Brazilian tax system, and is contrary to several principles, as economic freedom, contractual freedom, legal security, typicality and legality. It was also pointed that the ORA is highly subjective.

Emery affirmed that the ORA also is contrary to the Brazilian Supreme Court understanding, since it was already decided that an operation only can be disregarded based on fraud or simulation proof, being unconstitutional.

The next panelist was Fabiana Carsoni, whose speech focused on the country risk adjustments. Carsoni contextualized the application of the country risk levels as a part of the comparability analysis in the transfer pricing study, being used when there are no domestic comparables available.

The panelist demonstrated how the country risk levels are adopted in some countries as Australia (that avoids this type of adjustment), South Africa, Colombia and Mexico (which adopts this type of adjustment), Canada (that usually used comparables from USA, needing the adjustments).

Carsoni also pointed out that in Brazil usually it is adopted the EMBI+ (Emerging Markets Bond Index Plus) as the rate of country risk, elaborated by J.P. Morgan specialists.

Carsoni finalized her speech indicating that the use of the country risk rate can eliminate competitive advantages and its use is only indicated by the Brazilian tax authorities when it is necessary.

The last speech was performed by Gustavo Lian Haddad, that addressed other controversies regarding the Brazilian new transfer pricing rules application and transition, considering the old rules.

Haddad pointed the intertemporal law rules presented in the art. 9 of the Law 14.596/2023 which consider the day of the transaction carried out and the art. 73 of the Normative Instruction 2.161/2023, which determines that the rules are applicable to operations that produce subsequent effects.

Considering the intertemporal aspects, Haddad demonstrated two practical examples as (i) Interest expenses incurred after Law 14,596 came into force, but related to loans granted previously and (ii) Depreciation expenses incurred after Law 14,596 came into force, but related to previous imports for which the Resale Minus Method (PRL) was adopted by the taxpayer under the previous regime, considering the non-retroactivity due to the triggering event, legal positions consolidated under the protection of past law, Integrative effect of the legal certainty principle (knowability, reliability and calculability) and timing of the transfer pricing test vs. Timing of the effects on the tax basis.

Report: “Pillar 2: Developments and Challenges for Emerging Countries”

Belisa Ferreira Liotti

1. Introduction

The panel titled “Pillar 2: Developments and Challenges for Emerging Countries” explored the complexities and implications of the Global Anti-Base Erosion (GloBE) Rules under Pillar 2, with a particular focus on their impact on emerging economies. The discussion, featuring five presentations, covered a broad range of topics, including an overview of Pillar 2, the challenges related to book-tax conformity, the role of the Qualified Domestic Minimum Top-up Tax (QDMTT), the prohibition of collateral benefits under the GloBE Model Rules, and the practical challenges Brazilian taxpayers will face as Pillar 2 is implemented. This report summarizes the key discussions and insights provided by the speakers in the order of their presentations.

2. Overview of Pillar 2 and Brazil’s position

Claudia Lucia Pimentel Martins da Silva began the session by providing a comprehensive overview of Pillar 2’s global implementation. She highlighted that, as of 2024, 37 jurisdictions have already enacted the GloBE Rules, including significant players like the European Union, Canada, Japan, and Korea. The adoption is expected to expand further, over 20 more to follow in 2025.

The presentation emphasized that Pillar 2 is expected to impact 60% of multinational enterprise (MNE) groups in 2024 and up to 90% from 2025, mainly due to the potential introduction of the Undertaxed Profits Rule (UTPR). Moreover, it is projected that global low-tax profits will shrink from 36% to 7%, leading to an estimated tax revenue gain of between USD 155-192 billion annually. Brazil, as an emerging economy with a complex tax system, faces significant challenges in implementing these rules while safeguarding its competitive position in attracting foreign investment.

2.1. Impact on brazilian multinationals

Pimentel emphasized that the adoption of Pillar 2 has far-reaching consequences for Brazilian MNEs. Despite Brazil’s relatively high corporate tax rate of 34%, many Brazilian MNEs may face exposure to GloBE’s top-up tax due to the various tax incentives they benefit from, which can result in an effective tax rate below the GloBE-mandated 15%. Pimentel estimated that around 3,000 MNE groups operate in Brazil, with 84 of them being Brazilian-based groups, controlling approximately 8,000 constituent entities. These entities are already expe-

riencing the impact of Pillar 2 due to the introduction of the Income Inclusion Rule (IIR) in other countries. To address this, Brazil is prioritizing the introduction of the QDMTT, which will enable the country to retain tax revenues that would otherwise be collected through the IIR or the UTPR in other jurisdictions, thus protecting Brazil's tax base.

Pimentel also highlighted the technical challenges of integrating Pillar 2 into Brazil's existing tax system. Specifically, Brazil's Worldwide Income Tax regime outlined in Law No. 12,973/2014 (often referred to as the Brazilian Controlled Foreign Company (CFC) rules), already addresses many of the issues targeted by Pillar 2. In fact, Brazil's regime is broader than the GloBE Rules, subjecting foreign subsidiaries' profits to a 34% or 25% tax, compared to GloBE's 15% minimum. As a result, Brazil is currently evaluating whether the adoption of the GloBE framework would require revisions to its domestic regime to ensure alignment.

2.2. Tax incentives and Pillar 2

Additionally, Pimentel also discussed the impact of Pillar 2 on Brazil's tax incentives, which play a crucial role in attracting and retaining foreign investment. Brazil's tax system offers numerous incentives, particularly in the form of reduced rates or exemptions, many of which are now under scrutiny due to Pillar 2. According to the OECD, income-based tax incentives are more heavily impacted by Pillar 2 compared to expenditure-based incentives, which are linked to actual business expenses. This is particularly relevant for Brazil, where significant sectors of the economy benefit from income-based incentives that are at greater risk of being neutralized under the GloBE Rules.

For instance, Pimentel pointed to the PERSE program, which provides tax exemptions for certain industries. Under Pillar 2, such exemptions could result in an effective tax rate (ETR) below the 15% minimum, potentially triggering top-up taxes in other jurisdictions. As a result, Brazil must reassess the structure of its incentives to ensure that tax benefits aimed at promoting domestic growth are not eroded by foreign jurisdictions applying the GloBE Rules. Pimentel suggested that Brazil should consider reshaping its incentive programs by focusing on Qualified Refundable Tax Credits (QRTCs) and substance-based incentives – such as those tied to tangible asset investments and payroll costs – which are less affected by the GloBE framework. This approach would help preserve the competitiveness of Brazil's tax incentives while remaining compliant with international tax standards.

3. Challenges in book-tax conformity

Prof. Andrés Báez Moreno's presentation delved into the technical challenges of book-tax conformity under Pillar 2, especially for emerging economies.

3.1. Book-tax conformity and the GloBE Rules

One of the key challenges highlighted by Prof. Báez is the divergence between local Generally Accepted Accounting Principles (GAAP) and the international accounting standards, such as the International Financial Reporting Standards (IFRS), which form the basis for calculating the ETR under GloBE. Many emerging economies still rely on local GAAPs that may not fully conform to the standards required for Pillar 2 calculations. While these local standards are tailored to meet domestic needs, Pillar 2 compels MNEs to calculate their ETRs based on internationally recognized standards. This creates substantial operational challenges for countries like Brazil, where tax reporting systems are not fully harmonized with IFRS, thus complicating compliance with Pillar 2.

Prof. Báez further explained that the GloBE Rules introduce new requirements for calculating the ETR of MNEs based on consolidated financial statements. According to him, this requirement means that MNEs in emerging markets may have to maintain multiple sets of books to reconcile local and international standards. The need to compute ETRs based on consolidated accounts, adjusted for local tax rules, adds an extra layer of complexity for companies. Moreover, the discretion allowed in different accounting practices could lead to manipulation and discrepancies in tax reporting, thereby increasing the risk of disputes with tax authorities.

3.2. Impact on emerging markets

Prof. Báez emphasized that the pressure for emerging economies to conform their local GAAPs to IFRS will increase significantly under Pillar 2. Countries with their own distinct tax reporting standards are being forced to adapt their accounting rules, often shifting towards IFRS to meet the requirements of Pillar 2. This process can impose substantial administrative and financial burdens, and emerging countries may risk losing fiscal sovereignty, as reforms for Pillar 2 compliance primarily benefit large, capital-exporting nations.

Additionally, the transition to IFRS is likely to impose disproportionate compliance costs for MNEs in emerging countries, where local tax reporting systems are not yet fully modernized to meet international norms. Prof. Báez further observed that these book-tax conformity issues may also influence how MNEs structure their operations in emerging markets, as they must navigate the complexities of reconciling local standards with international norms, potentially reshaping their financial strategies and operational decisions.

In conclusion, Prof. Báez highlighted that while Pillar 2 offers a framework for global tax coordination, the challenges of book-tax conformity will disproportionately affect emerging economies. The pressure to adopt international standards like IFRS to maintain competitiveness in the global tax landscape could further strain their administrative systems and undermine their fiscal autonomy.

This could lead to situations where local companies are at a disadvantage compared to their international counterparts, as they grapple with new, unfamiliar accounting rules.

4. QDMTT and the proposal for a safe harbour

Ricardo André Galendi Júnior's presentation focused on the QDMTT and the proposal for a safe harbour mechanism to streamline its implementation for host jurisdictions. He underscored the importance of the QDMTT as a key component of Pillar 2, noting it allows host countries to impose their own minimum tax on domestic MNEs before foreign jurisdictions can apply IIRs or UTPRs.

4.1. The functions of the QDMTT

Galendi explained that the QDMTT serves two primary functions: an allocative function and a simplification function. The allocative function allows the jurisdiction to collect the top-up tax on domestic low-taxed entities before it is claimed by another jurisdiction under the IIR or UTPR. The simplification function aims to streamline the tax system and reduce administrative burdens by allowing countries to avoid implementing a major tax reform to meet the Pillar Two standards.

He argued that for the QDMTT to be a practical solution for preserving tax revenues and avoiding foreign top-up taxes, it should act as a “soak-up” tax, effectively “neutralizing” the application of the IIR and the UTPR by foreign jurisdictions, thereby safeguarding the host jurisdiction's tax base.

However, Galendi also cautioned that, in its current form under Pillar Two and the accompanying Administrative Guidance, the QDMTT does not fully function as a “soak-up” tax. One issue he highlighted is that the QDMTT requires charging on the total Jurisdictional Top-up Tax, which may exceed the amount of top-up tax that would be charged under the IIR by another jurisdiction. This could lead to distortions and create additional burdens for the host country, undermining the intended neutrality of the QDMTT.

4.2. Proposed safe harbour

Galendi argued that the QDMTT could serve as a protective measure for developing countries, provided its design remains simple, avoiding unnecessary complications in the tax system. While the Administrative Guidance of Pillar Two introduces a “QDMTT Safe Harbour”, it essentially provides a “seal of quality” to jurisdictions that implement a fully-fledged QDMTT, whereby the application of the IIR and UTPR by other countries is excluded (i.e. the top-up tax is deemed to be zero) if the QDMTT enacted meets certain conditions. However, Galendi pointed out that this approach places the entire administrative burden on host

jurisdictions, requiring them to handle the complexities of calculating the top-up tax and monitoring the compliance with the rules.

In response, Galendi proposed an alternative “safe harbour” mechanism, which would exempt taxpayers from further adjustments or incremental liabilities if the amount of QDMTT calculated is sufficient to neutralize the application of IIRs or UTPRs by other countries. He suggested that host jurisdictions could use the GloBE information return to verify whether the MNE group is subject to IIRs and UTPRs in other jurisdictions in relation to their domestic constituent entities. Such a mechanism could reduce the risk of double taxation, offer greater certainty to taxpayers, as well as streamline enforcement, particularly in developing countries that may struggle with the complexity of Pillar 2.

Galendi concluded by emphasizing the need for developing countries to take an active role in shaping the rules surrounding the QDMTT safe harbour to ensure that these rules are tailored to their specific needs and capacities.

5. The prohibition of collateral benefits in GloBE Model Rules

Prof. Daniel Gutmann provided a critical analysis of the prohibition of collateral benefits in the GloBE Rules and its implications for developing countries. He explained that Article 10 of the GloBE Model Rules prohibits jurisdictions that adopt a QDMTT from offering any collateral benefits that could undermine the primary goal of the QDMTT, which is to ensure that a top-up tax is effectively triggered in the low-tax jurisdiction. This restriction is also referred to as the No-Benefit Requirement (NBR).

5.1. Legal challenges for developing countries

Gutmann explored the justification for the NBR, which is rooted in the principle of good faith in international law. Under the Vienna Convention on the Law of Treaties, states are expected to act in good faith when implementing treaties, and the GloBE Rules import this concept to ensure that countries do not undermine the integrity of the global minimum tax by offering indirect compensations. In this context, the NBR stipulates that a country cannot levy a QDMTT while simultaneously providing benefits that would offset its effects, thus requiring countries to adhere to the spirit of Pillar 2 rather than finding ways to circumvent it.

However, Gutmann warned that the strict interpretation of the NBR could create challenges for countries that have entered into international investment agreements (IIAs), which often contain provisions protecting investors from unfavourable tax changes, which could conflict with the GloBE Rules. This creates a dilemma for developing countries, which may be tempted to offer compensatory benefits to maintain their attractiveness for foreign investment, while still complying with Pillar 2.

5.2. Should all collateral benefits be prohibited?

One of the key questions raised by Gutmann was whether all collateral benefits should be uniformly prohibited under the GloBE Rules. He argued that in some cases, particularly those involving IIAs, certain benefits might be justified. Gutmann explored three options for jurisdictions that have entered into IIAs: not implementing a QDMTT, implementing a QDMTT with exemptions for MNEs under IIA protection, or implementing a QDMTT without exemptions but offering compensatory benefits.

Gutmann concluded that while the prohibition of collateral benefits aims to prevent abuse of the QDMTT, it may need greater flexibility to account for the challenges faced by developing countries. He called for a clearer guidance on how the prohibition should be interpreted in the context of IIAs and other international agreements and suggested a more nuanced interpretation of the GloBE Rules to avoid penalizing countries trying to comply with both the GloBE framework and their international commitments, ensuring they are not unfairly disadvantaged in the global tax landscape.

6. Practical challenges for Brazilian taxpayers

Soraia Steffens concluded the panel by discussing the practical challenges Brazilian taxpayers will face as Pillar 2 is adopted. She noted that many Brazilian MNEs are not yet fully prepared for the global minimum tax, particularly regarding the collection and management of the vast amount of data required for compliance.

6.1. Readiness of Brazilian taxpayers

One of the key challenges highlighted by Steffens is the lack of readiness of Brazilian taxpayers to adapt to global minimum tax and comply with the new rules. Many Brazilian MNEs are not yet equipped with the necessary internal systems, controls, or expertise to meet the new reporting and compliance requirements.

Additionally, Steffens emphasized the need for Brazilian taxpayers to enhance their understanding of Pillar 2 rules and the broader implications for tax planning and strategy. She stressed that companies will need to make substantial investments in training their staff and upgrading their systems to ensure compliance with the new global tax framework.

6.2. Compliance costs and timelines

Steffens pointed out that implementing Pillar 2 will require substantial investments in information systems and internal governance controls. Companies will need to update their IT systems to manage the complexity of calculating top-up taxes and generating reports for authorities. Moreover, MNEs will need to

gather and manage a wide range of data, including financial accounts, tax data, and operational information from abroad, in order to accurately assess their tax liabilities. This complexity is likely to lead to a greater reliance on external consultants and significantly raise compliance costs.

Finally, Steffens warned that the timeline for implementation poses a significant challenge. Many Brazilian taxpayers will need to adapt quickly to the new rules, while also dealing with ongoing reforms in transfer pricing and the broader tax reform agenda in Brazil.

7. Conclusion

The panel on “Pilar 2: Developments and Challenges for Emerging Countries” provided a comprehensive overview of the challenges and opportunities posed by the GloBE rules for Brazil and other emerging markets. Each presenter shared valuable insights into how Brazil and similar economies can address these challenges while highlighting the need for significant adjustments to accommodate the unique circumstances faced by emerging markets.

Report: “International Taxation on-Demand: Q&A”

Diogo Olm Ferreira
Lucas Lobo

At the conclusion of the second day of the X Brazilian Congress on International Tax Law, the authors of this brief report had the opportunity to act as moderators for a debate among several prominent figures in the field of International Tax Law, namely Audrei Okada Teixeira, Belisa Ferreira Liotti, Carolina Favrin Keri, Cláudia Pimentel, Leonardo Aguirra de Andrade, Leonardo Pignatari, Matheus Calicchio and Roberto Codorniz.

The panel, titled “International Taxation on-Demand: Q&A,” sought to discuss topics covered in previous panels, namely: (i) conflict resolution related to the concurrent application of specific anti-avoidance rules (SAARs) and general anti-avoidance rules (GAARs) in the context of “double tax conventions” (DTC), (ii) the outcomes arising from Brazil’s new transfer pricing rules, and (iii) controversies surrounding the potential adoption of Pillar 2 in Brazil. The debates were based on questions submitted by the audience during the previous panels and selected by the moderators. A summarized version of these questions will be presented below, alongside insights into the debates that were carried by the panelists mentioned above.

It is important to note that the following report, due to space constraints, does not represent a full transcription of the responses provided by the panelists, nor does it exhaust the content of the discussions presented. This report is merely a summary of what was debated during the panel, serving as a partial record of topics that are highly relevant to contemporary international tax law. Readers will certainly find a more in-depth analysis of the issues briefly addressed below in the individual contributions of the participants in this panel included in this work.

1. Double tax conventions: SAARs and GAARs

Selected question: *if a taxpayer complies with the SAAR provided in the treaty, can the benefits still be denied based on the PPT? Furthermore, if the PPT does not apply, can the domestic GAAR still be invoked?*

Leonardo Pignatari highlights significant doctrinal divergence on this matter. However, he argues that clarifying the OECD’s position is crucial. The OECD maintains that domestic GAARs do not conflict with DTCs, although this does not imply unrestricted application. The application of GAARs must comply with the provisions of the DTC. A possible issue may arise when different contracting states classify the same amount differently. In such cases, as Pignatari points out,

the question is whether or not should the source state's interpretation prevail. This question remains subject to ongoing doctrinal debates.

If the PPT is applied, do taxpayers retain access to other tax benefits under the DTCs? Discretionary relief addresses this by ensuring that the denial of one benefit under the PPT does not preclude access to other benefits. However, if a DTC lacks a discretionary relief clause, can the PPT still deny treaty benefits entirely? This could lead to double taxation or make the PPT more punitive. Even when a taxpayer structures their affairs in compliance with SAAR, there is still disagreement about whether the PPT could apply. Pignatari argues that the PPT could be invoked when the taxpayer abuses the LOB provisions. It is essential that anti-abuse clauses remain within the scope of the DTC to avoid conflicts in qualification.

2. Transfer pricing

Selected question: *during parts of the debate, criticisms were raised against the arm's length principle. What alternatives to this model currently exist?*

Regarding the arm's length principle, Claudia Pimentel argues that Brazil's former TP rules were based on more objective standards, even though they differed from the OECD guidelines. Since the adoption of such guidelines by Brazilian Tax Law, local companies are now able to perform the same transfer pricing calculations as companies in other countries, thereby reducing costs, complexity, and the risk of double taxation or double non-taxation. A model with international adherence and stability is likely the preferred option, given that this is the choice of the majority of countries—and now Brazil has joined them.

Roberto Codorniz, on the other hand, acknowledges that while Brazil needs to adopt a globally recognized standard, the criticisms of the arm's length principle primarily arise in the context of the digital economy. Although global formula apportionment may be ideal, it is not feasible, as such rules could create conflicts between countries over profit margins and violate treaties where the arm's length principle is enshrined.

Selected question: *considering Brazil's convergence to the OECD transfer pricing model, what is expected to happen with the current Brazilian thin capitalization rules?*

Regarding thin capitalization rules, Matheus Calicchio notes that expectations for significant changes in these rules are low, as Brazil's new transfer pricing (TP) rules made few alterations to the core thin cap provisions. The issue is that Brazil's thin cap law is outdated, being based on an old context that no longer reflects current international standards. Thin cap rules, initially designed as anti-abuse measures, have now become somewhat disproportionate, while the new TP rules are more sophisticated and aligned with market practices. Specific TP rules allow the reclassification of debt into equity, achieving the same goal as thin

cap rules. While thin cap rules are simpler, they can be overly harsh, whereas TP rules, though more complex, are more proportionate.

Selected question: *does the application of ORA imply an analogical taxation that conflicts with article 108, paragraph 1, of the National Tax Code (CTN)? What are the risks of indiscriminate ORA adoption, and what are possible parameters for its control?*

Regarding the application of ORA, Roberto Codorniz explains that analogy serves as a tool for eliminating gaps, based on principles of coherence and equality. However, this does not apply to ORAs, as they are already part of the TP rules. ORA introduces a double level of indeterminacy: it is based on a standard of rational action, which is itself an indeterminate concept. While ORA does not constitute analogical taxation, its application must be approached with caution to avoid the risk of multiple taxation. According to OECD guidelines, the benchmark will always be what independent third parties would have done. ORA should be applied only when it is the clearly more advantageous option.

Claudia Pimentel concurs, noting that ORA should be used with great caution and only in exceptional situations to ensure the proper application of the arm's length principle. The Brazilian tax authority (RFB) intends to provide guidance by including examples in future TP regulations to provide clarity for taxpayers.

Selected question: *what are the obligations for Brazilian companies to submit a master file when all transactions are conducted with tax havens?*

Carolina Kery explains that the master file provides information about multinational groups. Therefore, if a company does not belong to a multinational group, it should not have information to fill in the master file. Many taxpayers' concerns stem from the severe penalties for failure to submit or for submitting an incomplete master file. In Kery's view, there is no reason for a company that is not part of a multinational group to prepare this document. A separate question arises regarding smaller operations, which are not required to submit a master file but are still subject to TP controls—what documentation should these entities provide to comply with TP regulations?

Regarding tax havens, Claudia Pimentel agrees with the concerns about whether companies dealing with tax havens are, in fact, related parties. If they are unrelated, Brazilian companies may not have access to sufficient information to complete the master file. However, Pimentel points out that there are provisions in Brazilian legislation that could simplify tax compliance in these cases.

3. Pillar 2

Selected question: *if Pillar 2 guidelines are adopted in Brazil, would the universal taxation regime ("TBU") established by Law No. 12,973/2014 need to be adjusted? If these rules are preserved under Brazilian Tax Law, could it still be considered a CFC?*

According to Belissa Liotti, it is evident that the objective of Pillar 2 does not align precisely with Brazil's TBU rules. However, there is a possibility that these rules will overlap if Brazil adopts Pillar 2. TBU is broader in scope than Pillar 2, and their calculation methods differ, which could lead to double application. While TBU is more comprehensive, Pillar 2 may address issues not covered by TBU. This raises the question of whether Brazil should maintain two complex sets of rules for similar situations. Pillar 2 presents an opportunity for Brazil to review its TBU rules and potentially adopt a framework more aligned with international CFC (Controlled Foreign Corporation) standards. Misalignment between these rules not only creates complexity but can also result in double taxation. The debate about whether the Brazilian TBU regime qualifies as a CFC rule could also spark conflicts, as other countries may not recognize Brazil's interpretation.

Selected question: *how will tax benefits be treated in the scenario where Brazil adopts Pillar 2 based rules?*

Regarding tax benefits under Pillar 2, Audrei Okada emphasizes that analyzing this issue requires reflection on Brazil's long-term objectives as a country. Pillar 2 will introduce situations where tax benefits will be factored into the effective tax rate calculation—either in the numerator or denominator. To ensure that tax benefits are considered “qualified refundable tax credits,” certain conditions must be met. Brazil must first decide what tax benefits it wishes to maintain while ensuring they meet the qualifications to avoid an increase in the global top-up tax.

Leonardo Aguirra adds that Pillar 2 forces Brazil to reassess its tax benefit framework. Companies subject to Pillar 2 might lose the advantages of certain tax benefits currently enjoyed. In response, rather than taxing, Brazil should issue qualified tax credits, which could significantly impact the overall tax burden. The definition of a “qualified refundable tax credit” presents several challenges—for example, the requirement for a time limit of four years, which may not align with many Brazilian practices that often extend beyond this limit. Moreover, loopholes may arise when credits do not qualify as refundable under the legislation. Without sufficient protection for companies, a higher top-up tax could be imposed, placing Brazil outside the global Pillar 2 framework. New internal legislation is needed to address these issues and provide clarity.

Proceedings Report of the IBDT – X International Tax Law Congress IBDT/USP

Flávio Basile

Panel: International Taxation and Sustainability: Sin Taxes and Carbon Taxes
3rd Day of Congress, September 13, 2024, 1st Panel, 8:15 AM to 10:00 AM

1. General Aspects

The 1st Panel on September 13, 2024, focused on “international taxation and sustainability.” The topics covered by each speaker and the order of the presentations were as follows:

- (i) Allison Christians: Shifting Environmental and Social Costs through Taxation;
- (ii) Tatiana Falcão: A Climate Agreement to Tax Carbon: A Multilateral Carbon Tax Treaty (MCTT);
- (iii) João Dácio Rolim: International Obligation of States for Regulatory Measures (tax and non-tax) for the Protection of the Environment and Health;
- (iv) José Maria Arruda de Andrade: Fiscal Challenges of Environmental Selective Taxation in Brazil;
- (v) Tathiane Piscitelli: Environmental taxation in international context and the contradictions of Brazilian tax reform;
- (vi) Paula Rodrigues Carvalho: Tax benefits linked to the achievement of ESG goals.

2. Allison Christians

Allison Christians began her presentation with a general contextualization of sin taxes. She elucidated that public policy makers advocate for the institution of sin taxes because this type of tax discourages behaviors that are socially costly to public health and social welfare, generates revenue for the states, and ensures that the person engaging in harmful behavior bears the associated costs.

Allison Christians pointed out that there are several challenges and debates regarding taxation and sustainability, such as issues of equality (different impacts on different income groups and nations) and effectiveness (measuring the impact on reducing emissions and promoting sustainability).

Subsequently, the Professor presented her proposal and research object¹, which, contrary to carbon taxes or excise taxes, is to tax, through income tax and

¹ Christians, Allison and Diniz Magalhães, Tarcísio, The Case for Taxing Away Unsustainable

in the context of transfer pricing, the portion of companies' profits associated with cost reductions resulting from practices harmful to the environment and social welfare (such as unsustainable practices, pollution, degrading working conditions etc.), which are externalized to society. The Professor treats this portion of profit resulting from unsustainable and environmentally harmful practices as windfall profits.

In this sense, windfall profits would be measured through "life cycle assessment," a method that prices what the sustainable production cost of goods and services would be and, consequently, identifies which costs resulting from practices harmful to society and the environment lead to unsustainable reductions in production costs. The Professor then proposes that, within the scope of transfer pricing, the arm's length price and, consequently, the tax base for income tax, be increased considering the difference between the price of the transferred good or service and the price that would be practiced if that same good or service were produced sustainably.

Subsequently, Allison Christians presented the pros and cons of her proposal. As pros, the fact that the proposal is suitable for the current income tax system, requiring no significant legislative changes, and is technically feasible. As cons, the fact that the proposal goes against the trend of excise taxes and adds more complexity to an already complex system.

3. Tatiana Falcão

Tatiana Falcão discussed her proposal for a Multilateral Carbon Tax Treaty (MCTT)² and clarified that the main reasons for implementing the MCTT are as follows: creating a closed taxation system where members can benefit from a level playing field in carbon taxation; a proposal based on an existing political consensus; alignment with the goals of the Paris Agreement; use of Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) metrics and assumptions; and rate adjustments according to United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) cycles.

Additionally, Tatiana Falcão elucidated that the scope of the MCTT includes the main rule, which provides for the taxation of carbon contained in fossil fuels or their by-products; optional articles regarding navigation, aviation, and fishing; and the scope for expansion, such as the taxation of CO₂, plastic, and biofuels.

Finally, Tatiana Falcão explained that the MCTT provides a preemptive rule for carbon taxation, which stipulates that taxation should preferably occur at the extraction level of fossil fuels (extractive industry); a secondary allocation, where

Profits (March 24, 2021). *George Washington Law Review*, Vol. 91, No. 3 (June 2023), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3811709> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3811709>.

² Falcão, Tatiana (2024). Multilateral Carbon Tax Treaty (MCTT). the Institute of Development Studies and partner organisations. Online resource. <https://hdl.handle.net/20.500.12413/18294>.

taxation occurs at the refining stage of the raw material (refining or processing facility); and a tertiary allocation, where taxation occurs at the importation of already industrialized fuels (importer/distributor). Additionally, the MCTT includes an internal border carbon adjustment mechanism, which allows the country consuming the fossil fuel to apply a top-up tax on the transaction if there is a difference greater than 10% between the effective rate applied at the extraction stage and that applied at the processing or consumption stages of the fossil fuel.

4. João Dácio Rolim

João Dácio Rolim addressed the protection of the environment as an international human right and the obligation of states to protect it under international public law. To illustrate this, the Professor presented four precedents of international organizations.

The first precedent was Opinion OC-23/17, dated November 15, 2017, from the Inter-American Court of Human Rights, prepared at the request of Colombia, which recognized the obligations of states regarding the environment in the context of protecting and guaranteeing the rights to life and personal integrity.

The second precedent was the case *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, dated April 9, 2024, in which the European Court of Human Rights recognized environmental protection as a human right derived from the right to respect for private and family life.

The third precedent was Communication 3.624/2019 (*Daniel Billy et al. v. Australia; “Torres Strait Islanders case”*), dated July 21, 2022, in which the United Nations Human Rights Committee, interpreting the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, stated that environmental protection originates from the right to life and the right to family life.

The fourth precedent was United Nations General Assembly Resolution 76/300, dated July 28, 2022, which recognized the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right.

Finally, João Dácio Rolim discussed the types of carbon emission markets, specifically the Emissions Trading Market and the Voluntary Market; their importance for environmental protection; and the level of obligation of states to implement such measures.

5. José Maria Arruda de Andrade

José Maria Arruda de Andrade discussed the Imposto Seletivo (“Selective Tax”), recently instituted as part of the Brazilian tax reform (Constitutional Amendment or EC 132/2023), which will come into effect in January 2027 and will, in practice, replace the Tax on Industrialized Products (IPI).

The Professor demonstrated that only three mineral resources will be taxed by the Selective Tax: iron, natural gas, and oil, with the potential impact of these

measures being a 0.25% increase in the price of these resources. Additionally, José Maria Arruda de Andrade criticized the fact that the Selective Tax will not generate new tax revenues and that the revenues from the tax are not directly allocated to achieving environmental goals.

Finally, the Professor emphasized that economic policies should go beyond tax instruments, which are not sufficient for environmental protection and are often accompanied by non-transparent budgetary practices.

6. Tathiane Piscitelli

Tathiane Piscitelli also addressed the topic of Brazilian tax reform and the institution of the Imposto Seletivo (“Selective Tax”), the Imposto sobre Bens e Serviços (“Tax on Goods and Services” – “IBS”), and the Contribuição sobre Bens e Serviços (“Contribution on Goods and Services” – “CBS”) as instruments for environmental protection.

The Professor presented the constitutional basis of the Selective Tax and the respective bill that will regulate it (Bill or PLP 68/2024) and demonstrated that Article 406, § 1, of PLP 68/2024, favors the taxation of polluting equipment, such as boats and aircraft, rather than fossil fuels themselves.

Additionally, the Professor showed that Article 133 of Bill or PLP 68/2024 included environmentally harmful agricultural inputs, such as fertilizers and pesticides, in the list of products subject to a 60% reduced rate of IBS and CBS, which represent subsidies that contradict the commitment to environmental protection.

In the context of taxing agricultural inputs, Tathiane Piscitelli referenced the tax policy implemented by Denmark, which provides for differentiated rates according to the level of harmfulness of the pesticide, resulting in a significant increase in the price of harmful products and, consequently, a reduction in their consumption by farmers³. In this sense, the Professor suggests that a similar possibility be provided in the regulation of the Brazilian tax reform to allow for differentiated rates of IBS and CBS on environmentally harmful agricultural inputs.

7. Paula Rodrigues Carvalho

Paula Rodrigues Carvalho discussed the tax benefits linked to achieving ESG goals. She initially clarified that ESG policies are initiatives aimed at implementing practices focused on protecting the environment, health, and society within companies. She also demonstrated that only 25 Brazilian companies have adhered to the Global Pact for Environment initiatives and that 77% of companies

³ Helle Ørsted Nielsen, Maria Theresia Hedegaard Konrad, Anders Branth Pedersen, Steen Gyldenkerne, Ex-post evaluation of the Danish pesticide tax: A novel and effective tax design, Land Use Policy, Volume 126, 2023, 106549, ISSN 0264-8377, <https://doi.org/10.1016/j.landuse-pol.2023.106549>.

consider government support essential for implementing ESG policies, given the high associated costs.

Paula Rodrigues also highlighted the provisions in the Brazilian Federal Constitution and legislation, which include the right to an ecologically balanced environment and the imposition of taxes on activities harmful to the environment (such as the IPI, CIDE-Fuel, and the Selective Tax).

Finally, the speaker demonstrated the importance of granting tax benefits to companies for achieving ESG goals. In this context, she explained that there are already several tax benefits provided in the Brazilian legal framework to stimulate environmental protection, such as the reduction of ICMS (Brazilian VAT) on the sale of electric cars, the exclusion of environmental preservation areas from the calculation base of the Rural Land Tax (ITR), and the possibility of taking IBS and CBS credits on green technology expenses, among others.

Report – OECD and UN Commentaries and Guidelines: Relevance and Controversies

Guilherme Galdino

PhD candidate in Tax Law, M. Sc. in Tax Law and Bachelor of Laws at the Faculty of Law of the University of São Paulo (FDUSP). Lawyer in São Paulo.

The second panel on the third day of the Congress investigated the relevance of the OECD and UN Commentaries and Guidelines, with a focus on recent controversies. A general issue touching almost any topic of International Taxation, this subject seems mandatory in a scientific program that intends to be exhaustive and, at the same time, comprehensive. Discussions on the importance of the OECD and UN Commentaries and Guidelines delve into their role in interpreting both Double Taxation Conventions (DTCs) and domestic law – in the latter case, for transfer pricing purposes. The question to be answered is whether they are sources of law and, if so, how binding they are and what is their legal status when compared to other sources of law.

Following the order of presentations, the panelists were Michael Lang, Misabel Abreu Machado Derzi, Humberto Bergmann Ávila, Fernanda Menezes Pereira, and Clara Gomes Moreira. The panel was chaired by Clara Gomes Moreira and moderated by Guilherme Galdino.

Prof. Lang presented the relevance of the OECD and UN Commentaries for the interpretation of DTCs. He pointed out that the conclusion may depend on several conditions, such as if the relevant DTC followed the Model, or if the Contracting States have made any observations or reservations. According to Prof. Lang, the incorporation of provisions from the Model into the DTC would lead to more legal certainty, allowing the use of the Commentaries as means of interpretation, along with the relevant academic literature and case law. The panelist argued, though, that the Commentaries on Models published after the conclusion of a DTC should not be taken into account as “subsequent agreement” between Contracting States, nor as “subsequent practice” in the application of DTCs, under Article 31(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT). Prof. Lang presented several arguments to that effect, as the lack of power of representatives of the member states, who would act in the sole capacity of authorities from the tax administration. Since the VCLT and DTCs are both treaties, Prof. Lang also addressed the relevance of Article 3(2) of the Model Conventions. Comparing the meaning of “context” in this provision and in Article 31 of the VCLT, he concluded that the former is broader than the latter, but not broad enough to cover subsequent actions within its scope. Looking ahead, Prof. Lang was hopeful that the OECD and UN could change their current practice, and provide detailed reasoning about amendments made to the Commentaries.

Prof. Derzi focused on the interpretation of Article 3(2) of the Model Conventions. According to Prof. Derzi, this provision would establish a preference order of definitions. First, the interpreter should follow the definitions expressly contained in DTCs. Second, the interpreter should follow the relevant context, or the definition obtained by a mutual agreement. Third, the interpreter should observe the current domestic definition provided by the tax law related to the taxes covered by the DTC. Fourth, the interpreter should consider the current domestic definition broadly provided by the tax law (including taxes not covered by the DTC). Fifth, the interpreter should investigate the domestic definition presented by non-tax law. Prof. Derzi argued for a broad interpretation of the term “law” of Article 3(2) of the Model Conventions, since it would encompass any legislation. Thus, the remittance to the domestic “law” would also include domestic definitions established by regulations. From a Constitutional perspective, Prof. Derzi held the position that the adoption of a domestic definition set forth by a regulation could not place the taxpayer in a more burdensome position. This reasoning would also be in accordance with the role of DTCs, which would only limit the taxing jurisdiction of Contracting States.

Prof. Ávila considered the relevance of OECD and UN Commentaries, Guidelines and Reports, from a legal theoretical perspective. The panelist made several observations related to the academic literature on International Taxation, arguing that part of it would consider different perspectives, without any clear distinguishing by the relevant scholars. According to Prof. Ávila, certain literature would mix up the following binomials: *lege lata* versus *lege ferenda*; natural world (*is*) versus the legal world (*ought*); beliefs versus reasons; and context of discovery versus context of justification. He also argued that commentaries, guidelines and reports only amount to soft law, derived by the representatives of the Executive Branch of member states.

Prof. Pereira presented some key issues discussed in her work during the OECD membership process attempted by the late Brazilian government. In addition to taxation of technical services, Prof. Pereira reported that the adherence to transfer pricing rules was a crucial topic. Considering the enactment of Law No. 14,693 in 2023, and the publication of the Normative Ruling (*Instrução Normativa*) No. 2,161 in 2023, the accession would become smoother. As pointed out by Prof. Pereira, Brazilian alignment with the OECD Guidelines on Transfer Pricing would allow a more effective compliance with Brazilian DTCs. The panelist stated that the alignment likewise favors the Brazilian signature of the BEPS Multilateral Instrument. The need of capacity building among tax authorities to apply the new rules was also emphasized. Prof. Pereira addressed Article 1(4) of the Normative Ruling No. 2,161/2023, which constitutes the OECD Guidelines as a subsidiary source for the interpretation and integration of transfer pricing rules, except if they are contrary or inconsistent with Law No. 14,693/2023 or with the very

Normative Ruling No. 2,161/2023. Prof. Pereira mentioned that such a remittance might be contrary to the rule-of-law established by the Brazilian Constitution.

Finally, Prof. Moreira presented another hot topic in Brazil: the interpretation of treaty protocols including income from technical services and technical assistance within Article 12 (royalties). As many Brazilian DTCs have a protocol provision on this matter, doubt arises on the qualification of technical services without transfer of technology. Although the wording of such provisions is not all equivalent – as pointed out by Prof. Moreira –, one discusses whether these services are subject to Article 12 (royalties), as argued by Brazilian tax authorities, or to Article 14 (independent services), or Article 7 (business profits), depending on the DTC, as argued by taxpayers. The Brazilian Superior Court of Justice (STJ) is likely to decide this issue soon under the Repetitive Appeal Mechanism, in which multiple appeals dealing with the same matter of law are decided with a binding effect on lower courts.

The relevance of OECD and UN Commentaries and Guidelines is – as described by Prof. Lang – an “evergreen” issue in International Taxation. Besides dealing with case law on the relevance of OECD and UN Commentaries, Brazilian tax practice will face the relevance of OECD Guidelines on Transfer Pricing, given the mentioned Normative Ruling No. 2,161/2023. The STJ will also decide the meaning of provisions on technical services in protocols of Brazilian DTCs. If Brazil becomes an OECD member, OECD Commentaries may play a different role in Brazilian decisions on international taxation.

Report: Taxation of Wealth: International Mobility, Offshore Entities, and Trusts Abroad

Fernanda Botinha Nascimento

Master's candidate in Comparative Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).
Tax lawyer at Araújo Policastro Advogados.

The panel took place in the beautiful Noble Hall of the University of São Paulo Law School and opened the afternoon debates of the third day of the Congress.

It was chaired by Tatiana Midori Migiyama (Fipecafi/IBDT/IBMEC, Brazil), moderated by Fernanda Botinha Nascimento and composed by the following panelists: (i) Ricardo Mariz (IBDT, Brazil); (ii) Lukasz Stankiewicz (Jean Moulin Lyon III, Paris I Panthéon Sorbonne and Aix-Marseille Universities, France / Brooklyn Law School, USA / East Anglia University, UK / Szeged University, Hungary / National University, Laos / USP/IBDT, Brazil); (iii) Isabel Calich (IBDT, Brazil); and (iv) Rodrigo Maito (IBDT, Brazil).

The panel was divided into two rounds of debates which focused, respectively, on the domestic taxation of trusts abroad and the pros and cons related to the imposition of a wealth tax.

In the first round of debates, Professor Ricardo was requested by the moderator to discuss the controversies and challenges posed by Brazil's domestic law in imposing legal consequences stemming from foreign trusts when involving residents of the country. Right after the presentation of his conclusions, Professor Lukasz was also invited to elucidate the audience about France's experience with taxing foreign trusts and how complex it is to apply the tax system of a 'civil law country' to this contractual structure.

The second round of debates, by its turn, began with the invitation for Professor Isabel and Professor Rodrigo to discuss the taxation of large fortunes — such a heated topic nowadays, especially following Brazil's 2024 proposal, during its G20 presidency, to create a global minimum tax on fortunes to finance the fight against climate change and extreme poverty. This second round of discussions was also enriched by a new contribution from Professor Lukasz, who was requested to explain, from the perspective of French comparative law, how wealth is taxed in that country and the controversies faced thereby.

After the panel was opened by the Chair, Tatiana, Fernanda addressed Professor Ricardo, stating that exactly nine months ago, Law No. 14,754/23 was enacted, aiming to regulate the taxation of Brazilian residents on assets held abroad. The moderator acknowledged that this legislation became the first in the country to attribute legal consequences to trusts established abroad when involving individuals residing in Brazil and that the new law would likely face various tests in

Brazilian courts, requesting Professor Ricardo to clarify what types of controversies he foresees shall be raised by legal practitioners regarding this matter.

In his presentation, Professor Ricardo clarified that the enactment of Law No. 14,754 on December 12, 2023, marked a significant milestone in Brazil, as it became the first formal legal framework governing the implications of foreign trusts involving Brazilian residents. Prior to this law, foreign trusts were largely unregulated within the Brazilian legal system, leaving participants, such as settlers, trustees, and beneficiaries, in a state of legal uncertainty. Trusts were generally governed by foreign jurisdictions, with Brazilian courts applying principles of private international law when necessary.

He also mentioned that the Hague Convention on Trusts, though not ratified by Brazil, provided useful definitions and guidance for understanding the trust structure and that Law No. 14,754 aligns with the Hague Convention by formally defining trusts and key roles such as settlor, trustee, and beneficiaries, while adapting the trust concept to the Brazilian legal framework.

The law determines that, for its purposes, assets under a foreign trust remain under the ownership of the settlor until distributed to beneficiaries. Such transfers are treated as donations during the settlor's lifetime or as succession transfers upon the settlor's death, triggering tax obligations under the Brazilian Tax Code ('ITCMD' for inheritance and donations, and 'IRPF' for individual's income tax).

Nevertheless, he raised several tax issues related to trusts, particularly concerning income tax on trust earnings, for example, by criticizing the law's assumption that trust assets remain the settlor's property for tax purposes, arguing that this conflicts with the actual legal nature of the trustee's ownership. Additionally, he raised constitutional concerns about the taxation of trust income when it has not been effectively transferred to the settlor, as Brazilian tax law mandates that tax obligations arise only when income becomes available to the taxpayer. Still on this issue, he reminded that the law requires Brazilian residents to include the income and capital gains of the trust as part of their taxable base under IRPF, even if the income has not yet been distributed to them.

Professor Ricardo also addressed the moderator's provocation, anticipating potential judicial challenges to the law's provisions, particularly those related to income tax and the retroactive effect of certain legal requirements, which may be deemed unconstitutional.

In conclusion, he sustained that Law No. 14,754 represents a significant development in Brazilian legal and tax treatment of foreign trusts, providing much-needed clarity for individuals involved in such structures. However, the law raises several critical issues, particularly regarding its tax provisions and potential constitutional conflicts, reason why the law's dual treatment of tax and private law matters, though innovative, may require further refinement to avoid conflicts with constitutional principles and international tax obligations.

The moderator then addressed Professor Lukasz, noting that for at least 13 years, since France made it mandatory for its residents to declare foreign trusts, the country has been grappling with debates regarding the consistency of its domestic legislation concerning the tax effects attributed to foreign trusts. She then asked Professor Lukasz to share France's experience over the past years and to highlight the main points of controversy being debated in the country on this matter.

Professor Lukasz highlighted the difficulties France has faced in applying its civil law tax system to foreign trusts. He reminded that trusts cannot be created under French law, yet their effects are recognized when involving French residents as settlors or beneficiaries.

In his presentation, Professor Lukasz explained that since the enactment of Article 14 of the Amending Finance Act in 2011, significant reforms were introduced, focusing on inheritance, gift taxes, and wealth tax, along with mandatory trust reporting obligations, though it would be misleading to say that it coherently reformed the way France taxes foreign trusts in general.

Establishing a parallel with the questions raised by Professor Ricardo, he clarified that the legal treatment of trusts for tax purposes in France also often ignores their inherent complexities, quoting an excerpt of Professor Jean-Pierre Le Gall comments over the 2011 Act in which he states that it creates a "stereotyped and artificial" version of trusts in French law.

He also mentioned that trusts are treated under an "entity approach," especially for income tax purposes. For example, income distributions from a trust are taxed as dividends, regardless of the actual source of income, which is generally favorable given the flat 30% tax rate since 2018.

The law also introduced a specific "CFC-kind" rule for individuals aiming to tax French residents on undistributed income, including those accumulated in foreign trusts enjoying any tax advantage – which in practical terms means paying less than 60% of the tax that would have been paid in France on the same income.

However, Professor Lukasz emphasized the 2011 law's major impact was on inheritance and gift taxes, where the concept of "legal" and "beneficial" ownership posed challenges. Prior to 2011, French law struggled to tax trusts consistently, especially irrevocable trusts. The new law implemented a "transparency" approach, whereby trust assets remain attributed to the settlor for tax purposes. At the settlor's death, even if assets remain in the trust, a new taxable event is triggered, ensuring that each generation is taxed.

For wealth tax purposes, he mentioned that the law also attributes trust assets to the settlor or "deemed settlor," even if they no longer have control over the assets. He also mentioned that 2017 Constitutional Court ruling upheld this taxation but allowed taxpayers to prove they do not benefit from the assets – a nearly impossible task due to stringent requirements (as reminded by him, the Court

held it cannot result exclusively from the irrevocable or discretionary nature of the trust).

He also observed that the mandatory reporting obligations established in 2011 are stringent, requiring trustees to report any connection to France, with penalties reaching €20,000 for non-compliance.

Finally, Professor Lukasz concluded by highlighting the broader issues with applying civil law tax frameworks to foreign trusts, citing ongoing constitutional debates and legal challenges surrounding France's approach, which was largely in line with the questions raised earlier by Professor Ricardo.

After formalizing the conclusion of the first round of debates, the moderator introduced the topic of Wealth Taxation, now addressing Professors Isabel and Rodrigo, who had prepared a joint presentation over the matter.

Fernanda noted that, although the taxation of large fortunes is foreseen in Brazil's Constitution, it has never been regulated. However, some studies suggest that the creation of a specific tax targeting the wealthiest in the country enjoys significant public support.

She cited a *DataSenado* survey from early 2023, which revealed that 62% of Brazilians agree with the taxation of large fortunes. This survey, conducted by an institute that has been collecting public opinion data to support parliamentary actions since 2008, highlights the growing support for wealth taxation. More recently, in June 2024, the research firm *Ipsos* conducted a poll in Brazil, showing that 69% of respondents supported increased taxation on large fortunes, a percentage that mirrors the G20 countries' average of 68%. On the other hand, only 13% of Brazilians opposed the idea that wealthy individuals should pay more taxes on their wealth, while 15% remained neutral, and 3% were undecided.

Despite this apparent public appeal, many countries have abandoned the implementation of wealth taxes or relaxed their application rules years after their introduction.

Having introduced the subject, the following questions were then directed: (i) to Professor Isabel: *What does international experience and recent studies reveal about the pros and cons of implementing and managing wealth taxes?* and; (ii) to Professor Rodrigo: *On the domestic front, what challenges might the government and the National Congress face if they respond to the popular demand reflected in these surveys and push for the regulation of a wealth tax?*

The word was initially granted to Professor Isabel, who focused her presentation on the proposal to introduce a wealth tax (*Imposto sobre Grandes Fortunas* – 'IGF') in Brazil, analyzing the subject not only through the lenses of revenue efficiency and fiscal justice but also based on data collected from international experience and analyzed in studies already published on the subject.

She outlined Brazil's current tax reform process, initiated with the 2023 Constitutional Amendment No. 132, which simplifies consumption taxes by replacing five existing taxes with three new ones. Amid these reforms, there is

growing discussion about finally implementing the wealth tax, a long-standing yet unregulated constitutional provision.

From a constitutional perspective, she reinforced that the IGF is mentioned in Article 153 of the Federal Constitution, granting the Union authority to implement it through complementary law. However, no such law has been enacted, and many legislative proposals – all duly mentioned in her joint presentation with Professor Rodrigo – have failed to advance. She also highlighted ongoing debates over critical aspects such as defining “large fortunes,” determining whether the tax would apply to global or domestic assets, and whether it should be levied on individual or family wealth.

International examples, particularly from Europe and Latin America, were cited to illustrate the practical challenges of wealth taxes. Countries like France, Norway, and Switzerland have struggled with the complexities of assessing wealth, enforcing the tax, and addressing liquidity issues—particularly when assets are illiquid. For instance, she mentioned – recalling that Professor Lukasz would later provide the audience with further details – that France replaced its wealth tax with a real estate tax in 2018, signaling the difficulty in maintaining such taxes. Moreover, countries like Spain have introduced wealth tax caps to limit the overall tax burden, and Norway has seen an exodus of wealthy individuals following a recent increase in wealth tax rates.

She also discussed the U.S. and U.K., both of which are considering wealth taxes but face significant legal and economic hurdles. Meanwhile, as she clarified, a U.K. report from 2020 suggested that a one-time wealth tax might be more efficient and fairer compared to annual levies.

Professor Rodrigo complemented the debates by arguing that while the IGF may initially seem like a tool for reducing inequality, it poses significant challenges in terms of administrative complexity, enforcement costs, and potential economic distortions. Furthermore, there is little evidence that wealth taxes effectively reduce inequality, as countries that implemented them often experienced capital flight and reduced economic growth.

He recommended that any proposal for a wealth tax in Brazil be carefully evaluated, considering the impact of broader tax reforms and the need for improved public spending management.

Finally, Professor Rodrigo concluded their joint analysis of the subject clarifying that while wealth taxation might address public calls for equity, its effectiveness is questionable, especially when considering alternative measures, such as progressive income taxation, which may offer more consistent and fair results.

To conclude the second round of debates, Fernanda once again addressed Professor Lukasz, noting that France has been taxing wealth since the 1980s, experimenting with different calculation methodologies and significantly narrowing the scope of its wealth tax in 2017 under President Macron’s government.

Paradoxically, President Macron was also one of the first to express his support for Brazil's proposal for G20 member countries to adopt a global minimum tax for the approximately 3,000 billionaires worldwide.

For this reason, she then asked Professor Lukasz to share insights on France's experience over the past decades, including in terms of revenue efficiency, and to comment on the possible reasons why France has maintained its wealth tax, even with its limited scope following the 2017 legislative reform.

Professor Lukasz discussed France's wealth taxation system, focusing on the annual wealth tax, as well as inheritance and gift taxes. He clarified that these taxes, though prominent in public debate, do not raise significant revenue compared to the total national tax and social security income, which amounts to €1,150 billion annually.

He presented the legislative history on the matter, explaining that France introduced its wealth tax in 1981 under President François Mitterrand, with the goal of taxing wealth as progressively as income and consumption. However, over the years, several exemptions were introduced, such as for works of art, forests, and professional assets (shares in businesses where the taxpayer is actively involved). He clarified that, despite these reforms, the tax remained controversial and was criticized for its limited impact on billionaires while disproportionately affecting individuals with real estate holdings.

One of the significant issues with the wealth tax was its potential for indirect confiscation, where the tax burden on wealth outstripped income, particularly given France's low inflation rates and limited capital returns. He explained that, to address this, France introduced a "direct tax cap" in 2005, limiting the total amount paid in wealth, income, and property taxes to 60% of income, which was later reduced to 50%. Although this cap was temporarily removed, it was reinstated following a ruling by the Constitutional Court, which emphasized that a tax cap was constitutionally required to respect the principle of ability-to-pay. As he had previously pointed out during his presentation, the taxation was being duly "applied to millionaires, but not to billionaires".

Professor Lukasz also mentioned that the 2017 reform under President Macron replaced the general wealth tax with a tax on immovable property (IFI). However, besides the differences related to the tax base, in his view, the basic mechanisms of the tax imposition were mainly the same. This reform aimed to encourage investment in shares rather than real estate and to reduce the exodus of wealthy individuals who were moving their capital abroad. In his view, the reform seems to have had a positive effect, as the number of high-net-worth individuals leaving France has decreased significantly since 2018.

Despite these changes, Professor Lukasz explained that there is still political pressure in France to reintroduce a broader wealth tax, indicating that the debate over wealth taxation is far from over.

And, while addressing the moderator's provocation, he concluded the second round of discussions with the acknowledgment that wealth taxation, in some form, will likely continue to evolve in France.

Fernanda thanked all the speakers for the rich debates (and questions raised for further debates) and IBDT for its initiative and courage in organizing this *X Brazilian Congress of International Tax Law*, taking the opportunity to congratulate the institute on its 50th anniversary, to be celebrated in October 2024.

Then, she returned the floor to the Chair, Tatiana, who formally closed the panel, also thanking all the panel members and the audience for their presence and participation and highlighting that the topics debated in the panel are not only relevant but also heated in the National Congress.

For example, she expressly mentioned the proposal submitted by a parliamentarian during the review of Bill 108/24 (PLP 108/24) in the House of Representatives, which, among other things, suggested the regulation of the Wealth Tax (IGF), with the taxation of assets exceeding R\$ 10 million, applying progressive rates over predetermined brackets.

Tatiana also emphasized that there is a provision in the base text of the PLP addressing the incidence of ITCMD on Trusts, as Law 14.754/23 only addressed the effects of Income Tax on Trust transactions for individuals.

Finally, as per the global wealth tax, she concluded the closing of the panel by stressing that, aside from the fact that the concept of wealth is subjective, jurisdictions have specific taxation systems on assets, which could also result in tax distortions on large fortunes (e.g. in Brazil, the ITCMD, the Urban Property Tax – 'IPTU', the Motor Vehicle Ownership Tax – 'IPVA', and the Real Estate Transfer Tax – 'ITBI').

Transfer Pricing: Intragroup Services and Cost Sharing Agreement

Adriana Brito

Master in International Tax Law and Development at IBDT,

International Tax Specialist at IBDT. Tax Specialist at IBET.

Author of book: “The Mutual Benefit in Cost Sharing Agreements”.

Abstract

The purpose of this report is to set out the main issues debated in the panel “Intragroup Services and Cost Sharing Agreement,” held at the X Congress of International Tax Law – Current Challenges of International Taxation, promoted by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT and the University of São Paulo - USP, from 11 to 13 September 2024.

Keywords: Cost sharing. Transfer Pricing. Services. Cost Contribution Arrangement.

1. Introduction

The panel was held on 13 September 2024 and counted with professors Sergio André Rocha, Elidie Bifano, Gustavo Vettori and Jose Manuel, and the lawyers Luciana Galhardo and Paulo Tedesco.

The presentation was designed to identify controversies introduced by the new transfer pricing rules in Brazil regarding to intercompany services, as well as to understand the current discussions in Latin America countries on the matter.

2. Main content

Opening panel discussions, the main characteristics of cost sharing agreement were presented, as well as a brief historical overview of the origin of these arrangements. It was reinforce that these contracts aim to centralize costs and expenses in a particular entity for the benefit of the others. Therefore, the corresponding contracts are not aimed at making profit and the shared activities must necessarily correspond to those that are not associated with the company’s core business and should be executed exclusively by employees.

In this sense, payments and receipts in the context of cost sharing agreement should not represent a tax event, since they are merely reimbursements of expenses. Nor do they correspond to remuneration for a service rendered, since the concept of a service implies commercial intent, in which the aim is to make a profit, characteristics that are not identified in such legal transactions.

Some pronouncements released by Brazilian Federal Revenue Service were examined, in particular, tax rulings n. 8/2012, n. 23/2014, n. 94/2019 and n.

276/2019. Nevertheless, some favorable precedents from the Administrative Council of Tax Appeals issued in 2017 and 2019 were presented¹.

It is important to note that Ruling n. 8/2012 was the only one responsible for analyzing whether transfer pricing rules should cover cost sharing agreements. At the time, the position of the tax authorities was that these rules were inapplicable, given that there were no elements to characterize the service in these transactions.

This was the majority understanding in doctrine and jurisprudence until the end of 2023 and which is under discussion in view of the new Law no. 14,596 of 2023 and Normative Instruction no. 2161/2023. With the enactment of the new transfer pricing rules mentioned above, doubts have arisen as to whether the understanding in force until then will be maintained, due to the rule contained in art. 53 of the aforementioned Normative Instruction.

This rule sets out the characteristics of cost sharing, calling them as “low value-added services”. In doing so, it determines a minimum remuneration of 5% in cases where the service provider is a legal entity domiciled in Brazil and a maximum of 5% when the provider is a related party abroad².

Thus, the question arises as to whether payments and receipts in the context of expense-sharing agreements would be covered by the new transfer pricing rules, considering that: i) the Law n. 14.596/2023 does not contemplate the concept of low value-added services; and ii) article 3 of this rule establishes what is meant by a controlled transaction, comprising “any commercial or financial relationship between two or more related parties, established or carried out directly or indirectly, including contracts or arrangements in any form and series of transactions”.

¹ (CARF) Decisions n. nº 3201-003.152 and 1402-003.864.

² “Art. 53. In the case of a controlled transaction consisting of the provision of low value-added services - SBVA, the taxpayer may opt for a simplified approach to the application of this Normative Instruction, according to which the remuneration for said services will have a gross profit margin, calculated on the total direct and indirect costs relating to the transaction, of:

I – at least 5% (five per cent), in cases where the service provider is a legal entity domiciled in Brazil;

II – a maximum of 5% (five per cent), in cases where the provider is a related party abroad.

§ Paragraph 1 Low value-added services will only be considered those that:

I – are of a support nature;

II – are not part of the main activities of the related party or multinational group;

III – do not require the use of unique and valuable intangible assets and do not contribute to their creation;

IV – do not imply the assumption or control of economically significant risks by the service provider and do not lead to the creation of such a significant risk for it; and

V – do not contribute significantly to the creation, increase or maintenance of value in the multinational group, to the essential capabilities or to the chances of success of the multinational group's business.”

Part of the speakers argued that the cost sharing agreement would be covered by the new transfer pricing rules and another one maintained the view that there is no specific rule on the reimbursement of expenses in Law 14,596/2023, hence cost sharing was not covered. In addition, the purpose of a normative instruction is to regulate the implementation of a law, decree or regulation, without, however, transposing or innovating in relation to the rule it complements. Normative Instruction n. 2161/23 goes beyond what is stated in the new transfer pricing law in that it describes cost sharing as a service.

Some additional concerns were raised about treating cost sharing agreement as a low value-added service, since such classification could bring an improper tax burden (indirect taxes) to the companies. On this specific point, it was reinforced the importance of tax authorities examining in depth the payments and receipts in the context of these contracts to identify and determine properly the correspondent tax due.

It was also explained the definition of “shareholder activities” and “cost contribution agreements”. Regarding the latter, important distinctions were made between this legal business and cost sharing agreement, considering that in the cost contribution two or more entities share costs and risks to develop, produce or acquire an intangible or a service related to said asset. Hence, there is a high risk involved in this kind of agreement.

It was informed that cost contribution arrangement entails important risks of base erosion and profit shifting, which are theoretically limited by the Arm’s Length Principal. Tax administration from Latin America are concern about them.

The OECD transfer pricing guidelines does not alter the tax treatment that contributions and balancing payments must have under the applicable domestic law and the respective tax treaties.

Finally, Latin American countries follow the OECD understanding, but restrictions on deductibility and withholding taxes entail risks of double taxation and can cause inconsistencies in the cost contribution arrangement balance of contributions and benefits.

3. Conclusions

In light of the above, the panel brought up relevant aspects regarding the new transfer pricing rules, particularly with regard to the scope of the concept of service, as well as whether cost sharing agreements would be covered by these rules.

Regardless of what the companies will call these arrangements, it is important that they review the current structure, especially the composition of the amounts included in the charges made by debit note (reimbursement).

There are relevant arguments to sustain that cost sharing agreements are not encompassed by transfer pricing rules, either because these rules apply exclusively to commercial transactions, or because “services” in the Brazilian jurisprudence definition have specific characteristics that cannot be confused with reimbursement.

**X Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-FDUSP**

***X Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-FDUSP***

CONCURSO DE ARTIGOS
ARTICLES COMPETITION

User Participation in Digital Services as a Barter: Implications for Income Tax and VAT

A Participação do Usuário em Serviços Digitais como Permuta: Implicações para o Imposto de Renda e o IVA

Helio de Mello

Master's Student in International and Comparative Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Holds a bachelor's degree in Law from the University of São Paulo (USP) and a Bachelor's degree in Economics from the Cruzeiro do Sul University.

State Tax Auditor at the São Paulo State Revenue Service.

E-mails: heliomello.sp@gmail.com; hkfmello@fazenda.sp.gov.br.

Abstract

This paper investigates the legal and economic nature of user participation in digital services. It identifies the exchange between the user's potential for value creation and the digital platform's service as a barter transaction. According to the prevailing income tax and VAT rules, this transaction should be subject to both taxes. It is concluded that the introduction of income tax and VAT charging on barter transactions between digital service companies and their users can be a suitable solution for market jurisdictions to tax digital services companies operating outside the borders of their territory, respecting the established principles of international taxation.

Keywords: user participation, value creation, digital services, barter.

Resumo

O presente artigo investiga a natureza jurídico-econômica da participação do usuário em serviços digitais. Identifica-se a troca entre o potencial de criação de valor do usuário e o serviço da plataforma digital como uma permuta. Essa transação, conforme as normas atuais prevalentes do imposto de renda e do IVA, deveria sujeitar-se a ambos os tributos. Conclui-se que a introdução da exigência do imposto de renda e do IVA nas permutas realizadas entre empresas de serviços digitais e seus usuários pode ser uma solução adequada para as jurisdições de mercado tributarem as empresas de serviços digitais que operam fora das fronteiras de seu território, respeitando os princípios consagrados de tributação internacional.

Palavras-chave: participação do usuário, criação de valor, serviços digitais, permuta.

1. Introduction

The tax challenges imposed by the growth of the digitalized economy have led to initiatives aimed at reformulating domestic tax legislation and international tax treaties. Many of these challenges are related to business models that sig-

nificantly involve user participation in value creation. It is widely believed that current tax frameworks are inadequate for dealing with these new business models.

Although consumer participation in business value creation is not a new phenomenon, with the increasing digitalization of the economy, policymakers and tax scholars have been paying growing attention to this issue. The creation of so-called Digital Services Taxes (DSTs) – also known as “equalization taxes” –, along with the OECD/G20 Inclusive Framework’s Pillar One, aim to address these challenges. However, it seems that ambitious proposals seeking profound reformulations of corporate income tax foundations and the creation of new taxes are being conceived without an adequate diagnosis of the nature of the problem to be addressed.

In this paper, we intend to demonstrate that user participation in digital service platforms is a barter transaction. Although this understanding has been acknowledged, *en passant*, by various authors, the important implications of this approach for current income tax and VAT systems, considering that barter transactions should ideally be subject to both taxes, have been, in general, neglected by the literature. This paper intends to carefully examine these implications and present a tax policy approach that can be a suitable solution for market jurisdictions to tax digital services companies operating outside the borders of their territory, respecting the established principles of international taxation.

2. Imputed income/consumption and barter transactions

Some facts that reveal the realization of income and consumption are easily observable. For instance, renting a property reveals consumption by the tenant and income for the landlord. However, living in an owned property constitutes an equivalent “flow of satisfaction”, which is not as easily observable, because there is no transaction. In other cases, there may be a transaction, but it does not involve payment in money, occurring instead in kind. For example, someone might provide another person with a property for residence in exchange for regular services.

Ideally, all situations indicating income and consumption, including those that do not involve monetary transactions, should be captured by income tax and VAT to fulfill the ability to pay and neutrality principles. However, due to practical reasons, non-monetary situations often escape taxation, either because of the design of the tax rules itself or the difficulty for tax authorities to enforce certain legal provisions.

The first category of situations that represent income and consumption without involving monetary transactions are those where someone consumes something they produced themselves or a utility generated by a good they own. In national accounts systems, it is an established practice to consider a hypothetical rent as *income* (and, consequently, as *product* and *consumption*) for households re-

siding in owner-occupied properties. This adjustment is essential to provide a more comprehensive view of the economic value generated by owner-occupied housing, ensuring that all inhabited homes contribute to GDP regardless of ownership status¹.

This is referred to as *imputed income*. From a tax perspective, Donald Marsh defines *imputed income* as “a ‘flow of satisfactions’ from durable goods owned and used by the taxpayer, or from goods and services arising out of the personal exertions of the taxpayer on his own behalf”². Strictly speaking, all activities performed by individuals for their own benefit, such as self-prepared meals and self-cloth washing, should be considered in the national accounts system and taxed – after all, when such activities are contracted as services, they are included in the GDP and are subject to taxation. These situations are not considered in national accounts – and, normally, not taxed – due to practical infeasibility. The accounting of the imputed rent of owner-occupied properties is an exception, whose inclusion has been established because of its economic significance and the relatively higher feasibility of observation and valuation.

Disregarding practical difficulties, according to the principles that should guide the distribution of the tax burden, namely, ability to pay and neutrality³, *imputed income* and *imputed consumption* should be taxed, respectively, by income tax and VAT. Let us compare, hypothetically, the situation of two individuals: one resides in an owner-occupied property, and the other owns a property that is rented out and uses the received rents to pay the rent of the property in which they reside (all properties have the same value). Both have the same ability to pay and, therefore, should be subject to the same tax burden.

Nevertheless, according to the typical rules of income tax and VAT, the first individual will not be subject to any taxation, while the second, unless there is an exemption, will be subject to income tax on the rents received and to VAT on their rental expenditure (consumption), which contradicts the ability to pay principle. It is easy to see that this situation also deviates from neutrality, as taxation ends up creating incentives to live in owner-occupied properties rather than renting. This substitution effect generates allocative distortions and social welfare losses⁴.

¹ Central Statistics Office. Imputed Rent [Internet]. Available from: <https://www.cso.ie/en/interactivezone/statisticsexplained/nationalaccountsexplained/imputedrent/>. U.S. Bureau of Economic Analysis, Imputed rental of owner-occupied housing [A2013C1A027NBEA], retrieved from FRED, Federal Reserve Bank of St. Louis; <https://fred.stlouisfed.org/series/A2013C1A027NBEA>, July 13, 2024.

² MARSH, Donald B. The Taxation of Imputed Income. *Pol. Sci. Q.*, v. 58, 1943, p. 514.

³ MELLO, Helio Kashihabara Fonseca de. Entre a regra de Ramsey e a seletividade: uma defesa da alíquota única na tributação do consumo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 159, 2024, p. 65-71.

⁴ Sylbren Cnossen points out that “VAT should tax all consumption activities, including self-produced items of consumption, such as meals, because this would ensure equal treatment with other products bought in the marketplace. Lawyers would not consider this a taxable event, although

To circumvent the inequities and inefficiencies mentioned above, various tax jurisdictions exempt residential rents. However, it should be noted that this solution is not ideal, as it treats rental income and consumption with favored taxation compared to other sources of income and consumption. The shortcoming of this method becomes apparent when we think of other situations that represent *imputed income/consumption*. By analogy, one jurisdiction could exempt restaurants to equalize consumption in these establishments – and the income earned by their owners – to self-prepared meals. Ultimately, this approach would require the non-taxation of any activity that has a substitute that can be self-supplied.

Nevertheless, although the taxation of *imputed income (and consumption)* is the ideal solution from a theoretical perspective, the practical challenges involved are difficult to overcome, as most of these situations are not observable by tax authorities. Furthermore, if one jurisdiction opts to tax certain cases of *imputed income or consumption*, the absence of demarcation criterion is a problem, as pointed out by Ajay Gupta: taking this logic to its limit, even leisure time (or non-work) could be considered *imputed income*⁵. Given all these issues, it is not surprising that *imputed income and consumption* are generally not taxed⁶.

The second category of situations that represent income and consumption without involving money are barter transactions. The exchange of goods in kind, without the use of currency, which was very common in primitive economies, became progressively rare in industrial societies. Surprisingly, the growth of the digitalized economy has brought with it an increase in barter transactions, as will be demonstrated in Section 3.

Unlike *imputed income/consumption*, barter is a market transaction between two or more people or entities. Ideally, all barter transactions should be subject to

they would tax, say, vegetables withdrawn from business stock for personal use by the greengrocer as a taxable self-supply on the argument that the vegetables are produced in a business context, not in a personal capacity. Accordingly the greengrocer's homegrown carrots used for personal consumption (and not sold to customers) would not be subject to VAT. Economists would like to tax both events." CNOSEN, Sijbren. *A VAT Primer for Lawyers, Economists, and Accountants*. Tax Analysts, 2011, p. 39.

⁵ GUPTA, Ajay. "Taxing the New Gig Economy". *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. No. 4a. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 2. According to the economic theory of taxation, it would be necessary to tax the opportunity cost of labor (leisure) to achieve full neutrality in taxation, which is also not feasible for practical reasons (ROSEN, Harvey S.; GAYER, Ted. *Finanças Públicas*. AMGH. Porto Alegre, 2015, p. 343-344).

⁶ Concerning the US income tax, an exception was highlighted by Gupta: "[i]n Commissioner v. Minzer, 279 F.2d 338 (5th Cir. 1960), [...] the Fifth Circuit held that an insurance agent was taxable on the commission that normally would have been payable to him on a policy sold to a third party even when he took out a policy on his own life and paid the premiums to the insurance company after subtracting the amount of the forgone commission. The court reasoned that the agent performed the same services for himself that he would have performed for other insureds." GUPTA, Ajay. "Taxing the New Gig Economy". *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. No. 4a. Amsterdam: IBFD, 2018, n. 5, p. 2.

income tax and VAT according to the ability to pay and neutrality principles. Once again, let us compare, hypothetically, the situation of two individuals: the first one provides regular services to another person and, in return, receives the right to reside in a property owned by the services' costumer; the second individual provides the same services to a third party and receives monetary earnings, which is then used to pay rent for a property of the same value.

In the example above, both individuals have the same ability to pay and, therefore, should be subject to the same tax burden. In the absence of exemptions, the second individual's earnings are subject to income tax, and the rent he pays is taxed by VAT. Therefore, the ability to pay principle requires the barter transaction to be taxed in the same manner. The right to reside received as consideration for the services rendered is earned and consumed income, and, therefore, should be taxed both by income tax and VAT. Neutrality also requires the full taxation of barter transactions. In the absence of such taxation, there will be incentives for in-kind payments over monetary payments.

A common type of barter in industrial economies are the so-called *fringe benefits*. In addition to cash salaries, it is common for employers to offer goods and services in exchange for the work of their employees, such as cars, cell phones, health plans, *inter alia*. Most tax jurisdictions tax *fringe benefits* and other barter transactions, establishing their own criteria for determining the taxable base (monetary arm's length prices, usually). However, not infrequently, there are situations of this kind that are not taxed, which lead to inequities and inefficiencies⁷.

Another kind of barter occurs between suppliers and consumers. A customer who posts a photo on a social network promoting a restaurant may receive, in exchange, a discount or a "free" product. A customer of a wine club who refers someone who subscribes to the club may be entitled to receive a "free" bottle of wine. Most tax jurisdictions include conditional discounts in the VAT taxable base. The objective is precisely to capture the consideration in kind paid by the customer.

In other cases, the supplier benefits from a consumption relationship without any action taken by the consumer. Many businesses need to have customers to attract other customers. These are the so-called network effects, which constitute a positive externality generated by consumers. For this reason, credit card companies often offer cards "for free" and nightclubs give discounts to women or even grant them "free" entry⁸. Although these relationships are, in essence, exchanges, not gratuities, the lack of formalization of these transactions makes their taxation

⁷ TURNER, Robert. Fringe Benefits. In: Cordes J. J., Ebel R. D., Gravelle J. G., editors. *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*. Washington, DC: Urban Institute Press; 1999, p. 167-170.

⁸ BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing where value is created: What's "user involvement" got to do with it? *Intertax*, v. 47, n. 2, 2019, p. 161-171.

difficult. Normally, considerations based on network externalities are not captured by either income tax or VAT.

3. User participation in digital services as a barter

The international tax literature, as well as the justifications for proposals and initiatives aimed at granting taxing rights to market jurisdictions, such as Pillar One and Digital Services Taxes, acknowledge that users of digital services – especially the so-called consumer-facing businesses – often create value for the companies providing these services. However, it is not as commonly recognized that this value creation by the consumer-user occurs within the scope of a barter transaction.

Nevertheless, the recognition of user participation in value creation in digital services as a barter transaction is not new and has been highlighted by various authors. Ana Paula Dourado argues that “personal data are the rent that users pay for digital services”. The author further states that “a contract therefore exists among the data subjects [...] who are willing to relinquish their privacy in exchange for the SNS [social network sites] and internet benefits” and that this contract “has been neglected in tax literature and justifies taxation of consumer-facing business in the market state”⁹.

Likewise, Reuven Avi-Yonah asserts that, “for a search engine, customers receive value in the form of free use of the search engine. They pay by agreeing to have their data collected and having to look at advertisements [...]”¹⁰. Wolfgang Schön also understands that internet search engines and their users “enter into an agreement similar to a barter: Google grants users access to its platform in exchange for access to personal consumer data and exposure to advertising content”¹¹. The exchange nature of this relationship can be easily understood, as Michael Devereaux and John Vella explain, if we imagine, hypothetically, that the provider of digital services charges a fee for the use of its platform and pays the same amount to the user for the data they supply¹².

Johannes Becker and Joachim Englisch point out three ways in which users can contribute to the creation of value for a business: (i) enhancing network effects; (ii) facilitating data mining; and (iii) producing digital content¹³. We can

⁹ DOURADO, Ana Paula. “Taxing Consumer-Facing Business as a Regulatory Currency”. *World Tax Journal*. Vol. 13. No. 4. Amsterdam: IBFD, 2021, p. 570-571.

¹⁰ AVI-YONAH, Reuven. *Should Digital Services Taxes Be Creditable?* Continued. Draft 4-5-2024.

¹¹ SCHÖN, Wolfgang. “Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy”. *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. No. 4/5. Amsterdam: IBFD, 2018, p. 288.

¹² DEVEREAUX, Michael P.; VELLA, John. Implications of Digitalization for International Corporate Tax Policy. In: GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAH, Alpa; VERDIER, Genevieve (Eds.). *Corporate Income Taxes under Pressure*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2019, p. 109.

¹³ BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing where value is created: What’s “user involvement” got to do with it? *Intertax*, v. 47, n. 8, 2019.

add to this list the exposure of users to advertisements, which constitutes an important source of value creation for many companies that operates in the digitalized economy, ranging from small startup app creators to big tech companies that own the major digital platforms on the internet. The perception that exposure to advertisements is a price (in kind) paid by the user becomes evident when the provider of the digital services sells premium plans in which the user can pay a fee to suppress ads while using the digital functionality.

Most digital services that are offered “free of charge” are provided by platforms operating in two-sided markets. In such markets, the platform enables or facilitates the interaction between two groups of costumers (the sides). Usually, due to network externalities, the platform has incentives to subsidize one of the sides to draw in more users, since increasing its user base attracts customers on the other side of the market (and, in many cases, more users, as well)¹⁴.

In the case of digital platforms, one side of the market is composed of users who generate positive network externalities, have their data collected, are exposed to advertisements, and produce digital content, interacting with other users. These agents are simultaneously consumers and suppliers of the platforms, in a barter relationship. On the other side of the market, we have companies that wish to access those customers, buying their data and placing advertisements in the digital environment. The platform’s profit comes from contracts in this second side of the market.

Beyond full barter – i.e. transactions involving no money payment at all –, partial barter is increasingly becoming more common in the recent decades. According to Isaac Baley and Laura Veldkamp, “[p]artial data barter arises when firms provide consumers with valuable goods or services in return for some monetary payment and for harvesting their usage data. In this scenario, data is part, but not all, of the payment the firm receives. In the data economy, goods and services are increasingly partially bartered for data”¹⁵.

¹⁴ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: A Progress Report. *The Rand Journal of Economics*, v. 37, n. 3, p. 645-667, Autumn 2006.

¹⁵ The authors present several examples of partial barter: “some customers at Whole Foods supermarkets are offered the option to use their phone to scan a QR code that links their grocery purchases with their online profile. In return, they receive a discount on their groceries. When a customer allows their data to be used, it lowers their price but does not lower the value of the groceries. Instead, the customer pays the difference in price with their data. Frequent flier programs and loyalty cards are data collection devices that link purchases to a customer. They offer similar reductions in price in return for the data collected, among other reasons. Credit card companies gain fees from merchants but also obtain data from consumer transactions. Some consumers receive cash back and points from credit card companies that are also partial refunds for data. A small industry is arising to manage these exchanges.” BAUER, Lauren; WEST, Darrell M. The partial data barter trades of the digital economy. Brookings Institution [Internet]. 2021. Available from: <https://www.brookings.edu/articles/the-partial-data-barter-trades-of-the-digital-economy/>.

It is worth noting that, in the absence of *transaction costs* in the Coasean sense¹⁶, the occurrence of full barter transactions would be very unlikely. These arrangements, in fact, involve two distinct goods, each one with its own market price – whether formed in a market structure of perfect competition, oligopoly, or monopoly (and, in many cases, with information asymmetry). Without *transaction costs*, a full barter would only occur if there is perfect identity between these market prices. However, *transaction costs* do exist, and they are higher when there is a need to operationalize a monetary payment, so, full barter ultimately becomes an equilibrium solution in many situations. Furthermore, there may be behavioral economic reasons¹⁷ that justify a preference for non-monetary relationships, if the *loss aversion* of money is more intense than that of ceded data.

Furthermore, it should be noted that technological advancements have also allowed for the emergence and development of markets that facilitate exchanges without the use of money (barter transactions) among users themselves, within the so-called sharing (or gig) economy. Additionally, there are services that are voluntarily remunerated but can be understood as compensation for an economic activity, within the growing gift economy¹⁸. All these issues present significant tax challenges. Nonetheless, a precise diagnosis of the nature of these problems is necessary to enable the formulation of fair and efficient tax policy solutions.

4. Implications for income tax and VAT

User participation in digitalized services is the main justification for the various proposals that aim to direct part of the profit of certain companies to be subject to corporate income taxation in the jurisdiction where the consumer is located – the so-called market jurisdiction. In this context, we have Pillar One (OECD's Unified Approach), the creation of Digital Services Taxes (DSTs) – followed by the proposal for a Council Directive of the European Commission for the harmonization of these taxes –, as well as other proposals formulated by specialized literature¹⁹.

Although many authors identify that user participation in the context of digital services occurs within the scope of a barter transaction – as pointed out in the previous Section of this paper – there is virtually no discussion about the recognition that these transactions, in practice, are not taxed by income tax and VAT,

¹⁶ COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, volume III. Oct./1960. The University of Chicago, 1960.

¹⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 106, n. 4, p. 1039-1061, Nov. 1991.

¹⁸ GUPTA, Ajay. "Taxing the New Gig Economy". *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. Amsterdam: IBFD, 2018, n. 5.

¹⁹ COLLIER, Richard; DEVEREUX, Michael P.; VELLA, John. "Comparing Proposals to Tax Some Profit in the Market Country". *World Tax Journal*. Vol. 13. No. 3. Amsterdam: IBFD, 2021.

but, ideally, they should be. In this section, we will seek to set aside the operational difficulties involved in the taxation of barter transactions and assess the implications of this taxation for income tax and VAT.

At this point, we will first address aspects concerning both taxes and, subsequently, examine elements specifically related to each of them.

First, it should be recalled that tax systems, for the purpose of determining the taxable value, adopt the prices practiced in transactions; not the value created, which is a subjective and non-observable variable. The prices practiced are generally the basis for VAT calculation, as well as the point of departure for the determination of profits for income tax purposes²⁰. In this regard, it is necessary to clarify that what the digital platform acquires from the user in the barter transaction is not an actual creation of value, but rather a potential creation of value, expressed in the in-kind price paid (formed in an information asymmetry context, it should be noted), namely, the digital service provided.

It is certain that the value created by each user is quite heterogeneous, whereas the in-kind price paid by the digital service provider to all users is generally the same (the use of the platform). A similar situation occurs in insurance markets. In any case, this does not disqualify the price (in kind or in money) as the appropriate taxable base. The price paid is the proxy for value adopted for tax purposes in all markets (as long as the transactions are conducted between unrelated parties) and there is no reason to adopt a different criterion for user participation in digital services.

The main challenge concerning barter exchanges is to express the in-kind prices in monetary units for the purpose of determining the taxable base. The question we need to ask is: hypothetically, what cash price would the digital service company charge users who are not able to create any actual or potential value for its business, with this reality being common knowledge? In some cases, such as those where platforms sell premium subscriptions in which the user is not exposed to advertisements, the price charged for this subscription can provide a clue about what the market price of the digital service provided would be in monetary units.

Assuming that the cognition of this price – or a proxy – is possible, for tax purposes, we can consider the occurrence of two supplies against payment in money. Following the rationale proposed by Devereaux and Vella²¹, we can presume that the provider of digital services charges a monetary fee from the user

²⁰ BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing where value is created: What's "user involvement" got to do with it? *Intertax*, v. 47, n. 8, 2019.

²¹ DEVEREAUX, Michael P.; VELLA, John. Implications of Digitalization for International Corporate Tax Policy. In: GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAH, Alpa; VERDIER, Genevieve (Eds.). *Corporate Income Taxes under Pressure*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2019, n. 12, p. 109.

for the use of its platform and pays the same amount of money to the user for the potential creation of value.

4.1. Income tax

Apart from practical challenges, income resulting from barter transactions should be considered for income tax purposes. Ajay Gupta points out that, for the United States Internal Revenue Service (IRS), barter transactions constitute realization of income and, therefore, are subject to income tax²². Moreover, as explained in Section 2, the taxation of income arising from barter exchanges should take place to uphold the ability to pay and neutrality principles.

Regarding user participation in digital services, it could be argued that such a situation does not constitute a barter transaction for legal purposes. We understand, as Dourado does²³, that there is a contract between the users who are willing to trade their data (or other user participation elements) for digital services and the owner of the platform that provides those services. The claim that there would not be a barter contract is unconvincing since the validity of contracts does not even depend on written formalization. Moreover, in most jurisdictions, the very validity of contracts is irrelevant for tax purposes. Tax law should be applied considering the economic substance of facts. It's worth remembering that even illegal conducts can give rise to the obligation to pay taxes (*non olet* principle).

That said, let's analyze, at first, the situation of the user in a full barter²⁴ with a digital platform company. This individual earns income in the transaction – for example, by allowing the use of their data and viewing advertisements – and this income is spent, *pari passu*, to consume the use of the platform. Therefore, assuming that the monetary equivalent price of the barter is known, this value should be considered as income by the user for personal income tax purposes²⁵.

If the user is a company subject to corporate income tax, the price of the barter should be recorded as revenue (earned from the sale of the user's potential for value creation) and as expense (incurred for the acquisition of digital services), leaving the profit unchanged.

²² GUPTA, Ajay. "Taxing the New Gig Economy". *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. Amsterdam: IBFD, 2018, n. 5, p. 4.

²³ DOURADO, Ana Paula. "Taxing Consumer-Facing Business as a Regulatory Currency". *World Tax Journal*. Vol. 13. Amsterdam: IBFD, 2021, n. 9, p. 570-571.

²⁴ The same logic presented here applies to partial barter transactions, where the discount offered to the user in exchange for their participation should be considered the price of the barter transaction.

²⁵ SCHÖN, Wolfgang. "Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy". *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. Amsterdam: IBFD, 2018, n. 11, p. 288. DEVEREAUX, Michael P.; VELLA, John. Implications of Digitalization for International Corporate Tax Policy. In: GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAH, Alpa; VERDIER, Genevieve (Eds.). *Corporate Income Taxes under Pressure*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2019, n. 12, p. 110.

Likewise, from the perspective of the digital platform company, the price of the barter should be recorded as revenue (earned from the sale of digital services) and as expense (incurred for the purchase of the user's potential for value creation), also leaving the profit unaffected. As stated by Devereaux and Vella, considering the barter transaction between the digital platform company and the user does not have the effect of changing the company's profit – neither worldwide nor in the country of the user – for corporate income tax purposes: “it would have revenue and costs, but no net profit”²⁶.

In view of the above, at first glance, considering the barter transaction for income tax purposes does not seem to justify the taxation of digital platform companies in the market jurisdiction; rather, it implies the taxation of the users themselves residing in that country. However, market jurisdictions could consider instituting a withholding tax system, obligating large digital multinational enterprises (MNE) to collect personal income tax on behalf of their user-suppliers. These companies would have the prerogative to pass on the tax burden in the price, but in situations of full barter, it is likely that the increased *transaction costs* involved in introducing a monetary charge against the user would make this pass-through unfeasible, causing the withholding tax burden to be effectively borne by the MNE.

4.2. VAT

VAT is typically imposed on supplies of goods and services, covering all economic activity, except when expressly provided otherwise in the tax legislation. Services are, in most jurisdictions, comprehensively defined as any supply that does not constitute a supply of goods, including “obligations to refrain from an act or to tolerate an act or situation”. For a supply to be subject to VAT, it must be made in exchange for a consideration. This taxable value includes all types of payments received by the supplier, whether in cash or in kind, no matter when or how they are paid, and irrespective of the payer²⁷.

The definitions above certainly encompass the taxation of barter transactions by VAT, since payments in kind are taxable. In fact, these exchanges potentially involve two supplies subject to VAT, with each being an in-kind consideration for the other. In the case of user participation in digital services, being exposed to advertisements and consenting to the use of one's data (“tolerate an act or situation”) clearly can qualify as a taxable supply, just as providing access to

²⁶ DEVEREAUX, Michael P.; VELLA, John. Implications of Digitalization for International Corporate Tax Policy. In: GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAH, Alpa; VERDIER, Genevieve (Eds.). *Corporate Income Taxes under Pressure*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2019, n. 12, p. 109.

²⁷ CNOSEN, Sijbren. *A VAT Primer for Lawyers, Economists, and Accountants*. Tax Analysts, 2011, n. 4, p. 37.

digital platforms does. Similarly to income tax, VAT is not charged on the barter related to user participation in digital services for practical reasons, but at least the supply corresponding to the digital service should be taxed by VAT, according to the typical VAT rules – and to the ability to pay and neutrality principles, as explained previously, in Section 2.

Regarding the supply corresponding to user participation, in most jurisdictions, VAT is not due since the user is not a registered entity. However, even if VAT were charged, if the digital platform company is located within the same tax jurisdiction as the user, the user's VAT liability would result in a corresponding credit of the same amount for the company. In the scenario where the digital platform company is based abroad, in turn, there would be an export of services, which should be zero-rated.

However, regarding the supply corresponding to the digital service, there is a consumption relationship. Therefore, this supply should be taxed by VAT, regardless of the supplier's location (if the supplier is located in another jurisdiction, there will be an import of services, which is taxable by VAT, according to the destination principle). In the case of a full barter, the taxable base will be the monetary equivalent price of the barter exchange.

Concerning partial barterers, most tax jurisdictions include conditional discounts in the VAT taxable base. The purpose of this kind of provision is specifically to account for the in-kind consideration paid by the customer. Therefore, in cases where a consumer provides their data, for instance, in exchange for a discount on goods or services, the discount provided should not be deducted from the taxable base in order to properly tax the partial barter.

5. Conclusion

In the digitalized economy, granting taxing rights to market jurisdictions is a major concern. The approach taken by the prevailing literature – and by policymakers – to address this issue has been to conceive new *nexus* criteria for defining the corporate income tax jurisdiction to tax, beyond source and residence. Although these reflections are pertinent, this study demonstrates that the established taxing rights of market jurisdictions are not being fully exercised, due to the non-taxation of barter transactions conducted between digital services providers and users.

According to the current International Tax Law canons, market jurisdictions have a legitimate claim to require MNEs that provide digital services to their residents to: (i) withhold personal income tax corresponding to the income earned by user-suppliers from selling their potential for value creation on the platform, through the withholding tax system; and (ii) remit VAT corresponding to the import of digital services by the user-consumers, paid by in-kind consideration. This tax policy approach has the advantage of avoiding disruptions with the estab-

lished principles of international taxation and upholding the ability to pay and neutrality principles.

We do not ignore the practical challenges involved in this tax policy approach, especially regarding the determination of the tax calculation base in monetary values. Nevertheless, we firmly believe that a proxy for the value of barter transactions provides a much better tax base than the gross revenue of companies, as has been the approach of DSTs (which, in practice, are *turnover taxes*). Proposals for *formulary apportionment*, in turn, seem to encounter even more severe practical difficulties than the taxation of barter exchanges, in addition to using dubious *nexus* criteria.

Considering all the above, and given the challenge of granting taxing rights to market jurisdictions, we believe that the approach presented in this paper deserves serious consideration.

6. References

- AVI-YONAH, Reuven. Should Digital Services Taxes Be Creditable? Continued. Draft 4-5-2024.
- BAUER, Lauren; WEST, Darrell M. The partial data barter trades of the digital economy. Brookings Institution [Internet]. 2021. Available from: <https://www.brookings.edu/articles/the-partial-data-barter-trades-of-the-digital-economy/>.
- BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing where value is created: What's "user involvement" got to do with it? *Intertax*, v. 47, n. 2, 2019.
- CENTRAL STATISTICS OFFICE. Imputed Rent [Internet]. Available from: <https://www.cso.ie/en/interactivezone/statisticsexplained/nationalaccountsexplained/imputedrent/>.
- CNOSSEN, Sijbren. *A VAT Primer for Lawyers, Economists, and Accountants*. Tax Analysts, 2011, p. 23-51.
- COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, volume III. Oct./1960. The University of Chicago, 1960.
- COLLIER, Richard; DEVEREUX, Michael P.; VELLA, John. "Comparing Proposals to Tax Some Profit in the Market Country". *World Tax Journal*. Vol. 13. No. 3. Amsterdam: IBFD, 2021.
- DEVEREAUX, Michael P.; VELLA, John. Implications of Digitalization for International Corporate Tax Policy. In: GUPTA, Sanjeev; KEEN, Michael; SHAH, Alpa; VERDIER, Genevieve (Eds.). *Corporate Income Taxes under Pressure*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2019.
- DOURADO, Ana Paula. "Taxing Consumer-Facing Business as a Regulatory Currency". *World Tax Journal*. Vol. 13. No. 4. Amsterdam: IBFD, 2021.
- GUPTA, Ajay. "Taxing the New Gig Economy". *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. No. 4a. Amsterdam: IBFD, 2018.
- MARSH, Donald B. The Taxation of Imputed Income. *Pol. Sci. Q.*, v. 58, 1943.

- MELLO, Helio Kashihabara Fonseca de. Entre a regra de Ramsey e a seletividade: uma defesa da alíquota única na tributação do consumo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 159, 2024, p. 59-86.
- ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: A Progress Report. *The Rand Journal of Economics*, v. 37, n. 3, pp. 645-667, Autumn 2006.
- ROSEN, Harvey S.; GAYER, Ted. *Finanças Públicas*. AMGH. Porto Alegre, 2015.
- SCHÖN, Wolfgang. “Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy”. *Bulletin for International Taxation*. Vol. 72. No. 4/5. Amsterdam: IBFD, 2018.
- TURNER, Robert. Fringe Benefits. In: Cordes J. J., Ebel R. D., Gravelle J. G., editors. *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*. Washington, DC: Urban Institute Press; 1999.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 106, n. 4, p. 1039-1061, Nov. 1991.
- U.S. BUREAU OF ECONOMIC ANALYSIS. Imputed rental of owner-occupied housing [A2013C1A027NBEA], retrieved from FRED, Federal Reserve Bank of St. Louis; <https://fred.stlouisfed.org/series/A2013C1A027NBEA>, July 13, 2024.

Preços de Transferência das *Commodities*: Transações com *Trading Companies*

Commodity Transfer Pricing: Transactions with Trading Companies

Ricardo Marozzi Gregorio*

Pós-doutor em Direito pela UERJ. Doutor em Direito Tributário pela USP.
Mestre em Administração Pública pela FGV/EBAPE. Ex-Conselheiro Titular
da 1ª Seção do CARF. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Resumo

A utilização das chamadas *trading companies* é uma realidade largamente utilizada na cadeia de suprimentos das *commodities*. Diante das alterações no controle dos preços de transferência introduzidas no Brasil pela Lei n. 14.596/2023, é de se esperar que a alocação de altas lucratividades em *tradings* beneficiadas por regimes tributários favorecidos resulte numa maior atenção do Fisco. O presente artigo apresenta como o tratamento de questões relevantes envolvendo essas estruturas evoluiu na legislação e discute estratégias de *compliance* para o novo cenário.

Palavras-chave: preços de transferência, *commodities*, *tradings*, preços de cotação, *compliance*.

Abstract

The use of so-called trading companies is a widely used reality in the commodity supply chain. Considering the changes introduced by Law 14,596/23 in the Brazilian transfer pricing system, it is expected that the allocation of high profits in trading companies benefiting from low tax regimes will result in greater attention from tax authorities. This article presents how the treatment of relevant issues involving these structures has evolved in the legislation and discusses compliance strategies for the new scenario.

Keywords: transfer pricing, commodities, trading companies, quoted price, compliance.

1. Introdução

Apesar de ser imediatamente identificado com bens que provém da natureza, o termo “*commodity*” possui uma conceituação econômica mais associada com a possibilidade de esse bem poder ser substituído por outro da mesma espécie sem que o seu valor seja significativamente alterado. Daí a viabilidade de sua precificação em bolsas de valores.

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

Nesse sentido, um estudo requisitado pelo International Institute for Sustainable Development definiu o termo como “um bem econômico que possui uma fungibilidade completa ou substancial, isto é, o mercado trata exemplares do bem como equivalentes ou quase equivalentes, sem nenhuma consideração para quem os produziu”. Além disso, em consonância com aquela imediata identificação, uma *commodity* também seria “um produto da indústria extrativa ou da agricultura”¹.

A conhecida versão para a língua portuguesa do dicionário *Michaelis* já integra o estrangeirismo no vernáculo com definições que também incluem o seu caráter econômico: “mercadoria em estado bruto ou produto básico de grande importância no comércio internacional, como café, cereais, algodão etc., cujo preço é controlado por bolsas internacionais” e, alternativamente, “qualquer produto em estado bruto relativo à agropecuária ou à extração mineral ou vegetal, de produção em larga escala mundial, dirigido para o comércio internacional”².

Quando introduziu métodos específicos para o tratamento das *commodities*³, a Lei n. 12.715/2012 não trouxe uma definição legal para o termo, mas determinou que aqueles métodos seriam utilizados para “*commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas”. Ademais, na hipótese de não haver cotação dos bens em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, permitiu que os preços (das *commodities*) pudessem ser comparados “com os obtidos a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas” ou “com os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no Diário Oficial da União”⁴. A lei estava, portanto, sintonizada com a ideia da fungibilidade econômica.

Por meio de listas taxativas (divulgadas nos Anexo II e III), a subsequente Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (IN/RFB) n. 1.312/2012 esclareceu quais seriam as bolsas de mercadorias e futuros, bem como as instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas. No entanto, aquela própria instrução normativa apresentou uma outra lista (divulgada no Anexo I), também de natureza taxativa, dos produtos que poderiam ser considerados *commodities*. Essa tentativa de agregar uma definição tipológica não foi feliz porque, de uma interpretação inicial segundo a qual seriam considerados *commodities* os produtos listados no Anexo I e que, cumulativamente, estivessem sujeitos a preços

¹ LÖF, Anton; MAGNUN, Ericsson. *Commodity Trading: understanding the tax-related challenges for home and host countries*. Canadá, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2019, p. 12 e 13, tradução livre.

² Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 11 jul. 2024.

³ Os Métodos PCI e o PECEX, que serão adiante explicados.

⁴ Cf. as redações dadas aos: § 16 do art. 18, § 4º do art. 18-A, § 9º do art. 19 e § 5º do art. 19-A; todos da Lei n. 9.430/1996.

públicos nas bolsas ou instituições listadas nos Anexos II e III, seguiram-se algumas alterações⁵ que tornaram confuso o escopo objetivo daqueles métodos⁶.

A Lei n. 14.596/2023, que alinhou a sistemática de controle dos preços de transferência no País com o padrão internacional, trouxe uma definição mais clara para o termo *commodity*: “o produto físico, independentemente de seu estágio de produção, e os produtos derivados, para os quais os preços de cotação sejam utilizados como referência por partes não relacionadas para se estabelecer os preços em transações comparáveis”. Nesse contexto, preços de cotação são “as cotações ou os índices obtidos em bolsas de mercadorias e futuros, em agências de pesquisa ou em agências governamentais, reconhecidas e confiáveis, que sejam utilizados como referência por partes não relacionadas para estabelecer os preços em transações comparáveis”⁷.

Como se vê, a definição não se apega ao tipo do produto, mas continua vinculada à sua fungibilidade econômica. Pode ser qualquer produto físico (ou derivados) desde que possua um preço de cotação utilizado em transações realizadas entre partes independentes, ou seja, o produto pode ser substituído por outro da mesma espécie sem que o seu valor seja alterado porque será sempre aquele determinado pelo preço de cotação.

Embora a nova lei tenha mantido a vinculação das *commodities* com a ideia de um preço de cotação primordialmente determinado por bolsas de valores, há diferenças sensíveis em comparação com a metodologia anterior no tocante à precificação das transações que envolvem as *commodities*. Sobretudo, quando a operação de exportação ou importação se utiliza de estruturas triangulares intermediadas pelas chamadas *trading companies*.

O uso dessas estruturas é notório no campo das *commodities* e é cediço também que a grande maioria dessas *tradings* está localizada em jurisdições de tributação favorecida ou é beneficiada pelos diversos regimes fiscais privilegiados existentes no mundo. Assim, ainda que num caso concreto a *trading* não seja uma parte relacionada com a empresa brasileira exportadora ou importadora da com-

⁵ Os arts. 16, § 3º, e 34, § 3º, da IN/RFB n. 1312/2012, que tratavam das referidas listas, foram depois alterados pelas IN/RFB n. 1.395/2013 e 1870/2019.

⁶ A Solução de Consulta da Coordenação do Sistema de Tributação (Cosit) n. 176/2015 bem que pretendeu esclarecer o posicionamento da administração tributária sobre o escopo objetivo dos Métodos PCI e PECEX ao se posicionar no sentido de que os produtos comercializados, que estavam arrolados no Anexo I, possuíam um dos requisitos necessários à sua caracterização como *commodities*, restando, entretanto, ao sujeito passivo o ônus de identificar a eventual existência de preço público nas bolsas de listadas no Anexo II ou nas instituições de pesquisas setoriais listadas no Anexo III. No entanto, algumas iniciativas do próprio Fisco pareciam não reconhecer a necessidade de a mercadoria exportada estar listada no Anexo I (cf. o caso julgado no CARF pelo Acórdão n. 1302-003.989, de 15-10-2019).

⁷ Cf. o art. 12 da Lei n. 14.596/2023. A definição dessa lei é bastante aderente ao proposto no Par. 2.18 do relatório “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”, Paris, OCDE, 2022.

modity, haverá que se efetuar o controle dos preços de transferência nas transações com a *trading* por força da amplitude do seu escopo subjetivo mantida nos arts. 24 e 24-A da Lei n. 9.430/1996 pelo art. 40 da Lei n. 14.596/2023.

A crescente lucratividade das *tradings* que atuam no setor foi revelada num recente artigo publicado pela empresa de consultoria *McKinsey*. Com base nas informações divulgadas, verifica-se que o lucro operacional do setor saltou de 29, no ano de 2017, para 104 bilhões de dólares, no ano de 2023. A lucratividade do setor não arrefeceu nem com as diversas crises experimentadas nesse período (covid-19, guerra da Ucrânia, seca no Canal do Panamá e bloqueio do Mar Vermelho pelos Houthis)⁸.

Destarte, é de se esperar que a alocação de altas lucratividades em *tradings* beneficiadas por regimes tributários favorecidos resulte numa maior atenção do Fisco para as operações que utilizam essas estruturas. Acrescente-se a isto a percepção de que a metodologia proposta na Lei n. 14.596/2023 introduz diferenças marcantes na precificação das *commodities* para justificar a importância de um aprofundamento sobre o tema. É o que se pretende com esse breve estudo.

2. O uso das *tradings* na comercialização das *commodities*⁹

As *trading companies* agem como intermediárias entre os produtores e os adquirentes das *commodities* que, por diversas razões, podem não estar aptos ou não querem agir diretamente no mercado. Dentre os motivos mais comuns está o fato de o produtor ou o adquirente ser de porte muito pequeno e, por isso, não possuir conhecimentos ou recursos suficientes para essa atuação. Em tese, a utilização de uma *trading* seria um custo adicional para o produtor ou o adquirente, o que contribuiria para a redução de seus lucros e, conseqüentemente, dos tributos pagos na respectiva jurisdição. Entretanto, muitas das vezes, é a *trading* quem oferece uma alternativa para a absoluta inexistência ou para um reduzido volume de produtos negociados. No longo prazo, portanto, essas empresas podem até agregar fluxos de receitas e o recolhimento de tributos.

Em grande medida, as atividades das *tradings* são realizadas com foco numa detalhada e atualizada compreensão dos mercados em que operam. Isso abre espaço para que os produtores possam se concentrar nas operações que envolvem a produção da *commodity* e os adquirentes foquem no processamento e comercialização dos diversos produtos derivados.

As operações efetuadas pelas *trading companies*, no entanto, não se restringem à comercialização de *commodities*. É comum que elas também ofereçam diver-

⁸ Disponível em: <https://www.mckinsey.com/industries/electric-power-and-natural-gas/our-insights/the-critical-role-of-commodity-trading-in-times-of-uncertainty#/>. Acesso em: 11-7-2024.

⁹ As considerações apresentadas neste tópico foram, em sua maioria, extraídas do estudo publicado pelo IISD: LÖF, Anton; MAGNUN, Ericsson. *Commodity Trading: understanding the tax-related challenges for home and host countries*. Canadá, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2019, p. 12 e 13.

serviços de suporte para a produção ou processamento da *commodity*. A contratação ou a própria realização do transporte das mercadorias dos países produtores para os locais designados pelos adquirentes fica, muitas vezes, sob a responsabilidade da *trading*. Como a oferta e a demanda nem sempre são balanceadas, o armazenamento e algum nível de processamento das mercadorias podem ser necessários e estão dentre o rol de atividades desempenhadas ou controladas pelas *tradings*. Ademais, para além dessas funções logísticas, muitas *tradings* também fornecem recursos na forma de contribuição de capital ou empréstimos essenciais para a produção ou atuam na negociação de instrumentos financeiros, tais como operações de *hedge* ou contratos futuros, que facilitam a comercialização das *commodities*.

Como já mencionado, o grande risco para as administrações tributárias é que a maioria das *tradings* procura se estabelecer de forma a obter benefícios de regimes tributários favorecidos. Não obstante os esforços que vêm sendo empreendidos desde o lançamento do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), numa iniciativa dos países que compõem o chamado Grupo dos 20 (G20) em parceria com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰, para combater as estratégias de planejamento tributário propiciadas por esses regimes, é pouco provável que as *tradings* deixem completamente de deles se beneficiarem¹¹.

Nesse sentido, constata-se que a maioria das grandes *tradings* de atuação global possui sua administração situada em países como a Suíça e a Singapura, países que detêm regimes considerados privilegiados por nossa legislação tributária¹². Muitas delas foram registradas em jurisdições que, por si sós, já são consideradas de tributação favorecida (como Jersey, Bahamas e Chipre)¹³. Ademais, essas grandes *tradings* também possuem escritórios locais e regionais que buscam aumentar

¹⁰ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Paris, OCDE, 2013.

¹¹ Cf. o seguinte relatório publicado enquanto os resultados das ações do Projeto BEPS ainda estavam sendo divulgados: *Commodity trading companies: meeting the challenge of tax and regulatory change*. KPMG International, 2015.

¹² A Suíça e a Singapura estavam originalmente incluídas como jurisdição de tributação favorecida na lista divulgada pela IN/RFB n. 1.037/2010. Porém, as IN/RFB n. 1.474/2014 e n. 1.773/2017 excluíram esses países dessa qualificação mais ampla e previram que algumas situações que lhes eram específicas seriam consideradas regimes fiscais privilegiados. Assim, uma *trading* estabelecida na Suíça será considerada beneficiada por esse tipo de regime se for constituída sob a forma de *holding company*, *domiciliary company*, *auxiliary company*, *mixed company* e *administrative company* cujo tratamento tributário resulte em incidência de imposto de renda, de forma combinada, inferior a 20%, segundo a legislação federal, cantonal e municipal, assim como o regime aplicável a outras formas legais de constituição de pessoas jurídicas, mediante *rulings* emitidos por autoridades tributárias, que resulte em incidência do imposto, de forma combinada, inferior a 20%, segundo a legislação daquelas mesmas formas de entes federativos. No caso de Singapura, está expresso que o regime denominado *concessionary rate of tax for global trading company and qualifying company* será considerado um regime fiscal privilegiado.

¹³ Cf. art. 1º da IN/RFB n. 1.037/2010.

sua presença em diversas partes do mundo, o que complica ainda mais a análise funcional de suas operações. Nesse cenário, é importante também notar a crescente participação de *tradings* estabelecidas no território chinês detidas por capitais de caráter essencialmente doméstico¹⁴.

Não se pode, contudo, generalizar e achar que todas as *tradings* buscam se estabelecer em determinadas localidades motivadas apenas pela possibilidade de obterem economia fiscal. Uma série de outros fatores também contribui para a escolha da localização geográfica, dentre elas, a existência de políticas governamentais que incentivam investimentos, a proximidade estratégica dos mercados produtores e compradores, a qualidade da infraestrutura de serviços financeiros, a atratividade do local de trabalho, a estabilidade política e o nível de desenvolvimento dos sistemas legal e judicial.

A depender do setor da *commodity*, a atuação da *trading* não se limita à intermediação da operação de compra e venda. Com a evolução da internet, vendedores e compradores podem, em muitos casos, pelo menos teoricamente, se encontrarem diretamente. Essa realidade impulsiona as *tradings* a diversificarem os seus modelos de negócio. Várias têm verticalizado suas operações nas cadeias de produção e comercialização das *commodities*. Assim, tanto no sentido *upstream*, com empresas que atuam no suprimento e prestação de serviços para pequenos produtores, como no sentido *downstream*, com empresas de armazenagem, refino e processamento, é possível atualmente verificar uma atuação bem mais diversificada do que a originalmente empreendida pelos grandes grupos multinacionais que compõem as *trading companies*.

3. Tratamento antes da Lei n. 14.596

Originalmente, a Lei n. 9.430/1996 criou métodos de apuração dos preços de transferência que tinham a pretensão de ser inspirados nos chamados métodos tradicionais da OCDE¹⁵. Nesse contexto inicial, contudo, não havia métodos especialmente projetados para as transações envolvendo *commodities*. A sistemática implementada era tal que o exportador de uma determinada *commodity*, por exemplo, deveria apurar um preço praticado com base na média aritmética ponderada pela tonelada exportada dos preços de todas as exportações realizadas no ano-calendário. Para fins das bases de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro das

¹⁴ LÖF, Anton; MAGNUN, Ericsson. *Commodity Trading: understanding the tax-related challenges for home and host countries*. Canadá, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2019, p. 31 e 32.

¹⁵ Os métodos tradicionais (*traditional transaction methods*) são o *comparable uncontrolled price* (CUP), que compara diretamente os preços; o *resale price*, que compara margens brutas de revenda; e o *cost plus*, que compara *markups*. Cf. OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paris, OCDE, 2022, Pars. 2.13 *et seq.* A peculiaridade da Lei n. 9.430/1996 foi o fato de ela predeterminar as margens brutas e *markups*, acrescido da possibilidade de o contribuinte escolher o método que lhe trouxesse o resultado mais favorável.

pessoas jurídicas, esse preço praticado deveria, no mínimo, ser igual ao preço parâmetro calculado com base num dos métodos previstos para as operações de exportação. Como os exportadores que atuavam nessa área tinham a liberdade de escolher o método que lhes trouxesse o resultado mais favorável, havia evidências de que o Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP), que utilizava uma margem bruta predeterminada de 15% aplicada sobre os custos do exportador mais impostos e contribuições, era o mais utilizado¹⁶. Assim, a própria lei permitia que o contribuinte alocasse numa *trading* no exterior toda a lucratividade que excedesse aqueles 15%.

Esse problema da transferência de lucros para as *tradings* vinha também preocupando as administrações tributárias de outros países que possuem a exportação das *commodities* como segmento relevante de suas economias. Nessa conjuntura, há mais de vinte anos, a Argentina incluiu na sua legislação que trata do tema dos preços de transferência a ideia de associar os preços das transações envolvendo *commodities* com as cotações divulgadas em mercados reconhecidos e transparentes¹⁷. Procurava-se, com isso, impedir a manipulação do preço transacionado com a *trading* na medida em que, para efeitos tributários, deveria prevalecer o preço de cotação na data do embarque¹⁸. A técnica ficou conhecida como “sexto método” porque foi inserida no sexto parágrafo do Art. 15 da *Ley de Impuestos a la Ganancias*, logo após o parágrafo que trata dos cinco métodos propostos pela OCDE¹⁹.

¹⁶ SILVA, Claudia Lúcia Pimentel Martins da; PRATES, Daniel Teixeira; GUIMARÃES JÚNIOR, Ivo Tambasco. O “sexto método” e a prática internacional. Aspectos relevantes de sua implementação e alternativas para o padrão brasileiro. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19. São Paulo: IBDT, 2020, p. 116.

¹⁷ Cocktail of measures for the control of harmful transfer pricing manipulation, focused within the context of low income and developing countries. Panamá, Inter-American Center of Tax Administrations (CIAT), 2019, p. 35 e 36.

¹⁸ Depois dessa previsão inicial objetiva, segundo a qual o preço de cotação deveria ser obtido com base na data do embarque da *commodity* exportada, a Argentina passou a adotar esse critério como subsidiário ao que estabelece a cotação correspondente ao encerramento da data da operação, aquela compreendida no intervalo entre os valores mínimos e máximos divulgados na data da operação ou, ainda, aquela correspondente às datas ou períodos previstos na fórmula contratual utilizada para efeitos de precificação da transação. Para minimizar a possibilidade de manipulação dessas datas, foi instituída a obrigação de que os contratos e as transações de exportação realizadas junto às partes relacionadas sejam registrados junto à administração tributária em período anterior à data do embarque. Cf. SILVA, Claudia Lúcia Pimentel Martins da; PRATES, Daniel Teixeira; GUIMARÃES JÚNIOR, Ivo Tambasco. O “sexto método” e a prática internacional. Aspectos relevantes de sua implementação e alternativas para o padrão brasileiro. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19. São Paulo: IBDT, 2020, p. 123 e 124.

¹⁹ Além dos três métodos tradicionais mencionados anteriormente, a OCDE propõe também outros dois métodos que são baseados em lucros (*transactional profit methods*): o *transactional net margin*

Seguindo a mesma motivação do país vizinho, a Lei n. 12.715/2012 introduziu no Brasil novos métodos especialmente desenvolvidos para o tratamento das *commodities*. Para as *commodities* importadas, foi criado o Método do Preço sob Cotação na Importação (PCI) e, para as exportadas, o Método do Preço sob Cotação na Exportação (PECEX)²⁰. Ambos eram obrigatórios para o cálculo do preço parâmetro das transações envolvendo *commodities* e foram definidos como os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas²¹. Então, para fins das bases de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro, o preço praticado pelo exportador de uma determinada *commodity* deveria ser agora, no mínimo, igual àquele valor médio da cotação calculado segundo o PECEX. Abandonou-se a ideia das médias aritméticas ponderadas, em bases anuais, que sustentavam os demais métodos idealizados no País²².

Os preceitos legais delimitavam que “os preços [...] serão comparados com os preços de cotação [...] na data da transação” e que “não havendo cotação disponível para o dia da transação, deverá ser utilizada a última cotação conhecida”. Além disso, na hipótese de ausência de identificação da data da transação, estipulavam que a conversão seria efetuada considerando-se, para o PCI, “a data do registro da declaração de importação de mercadoria”, e, para o PECEX, “a data de embarque dos bens exportados”²³.

Depois de a abordagem ser popularizada em alguns outros países da América Latina, a Organização das Nações Unidas (ONU) introduziu o “sexto método” na segunda versão do manual que criou para facilitar a aplicação do controle de preços de transferência pelos países em desenvolvimento. Aquela instituição, contudo, não escondeu algumas preocupações com a sua formulação: (i) ao não deixar de reconhecer que os preços de cotação das *commodities*, obtidos a partir de uma análise de comparabilidade, estão no escopo do CUP; (ii) ao não endossar que o método, tal como possa estar sendo empregado em alguma particular ju-

method (TNMM) e o *profit split*. Cf. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Paris: OCDE, 2022, Pars. 2.62 *et seq.*

²⁰ A Lei n. 12.715/2012 criou esses métodos inserindo os arts. 18-A e 19-A no texto original da Lei n. 9.430/1996.

²¹ Conforme já anunciado, na hipótese de não haver cotação dos bens em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas, previu-se que o preço parâmetro poderia ser obtido a partir de fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas. Para o caso do PECEX, admitiu-se também a possibilidade de serem comparados com os preços definidos por agências ou órgãos reguladores e publicados no *Diário Oficial da União*.

²² Eventuais dúvidas acerca desse entendimento foram eliminadas com a introdução, pela IN/RFB n. 1.870/2019, do § 18 do art. 16 e do § 19 do art. 34, na IN/RFB n. 1.312/2012, do seguinte comando: “o contribuinte deverá calcular um preço praticado e um preço parâmetro para cada operação [...] realizada, não se aplicando ao método de que trata o *caput* a apuração de médias”.

²³ Cf. os §§ 1º, 2º e 3º dos arts. 18-A e 19-A, que foram inseridos no texto original da Lei n. 9.430/1996.

risdição, esteja em consonância com o princípio *arm's length* extraído do artigo 9º de sua própria Convenção-Modelo e, nesse sentido, até ser considerado como um *safe harbour*; e (iii) ao reconhecer que o método, nessas condições, não considera as circunstâncias da transação controlada e possa potencializar situações de dupla tributação²⁴.

Com as recomendações advindas do já mencionado Projeto BEPS, a OCDE deu maior destaque ao tratamento das *commodities* pelo método CUP com a inclusão de cinco novos parágrafos nos seus *Guidelines*. É provável que essa iniciativa foi motivada pelo fato de alguns países do G20 possuírem as *commodities* como os mais importantes itens de suas pautas de exportação. Sem embargo, a OCDE deixa claro que, mesmo nesse caso, a análise de comparabilidade não é dispensada ao estatuir que as características economicamente relevantes das transações que formam o preço de cotação devem ser comparáveis à transação controlada. Nesse sentido, é importante observar as políticas de prêmios e descontos normalmente empregadas nesses mercados, bem como promover os devidos ajustes sempre que diferenças materiais possam afetar os preços. Outro fator relevante apontado nos *Guidelines* é a correta identificação da data em que as empresas controladas firmaram o preço da negociação uma vez que esta servirá como referência para a obtenção do preço de cotação²⁵.

A pertinência desses alertas da OCDE pôde claramente ser percebida na prática brasileira que se seguiu à criação dos Métodos PCI e PECEX. A própria lei previu que o valor da cotação deveria ser “ajustado para mais ou para menos do prêmio médio de mercado, na data da transação”²⁶. Várias instruções normativas subsequentes tentaram traçar os contornos desses ajustes ao restringir as hipóteses em que eles poderiam ser efetuados e estabelecer uma confusa distinção entre o que seriam os “prêmios” e aquilo o que denominou “demais ajustes”. Assim, a ideia de “prêmio” ficou circunscrita às características físicas dos produtos (quando houvesse variações na qualidade, características e teor da substância do bem vendido). Os “demais ajustes” poderiam ser feitos para além do prêmio e restringiam-se ao prazo de pagamento, quantidades negociadas, influências climáticas nas características dos bens importados, custos de intermediação nas operações de compra e venda praticadas pelas pessoas jurídicas não vinculadas, acondicionamento, frete e seguro, bem como aos custos de desembarque, de transporte interno, de armazenagem e de desembaraço aduaneiro²⁷.

²⁴ United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries. 2. ed. New York: ONU, 2017, item B.3.4.

²⁵ OCDE. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Paris: OCDE, 2022, Pars. 2.18 a 2.22.

²⁶ Cf. os §§ 1º dos art. 18-A e 19-A, também inseridos no texto original da Lei n. 9.430/1996.

²⁷ Cf. os arts. 16 e 34 da IN/RFB n. 1.312/2012, com as alterações dadas pelas IN/RFB n. 1.395/2013, 1.431/2013, 1.458/2014, 1.568/2015 e 1.870/2019.

Surgiram questionamentos acerca da desobediência da condição expressa na lei de que os bens sobre os quais havia a obrigação de se aplicar os Métodos PCI e PECEX deveriam “estar sujeitos a preços públicos em bolsas”. Segundo esse entendimento, não haveria espaço para a aplicação daqueles métodos em situações nas quais o produto era meramente similar²⁸. Nada obstante, a Administração se manifestou confirmando a possibilidade de aplicação nas situações em que ocorre a mera similaridade ao estatuir que “a adoção dos métodos PCI/PECEX é obrigatória ainda que não haja cotação específica, desde que o preço público possa ser alcançado através dos ajustes entre produtos similares para apuração do preço parâmetro”²⁹.

Apesar de as instruções normativas especificarem os ajustes permitidos, as seguidas modificações e o caráter exaustivo das hipóteses geravam sérias dúvidas. Numa delas que foi submetida ao procedimento de consulta, a Receita Federal se posicionou no sentido de que não há base legal para que o contribuinte busque efetuar uma decomposição do valor da cotação com a finalidade de retirar o efeito de variáveis listadas no contrato padrão (em que se baseia a cotação da bolsa) que supostamente tenham influenciado o preço futuro da *commodity*. Os dispositivos que determinam o ajuste nas instruções normativas são previstos para situações em que, após a cotação ter sido afetada pelo valor do prêmio, ainda remanesçam diferenças decorrentes das condições do negócio relativas à transação realizada pelo exportador³⁰.

Nesse panorama, não é difícil imaginar as dificuldades que se tinha para atender às recomendações da OCDE e efetuar os ajustes de comparabilidade necessários para eliminar todas as diferenças materiais entre as características economicamente relevantes da transação controlada e da transação estabelecida pelo contrato padrão.

4. Tratamento com a Lei n. 14.596

As distorções da Lei n. 9.430/1996, no entanto, eram muitas, o que acabou por comprometer totalmente a sua equiparação com o padrão internacional fundamentado no conhecido princípio *arm's length*. Notadamente, a combinação da predeterminação de margens fixas com a liberdade da escolha do método a ser aplicado propiciava a formulação de planejamentos tributários que condizia com a temerosa aplicação de *safe harbours* em larga escala, os quais, conforme alerta da OCDE, poderiam representar significativa perda de receitas para o país que ofe-

²⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Dialética, 2013, p. 199.

²⁹ Cf. a já mencionada Solução de Consulta Cosit n. 176/2015.

³⁰ Cf. a Solução de Consulta Cosit n. 2/2019.

rece tal benevolência. Era a própria concretização de “avenidas abertas para o planejamento tributário”³¹.

A partir de 2018, iniciou-se um projeto conjunto da Receita Federal com a OCDE no sentido de propor uma solução que se mostrasse mais adequada para os interesses nacionais³². Quase no encerramento do ano de 2022, foi assinada a MP n. 1.152, dispondo sobre as novas regras de preços de transferência, com previsão de vigência facultativa para o ano de 2023 e obrigatória para o ano de 2024. Com poucas alterações propostas pelo Congresso Nacional, a conversão daquela medida provisória resultou na edição da Lei n. 14.596, de 14 de junho de 2023.

Em seu art. 2º, como podia ser esperado, a lei positivou o princípio *arm's length* de maneira semelhante ao que já era encontrado nas legislações domésticas de muitos países. Estipulou-se que, para fins de determinação das bases de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro, “os termos e condições de uma transação controlada serão estabelecidos de acordo com aqueles que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis”. Depois, no art. 6º, a lei esclarece que são exigidas duas etapas para se determinar se os termos e condições estabelecidos na transação controlada estão de conformidade com o previsto pelo princípio *arm's length*. São elas: o “delineamento da transação controlada” e a sua “análise de comparabilidade”.

O art. 7º esclarece que o delineamento tem o objetivo de identificar as relações comerciais e financeiras entre as partes relacionadas (que se constituem nas próprias transações controladas) e as características economicamente relevantes associadas a essas relações (também denominadas fatores de comparabilidade, os quais serão de suma importância para a etapa seguinte da análise de comparabilidade). Dentre esses fatores, destaca-se a análise funcional, que consiste no detalhamento das funções desempenhadas, dos ativos utilizados e dos riscos assumidos pelas partes da transação controlada. O art. 8º prevê também que o Fisco poderá empreender uma espécie de teste de racionalidade comercial para verificar se partes independentes, agindo em circunstâncias comparáveis, considerando as opções realisticamente disponíveis, teriam realizado a transação controlada tal como delineada³³.

A análise de comparabilidade, prevista no art. 9º, é a etapa em que efetivamente se procede a comparação dos termos e condições da transação controlada com os que seriam estabelecidos entre partes independentes numa transação

³¹ GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência das transações internacionais*: incidência e reajuste das bases de cálculo dos tributos sobre lucros. Curitiba: Juruá, 2018, p. 190 a 193.

³² No final de 2019, foi publicado um relatório que apontou os diversos problemas da sistemática implementada pela Lei n. 9.430/1996. Cf. *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard*. Paris: OCDE, 2019.

³³ Para um maior aprofundamento sobre o tema, cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. Delineamento da transação controlada na Nova Lei de Preços de Transferência. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, IBDT, n. 12, ano 6, 2023, p. 241-296.

comparável. Para esse intento, ainda que com designações vertidas para o vernáculo, o art. 11 previu os mesmos cinco métodos sugeridos pela OCDE³⁴, sendo que o método mais apropriado será aquele que forneça a determinação mais confiável dos termos e condições que seriam estabelecidos entre partes independentes em uma transação comparável. Essa subjetiva escolha deverá levar em consideração: os fatos e circunstâncias da transação controlada; a adequação do método em relação à natureza da transação; a disponibilidade de informações confiáveis de transações comparáveis; o grau de comparabilidade entre a transação controlada e as transações realizadas entre partes independentes; e a confiabilidade de se efetuar ajustes para eliminar os efeitos de eventuais diferenças entre as transações comparadas.

No que diz respeito às *commodities*, o art. 13 previu que o Método do Preço Independente Comparável (PIC), que compara diretamente os preços da transação controlada com os preços de transações realizadas por partes não relacionadas, deve ser o preferido. Inclusive, deixou claro que os comparáveis internos (quando uma das partes da transação controlada realiza também transações comparáveis com terceiros independentes) e os preços de cotação se incluem nesse contexto das transações realizadas por partes não relacionadas. Porém, aqui é importante frisar, essa é uma preferência *prima facie* porque, se for possível estabelecer que outro método seja aplicável de forma mais apropriada, com vistas a se observar o princípio *arm's length*, este deverá ser o escolhido em detrimento do PIC.

Como já anunciado, o art. 12 definiu o que se entende por preço de cotação. São as cotações ou os índices obtidos em bolsas de mercadorias e futuros, em agências de pesquisa ou em agências governamentais, reconhecidas e confiáveis, “que sejam utilizados como referência por partes não relacionadas para estabelecer os preços em transações comparáveis”. Consentâneo com esse trecho que foi destacado, o pouco de diferente da lei que até o momento foi regulamentado sobre o tema das *commodities* complementa que “a avaliação da utilização dos preços de cotação [...] deverá considerar se eles são ampla e rotineiramente utilizados por partes não relacionadas em transações comparáveis”³⁵. Ou seja, não é qualquer cotação que será aceita. Há que se comprovar sua utilização como referência no setor da *commodity* em questão e que essa utilização é também ampla e rotineira.

A possibilidade de ajustes ao preço de cotação, tão controversa na legislação anterior, foi também prevista nos §§ 1º e 2º do art. 13. Destarte, no contexto de

³⁴ São eles: o Preço Independente Comparável (PIC), idêntico ao CUP; o Preço de Revenda menos Lucro (PRL), idêntico ao *resale price*; o Custo mais Lucro (MCL), idêntico ao *cost plus*; o da Margem Líquida da Transação (MLT), idêntico ao TNMM; e o da Divisão do Lucro (MDL), idêntico ao *profit split*. Além disso, tal como na prática internacional, foi admitida a utilização de outros métodos desde que produza resultados consistentes com princípio *arm's length*.

³⁵ Cf. o art. 36, parágrafo único, da IN/RFB n. 2.161/2023.

qualquer hipótese de aplicação do PIC, estipulou-se que, quando houver diferenças entre as condições da transação controlada e as condições das transações entre partes independentes ou as condições que determinam o preço de cotação, desde que essas diferenças de condições afetem materialmente o preço da *commodity*, “serão efetuados ajustes para assegurar que as características economicamente relevantes das transações sejam comparáveis”. Contudo, tais ajustes não devem ser efetuados se “afetarem a confiabilidade do método PIC e justificarem a consideração de outros métodos de preços de transferência”.

Diante de todos esses alertas acerca da possibilidade e confiabilidade de utilização do Método PIC com base no preço da cotação, é oportuno refletir sobre as operações que envolvem o uso das *trading companies*. São bastante variadas as formas de arranjos contratuais empregadas na comercialização das *commodities*³⁶. A *trading* pode atuar meramente como um agente em troca de uma comissão calculada em função de seus custos, do volume ou do valor das vendas que consegue promover. Neste caso, o delineamento demonstrará que o seu perfil funcional é bem reduzido, restringindo-se às funções de promoção das vendas e captura de clientes. Os riscos da operação ficam quase que exclusivamente alocados na empresa exportadora.

Uma outra configuração mais comumente observada entre empresas relacionadas é aquela em que a *trading* assume a titularidade da *commodity* exportada. O espectro dos arranjos possíveis nessa configuração é bastante amplo. O contrato pode ser de curto prazo e se referir a uma pequena parcela da produção exportada, sobre a qual a *trading* tem pretensões mais especulativas diante de perspectivas de maior volatilidade no preço da *commodity*. No outro extremo, pode ser estabelecido um contrato de longo prazo em que a *trading* adquire antecipadamente toda a produção a ser exportada. Nesse contexto, o delineamento poderá identificar relações comerciais e financeiras que constituam outras transações controladas (para além da exportação, propriamente dita, da *commodity*), tais como a prestação de serviços, pagamentos de *royalties* ou operações financeiras. As funções e riscos alocados na *trading* tenderão, então, a crescer na medida em que o arranjo contratual se torne mais complexo.

Nesse cenário, há que se atentar para o fato de o Método PIC com base no preço de cotação não ser considerado o mais apropriado se a *commodity* em questão não for negociada em bolsa de mercadorias e futuros³⁷ que seja utilizada como referência, de forma ampla e rotineira no respectivo setor, ou se não for possível fazer ajustes confiáveis para eliminar as diferenças materiais entre as condições

³⁶ LÖF, Anton; MAGNUN, Ericsson. *Commodity Trading: understanding the tax-related challenges for home and host countries*. Canadá, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2019, p. 47 a 52.

³⁷ A mesma observação se aplica caso, em vez da bolsa de mercadorias e futuros, for cogitada a cotação divulgada por instituição de pesquisa setorial, agência ou órgão regulador.

do contrato padrão, em que se baseia a bolsa para a formação do preço cotação, e as condições do contrato celebrado com a *trading*. Ao contrário do que se possa imaginar, já que a técnica das cotações divulgadas em mercados reconhecidos e transparentes foi concebida justamente para enfrentar os planejamentos tributários envolvendo as operações intermediadas por *tradings*, é bem possível que a Administração entenda que essas premissas para a utilização do preço de cotação tenham sido extrapoladas num caso concreto. Nesse sentido, é sempre bom lembrar que a própria OCDE admitiu o uso da técnica desde que as características economicamente relevantes das transações que formam o preço de cotação (as condições do contrato padrão) sejam comparáveis às da transação controlada.

Perante uma situação como esta, ou seja, ser inapropriado aplicar o PIC com base no preço da cotação, não é surpresa que surja o questionamento sobre qual seria, então, método mais apropriado. A meu ver, a hipótese do uso do PIC com base em comparáveis internos parece ser bastante adequada quando se dispuser do preço que foi praticado pela *trading* na venda da *commodity* ao destinatário final independente. Afinal, está se falando da mesma mercadoria sendo transacionada entre partes não relacionadas. É certo que as condições dessa transação subsequente serão diferentes daquelas existentes na transação controlada (entre a exportadora e a *trading*). Nada obstante, parece que os ajustes de comparabilidade necessários para eliminar as diferenças das características economicamente relevantes das transações serão mais confiáveis do que aqueles previstos para equiparar o preço de cotação com a transação controlada (basta lembrar das dificuldades relatadas sobre os prêmios e demais ajustes propostos pela legislação anterior). Veja-se que a IN/RFB n. 2.161/2023, que foi a primeira e única até o momento a regulamentar a Lei n. 14.596/2023, possibilita a utilização dos chamados “ajustes por *netback*” com essa perspectiva³⁸. Seria o caso, então, de identificar a atuação da *trading* como um ponto na cadeia de valor e descontar do preço praticado com o destinatário final os seus custos e a remuneração que lhe seja adequada com base no perfil funcional identificado no delineamento.

Outra possível abordagem é considerar a *trading* como parte testada no âmbito do Método da Margem Líquida da Transação (MLT) e fazer o *benchmarking* de comparáveis a partir de um indicador de rentabilidade com denominador baseado nos seus custos. Caso o delineamento indique que a *trading* efetua contribuições únicas e valiosas, especialmente com intangíveis, que assume riscos economicamente significativos ou que há operações altamente integradas, pode ser mais apropriado ainda empregar o Método da Divisão do Lucro (MDL)³⁹.

Por fim, de novo na hipótese do PIC com base no preço de cotação, de forma não muito diferente do que estava previsto na legislação anterior, os §§ 3º e 4º do

³⁸ Cf. o art. 32, § 2º, VII, e o Anexo IV da IN/RFB n. 2.161/2023.

³⁹ Cf. os arts. 41, 42 e 44 da IN/RFB n. 2.161/2023.

art. 13 previram que a cotação seja determinada com base na data ou no período de datas acordado pelas partes para precificar a transação. Mas, para isto, o contribuinte deve “fornecer documentação tempestiva e confiável” acerca dessas informações, inclusive “sobre a determinação da data ou do período de datas utilizado pelas partes relacionadas nas transações efetuadas com os clientes finais, partes não relacionadas”. Além disso, “a data ou período de datas especificado na documentação apresentada deve ser consistente com a conduta efetiva das partes”. Caso sejam descumpridos esses requisitos, a autoridade fiscal poderá determinar o valor da *commodity* com base no preço de cotação referente: “à data ou ao período de datas que seja consistente com os fatos e as circunstâncias do caso e com o que seria estabelecido entre partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis”; ou, não sendo possível, “à média do preço de cotação da data do embarque ou do registro da declaração de importação”.

Em sintonia com uma prática já sedimentada em alguns países que utilizam a técnica do preço de cotação⁴⁰, o art. 14 previu que as informações relacionadas à data da transação deverão ser prestadas perante registro à administração tributária. Neste sentido, foi criado o Registro de Transações com Commodities que o contribuinte deve apresentar segundo as diretrizes traçadas pela Receita Federal, notadamente o fato de que tal registro deve ser efetuado não muito tempo depois de que ocorra a transação⁴¹.

5. Conclusão

Como visto, a utilização das *trading companies* é uma realidade largamente utilizada na cadeia de suprimentos das *commodities*. A administração tributária não deveria de imediato estranhar e pretender discriminar as operações de exportação e importação que empregam essas estruturas. Se é verdade que a sua intermediação em jurisdições de tributação favorecida ou beneficiada por regimes fiscais privilegiados desperta a possibilidade de transferência de lucros via manipulação de preços, não se deve descuidar de uma política de *compliance* que

⁴⁰ SILVA, Claudia Lúcia Pimentel Martins da; PRATES, Daniel Teixeira; GUIMARÃES JÚNIOR, Ivo Tambasco. O “sexto método” e a prática internacional. Aspectos relevantes de sua implementação e alternativas para o padrão brasileiro. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19. São Paulo: IBDT, 2020, p. 123 e 124.

⁴¹ Cf. o art. 64 da IN/RFB n. 2.161/2023, no qual está especificado que o registro deve ser efetuado até o décimo dia subsequente ao decêndio em que ocorreu a transação. As informações solicitadas são aquelas que foram listadas no Ato Declaratório Executivo (ADE) Copes n. 2/2023. O curioso é que, pelo menos neste começo da implantação da nova legislação, não foram incluídas as informações concernentes à data ou período de datas utilizado pelas partes relacionadas nas transações efetuadas com os clientes finais, partes não relacionadas, como havia sido expressamente veiculado no texto da lei.

esteja atenta às novas regras que foram introduzidas para o controle dos preços de transferência.

Um primeiro conselho é garantir a racionalidade comercial da operação. A nova lei permite que a fiscalização não reconheça a transação que envolve a exportação (ou a importação) com o uso da *trading*, se concluir que partes independentes, agindo em circunstâncias comparáveis e comportando-se de maneira comercialmente racional não a teriam realizado. Para isso, haverá que demonstrar a existência de uma alternativa que, para além de realisticamente disponível, era também “claramente”⁴² mais vantajosa para cada uma das partes quando a transação foi realizada. O não reconhecimento poderá ser materializado na forma de mera desconsideração da transação que foi delineada ou até mesmo de sua substituição por aquela alternativa. Daí poderão sobrevir consequências tributárias consubstanciadas por ajustes nas bases de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro.

Assegurada a racionalidade da operação, importa também atestar a escolha do método mais apropriado. Conforme já alertado, caso as premissas para a utilização do Método PIC com base no preço da cotação não sejam atendidas, deve ser levado em conta a hipótese de uso do PIC a partir do preço que foi praticado pela *trading* na venda da *commodity* ao destinatário final independente (comparável interno). Nesse sentido, deve-se reconhecer a *trading* como um ponto na cadeia de valor. Outra possibilidade é o uso da *trading* como parte testada no âmbito do Método MLT ou, se o delineamento revelar que a *trading* possui um perfil funcional mais robusto, a divisão do lucro segundo os critérios do Método MDL.

Deve ficar claro que o preço praticado com o destinatário final independente é uma informação necessária em qualquer dessas hipóteses alternativas ao preço de cotação. Afinal, é a partir dele que são feitos os “ajustes por *netback*”, no caso do PIC com base em comparáveis internos, ou que se calcula o lucro operacional total da operação, no caso das alocações efetuadas no âmbito do MLT e do MDL. Não se pode supor que o Fisco não terá acesso fácil a essa informação no atual estágio dos mecanismos internacionais de trocas de informações⁴³. Para que se

⁴² Apesar de não ter sido utilizado no art. 8º da Lei n. 14.596/2023, o advérbio de intensidade “claramente” foi expressamente incluído no art. 10 e no § 5º do art. 9 da IN/RFB n. 2.161/2023. A OCDE chancela essa ênfase quando afirma que empresas independentes somente efetivarão a transação se não puderem ver nenhuma alternativa que ofereça uma oportunidade claramente mais atrativa (*clearly more attractive*) para os seus objetivos comerciais. Cf. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris, OCDE, 2022, Pars. 1.138.

⁴³ Como consequência dos esforços para fortalecer a cooperação no combate à evasão e elisão tributárias, surgiram várias iniciativas com o intuito de facilitar a troca de informações entre os países. Além das cláusulas tradicionalmente pactuadas nos acordos de bitributação (de conformidade com os artigos 26 das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU), despontaram a *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* e acordos específicos para o tratamento exclusivo do tema (*Tax Information Exchange Agreements – TIEAs*). Em 2010, a referida convenção foi emendada para possibilitar a sua multilateralidade e a troca automática de informações. A OCDE

possa impedir o uso de *secret comparables*⁴⁴ pelo Fisco nas situações em que a *trading* beneficiada por regime tributário favorecido não é uma parte relacionada, deverá ficar bem demonstrado que o próprio contribuinte não tem como saber qual foi o preço praticado com o destinatário final.

Ademais, a análise funcional exigida no quadro do delineamento é outra providência que não deve ser negligenciada. Os §§ 1º e 2º do art. 15 da Lei n. 14.596/2023 determinam que “o contribuinte deverá fornecer as informações necessárias para a determinação correta das funções desempenhadas, dos ativos utilizados e dos riscos assumidos pelas partes da transação controlada, de modo a demonstrar a seleção apropriada da parte testada, e documentará as razões e as justificativas para a seleção efetuada”. Caso essa exigência seja descumprida, permite-se que as funções, os ativos e os riscos que possam ser determinados de forma confiável como efetivamente desempenhadas, utilizados ou assumidos serão alocados à *trading*, enquanto demais funções, ativos e riscos identificados na transação controlada serão alocados ao contribuinte. Com isso, a parte mais substantiva do lucro da operação, ou até mesmo a sua totalidade, poderá acabar sendo tributada no Brasil.

Por esses e outros motivos, uma boa política de *compliance* deverá antever os novos questionamentos que poderão ser suscitados com a recente legislação. A já consagrada estruturação das *tradings* nos diversos setores das *commodities* não será um problema se informações detalhadas forem fornecidas sobre todas as escolhas e decisões tomadas nas etapas do delineamento e da análise de comparabilidade. É o que se espera seja feito na elaboração da documentação proposta pela Administração para o controle dos preços de transferência⁴⁵. A possibilidade de se pro-

aproveitou essas três formas de acordos de trocas de informações para criar modelos de protocolos de adesão, pelas autoridades competentes dos diversos países celebrantes desses acordos, para a troca automática das informações relativas aos CbC *reports* (para o caso dos países que aderiram à convenção multilateral, foi criado o modelo denominado *Multilateral Competent Authority Agreement on the Exchange of CbC Reports*). Foi nesse contexto que o Brasil promulgou em 15-5-2013, através do Decreto n. 8.003/2013, o Acordo para o Intercâmbio de Informações com os Estados Unidos; e, em 1º-6-2016, através do Decreto n. 8.842/2016, a Convenção (multilateral) sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária. Subsequentemente, na condição de autoridade competente, o Secretário da RFB assinou: em 21-10-2016, a declaração para a troca automática das informações dos CbC *reports* com as autoridades dos países signatários da convenção multilateral; e, em 13-7-2017, o acordo para a troca automática das informações dos CbC *reports* com a autoridade americana.

⁴⁴ A OCDE deixa claro que não é justo as administrações tributárias utilizarem informações às quais os contribuintes não possuem acesso (os chamados *secret comparables*), a menos que lhes sejam dadas oportunidades de conhecer essas informações e defender suas posições. Cf. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OCDE, 2022, Par. 3.36.

⁴⁵ Cf. os chamados Arquivos Global e Local nos arts. 54 a 63 da IN/RFB nº 2161/23. Veja-se também o Registro de Transação de Commodities instituído de conformidade com o previsto na nota nº 41.

por um processo de consulta específico⁴⁶, idealizado no art. 38 da Lei n. 14.596/2023 para que a metodologia a ser utilizada no controle dos preços de transferência seja antecipadamente discutida com o Fisco, também deve ser ponderada, tendo em vista a certeza que pode proporcionar para os diversos agentes envolvidos nesse contexto.

Referências

- CIAT. Cocktail of measures for the control of harmful transfer pricing manipulation, focused within the context of low income and developing countries. Panamá, Inter-American Center of Tax Administrations (CIAT), 2019.
- GREGORIO, Ricardo Marozzi. Delineamento da Transação Controlada na Nova Lei de Preços de Transferência. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, IBDT, n. 12, ano 6, p. 241-296, 2023.
- GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência das transações internacionais: incidência e reajuste das bases de cálculo dos tributos sobre lucros*. Curitiba: Juruá, 2018.
- KPMG. *Commodity trading companies: meeting the challenge of tax and regulatory change*. KPMG International, 2015.
- LÖF, Anton; MAGNUN, Ericsson. *Commodity Trading: understanding the tax-related challenges for home and host countries*. Canadá, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2019.
- OCDE. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. Paris, OCDE, 2013.
- OCDE. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Paris, OCDE, 2022.
- OCDE. Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard. Paris: OCDE, 2019.
- ONU. United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries. 2. ed. New York, ONU, 2017.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.
- SILVA, Claudia Lúcia Pimentel Martins da; PRATES, Daniel Teixeira; GUIMARÃES JÚNIOR, Ivo Tambasco. O “sexto método” e a prática internacional. Aspectos relevantes de sua implementação e alternativas para o padrão brasileiro. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a covid-19. São Paulo: IBDT, 2020.

⁴⁶ Trata-se da versão brasileira dos chamados *Advance Pricing Agreements* (APA). Cf. OCDE, ob. cit. (nota nº 7), Pars. 4.134 *et seq.*

Ficções Jurídicas de Legislação Interna e Acordos de Bitributação: uma Análise à Luz do Caso Fowler v. HMRC

Legal Fictions of Domestic Law and Double Tax Treaties: an Analysis in Light of the Case Fowler v. HMRC

Camila Nasser Cabral

Resumo

O presente estudo tem como objeto discorrer sobre a relação entre ficções jurídicas de legislação interna e aplicação dos acordos de bitributação, por meio da análise do caso Fowler *v.* HMRC. Tal caso discutiu se a atribuição de tratamento tributário diferenciado a rendimentos da atividade de mergulho em razão de uma relação de emprego, que, por ficção jurídica na legislação tributária do Reino Unido, são submetidos a tratamento tributário aplicável a rendimentos de atividades negociais, alterou, ou não, o significado do termo “emprego” para fins de aplicação do acordo de bitributação assinado com a África do Sul.

Palavras-chave: ficções jurídicas, direito tributário internacional, interpretação de acordos de bitributação; artigo 3º da Convenção Modelo da OCDE, artigo 31 da Convenção de Viena, Fowler *v.* HMRC.

Abstract

The present study aims to discuss the relationship between legal fictions of domestic legislation and the application of double taxation agreements, through the analysis of the case of Fowler *v.* HMRC. This case discussed whether or not the attribution of differential tax treatment to income from diving activity due to an employment relationship, which, by legal fiction in the United Kingdom’s tax legislation, is subject to tax treatment applicable to income from business activities, changed, or not, the meaning of the term “employment” for the purposes of applying the double taxation agreement signed with South Africa.

Keywords: legal fiction, international tax law, interpretation of double taxation agreements, article 3 of the OECD Model Convention, article 31 of the Vienna Convention, Fowler *v.* HMRC.

1. Introdução

Ficções jurídicas, especialmente as ficções jurídicas legais, ou seja, aquela estabelecida por lei, sempre foram abordadas de maneira heterogênea em âmbito doutrinário, a depender do que se considera como “verdade” ou “realidade”.

Para autores como Alfredo Augusto Becker, a ficção jurídica corresponde a um instituto por meio do qual a lei estabelece como verdadeiro um fato que é provável ou certamente falso¹. Esse também é o entendimento de Maria Rita Ferragut, que rechaça o uso de ficções jurídicas no âmbito do Direito Tributário, principalmente para a criação de obrigações tributárias².

Com a devida vênia, quando observamos os efeitos das ficções jurídicas no âmbito do Direito Tributário, não nos filiamos ao entendimento de que estas se pautam em considerar verdadeiro algo que é falso. Sobre o tema, ensina Luís Eduardo Schoueri que o emprego de ficções jurídicas ocorre para se equiparar dois institutos jurídicos apenas para determinados propósitos³. De maneira similar, Humberto Ávila entende que a ficção tem a “estrutura de X contando como Y”, citando o exemplo de navios que, para determinados efeitos legais, são considerados bens imóveis⁴.

Dessa forma, tem-se que o que se verifica é a utilização de ficções jurídicas com o condão de atribuir a um determinado fato ou instituto as consequências jurídico-tributárias que seriam atribuídas a outro, sendo este outro legalmente delineado. A existência desse outro fato ou instituto é o que denominamos, no presente estudo, como realidade jurídico-institucional. Veja-se, portanto, que não há descaracterização de um fato ou instituto, mas sim atribuição de consequências jurídico-tributárias originalmente aplicáveis a outro por meio de uma intenção do legislador, sendo algo que “trata coisas distintas como iguais, já como iguais sendo diferentes, o inexistente como realizado, o realizado como inexistente”⁵.

A título de exemplo, citamos a equiparação a bens imóveis os direitos reais sobre imóveis e as ações que os assegurem, conforme disposto no inciso I do art. 80⁶ do Código Civil (CC) brasileiro. Diante da leitura de tal dispositivo, é relativamente simples, do ponto de vista do intérprete, entender que “direitos reais sobre imóveis” são apenas direitos na realidade jurídico-institucional (ou seja, algo puramente incorpóreo), mas que, para fins da legislação cível, tais direitos

¹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007, p.539-540.

² FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 161.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 106-107.

⁴ ÁVILA, Humberto. Fato presuntivo do fato gerador. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 50, 2022.

⁵ PACHECO, Angela Maria da Motta. *Ficções jurídicas tributárias*, 2006. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 245, *apud* PÉREZ DE AYALA, Jose Luis. *Las ficciones en el Derecho Tributario*. Madri: Editorial de Derecho Financiero, 1970, p. 15.

⁶ “Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;”

são considerados bens imóveis, que, em uma realidade jurídico-institucional, significa algo que não se move⁷.

Em se tratando especificamente de legislação tributária, pertinente citar como exemplo o art. 162 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR)⁸, que demonstra uma ficção por equiparação, visto que equipara empresas individuais a pessoas jurídicas.

A depender da maneira como são instituídas as ficções jurídico-tributárias em âmbito doméstico, surge uma controvérsia no âmbito do Direito Tributário Internacional e a aplicação dos acordos de bitributação, já que, em determinadas situações de incerteza na classificação do rendimento em razão de o texto do acordo não prever definição de um termo, o reenvio integrativo à legislação doméstica dos Estados Contratantes é uma via de solução. Nessa hipótese, havendo uma ficção jurídica atribuindo a um fato ou instituto as consequências tributárias de outro, deve tal ficção prevalecer para fins de classificação de um rendimento considerando as regras distributivas de um acordo de bitributação?

Essa foi a discussão no caso *Fowler v. HMRC*, que passamos a analisar a seguir.

2. O caso *Fowler v. HMRC*

Martin Fowler é um mergulhador residente fiscal na África do Sul que trabalhou durante os anos de 2011-2012 e 2012-2013 em projeto desenvolvido em solo e águas pertencentes ao Reino Unido. Em razão das particularidades de sua relação com a empresa britânica que o contratou, duas controvérsias surgiram quando da aplicação do acordo de bitributação assinado em 2002 entre a África do Sul e o Reino Unido (ADT).

A primeira delas foi com relação à natureza da relação estabelecida entre Fowler e a empresa britânica que o contratou, já que, diante das particularidades envolvidas, Fowler entendeu se tratar de uma contratação direta de seus serviços na condição de profissional autônomo (*self-employed*), o que atrairia a aplicação da regra disposta no artigo 7 do ADT, referente a lucros das empresas (*business profits*), já que o ADT não prevê regra distributiva específica para rendimentos de

⁷ Cf. significado atribuído pelo dicionário *Michaelis*, disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/imovel>. Acesso em: 11 ago. 2023.

⁸ “Art. 162. As empresas individuais são equiparadas às pessoas jurídicas.

§ 1º São empresas individuais:

I – os empresários constituídos na forma estabelecida no art. 966 ao art. 969 da Lei n. 10.406, de 2002 – Código Civil;

II – as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, por meio da venda a terceiros de bens ou serviços; e

III – as pessoas físicas que promovam a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos, nos termos estabelecidos na Seção II deste Capítulo.”

atividades profissionais autônomas. Todavia, as autoridades fiscais do Reino Unido (HMRC) entenderam que a relação em questão era de emprego.

A princípio, rendimentos oriundos de relação de emprego se sujeitam à regra do artigo 14 do ADT⁹ (*income from employment*). Todavia, em razão de o termo “emprego” não possuir definição em qualquer parte do ADT, Fowler considerou o disposto na legislação doméstica do Reino Unido por meio de reenvio integrativo geral autorizado pelo artigo 3 (2) do ADT.

Na legislação doméstica do Reino Unido, o termo “*employment*” é observado na Seção 4 do *Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003* (ITEPA), que define emprego, para fins de se entender o que seria rendimento de emprego, como: (a) qualquer emprego em razão de um contrato de serviço; (b) qualquer emprego em razão de um contrato de aprendiz; e (c) qualquer emprego em razão de serviço à Coroa britânica. Note-se, portanto, que legislação tributária não confere uma definição propriamente dita do termo “emprego”, mas sim da expressão “rendimento de emprego”, elencando tipos de contratos de emprego, sem apontar quaisquer requisitos essenciais à existência de um emprego, como subordinação, remuneração fixa, periodicidade, entre outros. Dessa forma, tem-se que a realidade jurídico-institucional da relação de emprego é atestada a partir de conceitos de outro(s) diploma(s) legal(is).

Independentemente das fontes normativas utilizadas como base para se concluir que a relação em questão se tratava de relação de emprego, fato é que, por meio de uma ficção jurídica inserida no *Income Tax (Trading and Other Income) Act* de 2005 (ITTOIA), a atividade de emprego de um determinado grupo de mergulhadores é tratada como rendimento do exercício de uma atividade negocial (*carrying on a trade*) para fins de tributação sobre a renda, sendo o objetivo de tal re-

⁹ Veja-se no texto original do ADT assinado entre o Reino Unido e a África do Sul:

“1. Subject to the provisions of Articles 15, 17 and 18 of this Convention, salaries, wages and other similar remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment shall be taxable only in that State unless the employment is exercised in the other Contracting State. If the employment is so exercised, such remuneration as is derived therefrom may be taxed in that other State.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this Article, remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment exercised in the other Contracting State shall be taxable only in the first-mentioned State if:

(a) the recipient is present in the other State for a period or periods not exceeding in the aggregate 183 days in any twelve-month period commencing or ending in the fiscal year concerned, and

(b) the remuneration is paid by, or on behalf of, an employer who is not a resident of the other State, and

(c) the remuneration is not borne by a permanent establishment which the employer has in the other State.

3. Notwithstanding the preceding provisions of this Article, remuneration derived in respect of an employment exercised aboard a ship or aircraft operated in international traffic may be taxed in the Contracting State of which the enterprise operating the ship or aircraft is a resident”.

gra permitir certas deduções aos referidos mergulhadores quando da apuração do imposto de renda devido, tendo em vista que, na maioria das vezes, o custo para o exercício das atividades por parte dessa classe de mergulhadores é suportado por eles mesmos¹⁰. É em razão dessa previsão que surgiu a grande controvérsia do caso *Fowler v. HMRC*.

Em razão da ficção jurídica presente no ITTOIA, Fowler concluiu que os rendimentos por si auferidos se sujeitariam à regra do artigo 7 do ADT (*business profits*) por não haver regra distributiva específica para rendimentos de atividades negociais desempenhadas de maneira autônoma, que é como a legislação tributária doméstica trata a renda em questão. Contudo, essa não foi a conclusão de HMRC, que levou o caso ao tribunal de primeira instância (First Tier Tribunal – FTT), oportunidade na qual o juiz Guy Brannan pontuou que o cerne da questão seria entender até onde se estende o efeito de uma ficção jurídica, se seria apenas ao objetivo imediato por ela endereçado ou se iria além, para produzir efeitos também no âmbito da classificação de rendimentos do ADT.

A decisão do FTT foi favorável a Fowler, no sentido de que as disposições da legislação tributária do Reino Unido, ainda que instituídas por meio de ficção jurídica, seriam aplicáveis para fins de classificar seus rendimentos no âmbito do ADT. Dessa forma, mesmo sendo considerado empregado, de fato e de direito, de empresa britânica, havendo previsão legal no sentido de que uma atividade de emprego será considerada atividade negocial desempenhada de maneira autônoma, a natureza do rendimento para fins de classificação no âmbito do ADT seguiria o mesmo racional.

Todavia, a decisão foi objeto de recurso ao Tribunal Superior (Upper Tribunal – UT) por parte de HMRC, oportunidade na qual a decisão do FTT foi revertida. Diante do resultado, Fowler levou o caso à Corte de Apelações do Reino Unido (Court of Appeal), que decidiu por aplicar as regras do artigo 7 do ADT, sob o argumento de que os termos não definidos no ADT considerados relevantes para o caso¹¹ devem ter o significado atribuído pela legislação tributária ou legislação geral do Reino Unido, e que o efeito atribuído pela legislação tributária do Reino Unido aos rendimentos de Fowler era o de rendimento de uma atividade negocial (*carrying on a trade*)¹².

¹⁰ Confira-se no julgamento da Suprema Corte no caso *Fowler v. HMRC* “The reason for this particular tax treatment of this class of divers was a matter of some debate in submissions before this court. But the FtT found that it was because, at least at the time of the enactment of the precursor to section 15, section 29 of the Finance Act 1978, this class of divers commonly incurred their own costs, and therefore deserved the more generous expenses regime afforded to the self-employed, by comparison with employees”.

¹¹ No julgamento, tais termos seriam os termos “*Profits*” e “*enterprise of a contracting state*”, dispostos no artigo 7º, e “*salaries, wages and other similar remuneration*” e “*employment*”, dispostos no artigo 14.

¹² Confira-se Lord Briggs no julgamento do caso: “The second is that terms used in the Treaty, if not defined in the Treaty itself, are to be given the meaning which they have in the tax law, or the

Após novo recurso interposto por HMRC, o caso chegou à Suprema Corte do Reino Unido, que proferiu a decisão final do caso, que examinaremos após tecermos breves comentários acerca da atividade interpretativa no âmbito dos acordos de bitributação.

3. Interpretação nos acordos de bitributação: o artigo 3 (2) e as disposições da CVDT

Em regra, considerando a estrutura da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (CM-OCDE), os termos utilizados em um acordo de bitributação são definidos no artigo 3 (1), quando não é possível encontrar definição diretamente no texto das cláusulas distributivas específicas ou gerais ou, ainda, no protocolo, caso haja. Contudo, conforme visto anteriormente, nem todos os termos utilizados em um acordo de bitributação constam no rol apresentado pelo artigo 3 (1) ou nos demais artigos, razão pela qual o artigo 3 (2) da CM-OCDE permite com que um termo não definido seja interpretado de acordo com o significado conferido pela legislação doméstica dos Estados Contratantes vigente à época da aplicação do acordo de bitributação, a não ser que o contexto requeira solução diversa, prevalecendo o significado atribuído pela legislação tributária.

Como ensina Luís Eduardo Schoueri¹³, o artigo 3 (2) teria alcance restrito ao se referir ao reenvio à legislação doméstica dos Estados Contratantes, somente podendo ser aplicável quando for impossível atestar o significado de uma expressão pelo próprio texto do acordo de bitributação, desde que o contexto não exija solução diversa. Dessa forma, extrai-se que as partes devem priorizar a interpretação autônoma dos acordos de bitributação em face do reenvio à legislação doméstica.

A ideia de preferência por uma interpretação autônoma dos termos do acordo de bitributação é reforçada quando da inclusão, na CM-OCDE de 2017, da alternativa de as autoridades fiscais do Estados Contratantes se utilizarem de procedimento amigável previsto no artigo 25 da CM-OCDE para acordarem acerca de um diferente significado a um dos termos não definidos. Sendo assim, extrai-se que parte da doutrina considera o artigo 3 (2) uma “regra geral de interpretação” em razão da ordem de fatores a serem observados até que seja necessário o

general law, of the state seeking to recover tax, here the UK. Thus, if the effect of the UK tax law’s requirement to treat Mr Fowler as if he was self-employed is to govern the meaning of relevant terms in the Treaty, the outcome might be that he was to be treated as self-employed under the Treaty, and therefore taxable, if at all, in South Africa. This was the conclusion of the majority in the Court of Appeal, from which HMRC appeals to this court”.

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-35.

reenvio às leis domésticas dos Estados Contratantes¹⁴, sendo que tal reenvio, de acordo com Klaus Vogel, necessita ser devidamente justificado e considerar os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)¹⁵, já que esta Convenção foi elaborada pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) para ser aplicável a todos os tratados internacionais¹⁶, inclusive os acordos de bitributação.

Quando da elaboração e celebração da CVDT, houve grande discussão acerca da interpretação dos tratados internacionais, especificamente no que diz respeito à possibilidade, ou não, de haver controle interpretativo, bem como qual seria o objetivo da interpretação e se haveria método mais adequado para que fosse alcançado¹⁷. Apesar de as controvérsias envolvendo a CVDT e a interpretação de tratados internacionais não serem escopo do presente estudo, importa destacar os ensinamentos de Rodrigo Maito no sentido de que a interpretação de tratados é realizada de acordo com duas vertentes, sendo que uma delas privilegia o texto do acordo (interpretação textual), ao passo que uma segunda vertente é mais abrangente, considerando a vontade das partes (interpretação subjetiva)¹⁸. Para Luis Flavio Neto, a interpretação subjetiva se aproxima da textual, na medida em que ambas sustentam ser o objetivo da interpretação a descoberta da vontade das partes, sendo tais teorias afastadas apenas pelos elementos a serem utilizados pelo intérprete no processo de identificação da intenção dos Estados Contratantes¹⁹.

Diante das divergências de posicionamento acerca da interpretação dos tratados internacionais, a Comissão de Direito Internacional da ONU, na Convenção de Viena de 1969, emitiu relatório reconhecendo o posicionamento da doutrina majoritária pela prevalência da interpretação de tratados com base no texto convencional, porém, ao mesmo tempo, conferindo espaço para evidências extrínsecas da intenção das partes, dos objetos e propósitos do tratado como meio de interpretação. Considerando tal relatório, quando da promulgação da CVDT,

¹⁴ BURGGEN, E. van der. Unless the Vienna Convention otherwise requires: notes on the relationship between Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *European Taxation. International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 43, n. 5, 2003, p. 142.

¹⁵ VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3rd ed. Germany: Kluwer Law International, 1997. p. 43.

¹⁶ GARIBAY, M. Sada. An Analysis of the Case Law on Article 3(2) of the OECD Model (2010), 65 *Bull. Intl. Taxn. 8. Journals IBFD*, 2011. (accessed 9 December 2016)

¹⁷ NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: Os “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 39.

¹⁸ SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação: qualificação de partnerships e joint ventures*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 110.

¹⁹ NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: os “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 40.

restou disposto no artigo 31 (1) que um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos seus termos, em seu contexto, e à luz do seu objetivo e finalidade.

Apesar do peso de todos os fatores mencionados no artigo 31 (1) da CVDT a serem considerados na atividade interpretativa de tratados internacionais, interessa-nos enfatizar a expressão “sentido comum”, que, conforme leciona Luís Flávio Neto, faz referência ao sentido natural ou significado universal no contexto do Direito Tributário Internacional²⁰. Tendo em vista que a um determinado termo podem ser atribuídos significados diversos, importa destacar que o sentido comum deve considerar seu contexto para que seja corretamente determinado²¹.

Nos artigos 31 (2) e 31 (3), a CVDT dispõe acerca dos elementos que compreendem o contexto, bem como os que são levados em consideração juntamente com o contexto, respectivamente, e, por fim, pelo teor do artigo 31 (4), verifica-se que um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Ainda que a CVDT, em seu artigo 31, e a CM-OCDE, em seu artigo 3 (2), mencionem o “contexto” como parâmetro interpretativo, é de se notar que, enquanto na CVDT há elementos que demonstram o que está compreendido no “contexto”, não há qualquer indicação do tipo no artigo 3 (2) da CM-OCDE. Como o espaço é demasiadamente limitado para que possamos discorrer acerca do “contexto” no âmbito dos acordos de bitributação, destacamos a visão de Luís Flávio Neto sobre o tema, no sentido de que o “contexto” seria formado por uma série de evidências que identificam elementos oriundos de fontes legitimadas pelo Direito Internacional, critérios funcionais que se relacionam com a promoção do efeito útil e da interpretação autônoma das convenções fiscais e critérios materiais, tocante à plausibilidade das evidências²².

No caso de Fowler, o termo principal a ser interpretado foi o termo “*employment*” (emprego), para o qual, novamente, não há conceito previsto no texto do ADT. Em sua atividade interpretativa, como visto, a Suprema Corte do Reino Unido analisou o caso à luz da legislação interna, em razão do reenvio integrativo geral autorizado pelo artigo 3 (2) do ADT. Todavia, indagamos: não poderia ter sido vislumbrada solução diversa a partir do contexto? Seria o termo “*employment*” tão controverso a ponto de não se poder atestar, a partir de seu sentido comum e do contexto em que está inserido, uma solução para o caso? É o que avaliamos no tópico seguinte.

²⁰ NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: os “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 37.

²¹ SANTOS, Ramon Tomazela. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021 (Série Doutrina Tributária, 41), p. 164.

²² NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: os “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 425.

4. A decisão da Suprema Corte do Reino Unido e a desconsideração do “contexto”

No caso aqui, a Suprema Corte, em sua atividade interpretativa, citou brevemente os artigos 31 (1) e 31 (4) ao buscar analisar a origem dos artigos 7 e 14 do ADT e dispor sobre com o que um acordo de bitributação se preocupa. Naquela oportunidade, citou o caso *HMRC v. Anson*, ao qual foi aplicado o artigo 31 da CVDT quando da interpretação do tratado assinado entre o Reino Unido e os Estados Unidos da América, enfatizando a importância do significado diante do contexto, já que um tratado deve ser construído de uma maneira que seja internacional, e não britânico, reforçando que tal instrumento é um texto acordado via negociação entre os governos contratantes²³.

A Suprema Corte ainda chegou a versar brevemente sobre possíveis situações de dupla não tributação e seu tratamento no ADT em questão, sustentando não haver previsão no texto do mesmo que lide com este tipo de situação, deixando de considerar o fato de a África do Sul tributar ou não os rendimentos de Fowler, tendo em vista que tais premissas não foram analisadas no regular curso da lide. Ao tratar especificamente da legislação interna do Reino Unido, a Suprema Corte chega a mencionar que a ficção jurídica alterando o significado dos termos do ADT e resultando na qualificação da renda de Fowler como imune à tributação no Reino Unido seria contrária ao seu propósito e, ainda, produziria um resultado anômalo.

Um ponto interessante que foi levantado antes de o caso chegar à Suprema Corte diz respeito ao aspecto temporal da edição das leis internas do Reino Unido e a data da assinatura do ADT, que, ocorreu no ano de 2002. À época, estava em vigor a redação do artigo 314 do *Income and Corporation Taxes Act* de 1998 (ICTA), cuja redação determinava que, para rendimentos de emprego desempenhados por pessoa no Reino Unido envolvendo atividades de mergulho ou supervisão de mergulho, a legislação tributária teria efeito “como se” (*as if*) as funções ora desempenhadas constituíssem o exercício de uma atividade comercial (*carrying on a trade*). Todavia, após edição da Seção 15 (2) do ITTOIA, passou-se a prever quais mergulhadores estariam sujeitos às suas regras, porém que o exercício de atividades laborais (atividades de um emprego) seria, “ao invés disso” (*instead*),

²³ Confira-se em *HMRC v. Anson*, parágrafos 110-111: “[110] Article 31(1) of the Vienna Convention requires a treaty to be interpreted ‘in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose’. It is accordingly the ordinary (contextual) meaning which is relevant. As Robert Walker J observed at first instance in *Memec* [1996] STC 1336 at 1349, 71 TC 77 at 93, a treaty should be construed in a manner which is ‘international, not exclusively English’. [111] That approach reflects the fact that a treaty is a text agreed upon by negotiation between the contracting governments. The terms of the 1975 Convention reflect the intentions of the US as much as those of the UK. They are intended to impose reciprocal obligations, as the background to the UK/US agreements from 1945 onwards makes clear”.

tratado como exercício de uma atividade negocial (*carrying on a trade*) no Reino Unido para fins tributários.

Aqui abrimos um breve parêntese para tratar do reenvio estático e reenvio dinâmico ao direito interno dos Estados Contratantes. De acordo com Sergio André Rocha, o reenvio estático preconiza a preservação da intenção original dos Estados objetivando evitar que o texto do acordo de bitributação seja alterado pela modificação da legislação interna, ao passo que o reenvio dinâmico implica integração do acordo de bitributação com a legislação interna em vigor no momento da interpretação²⁴. Dessa forma, pelo reenvio estático, tem-se a aplicação de um direito interno vigente à época em que foi celebrado o acordo, ao passo que, no reenvio dinâmico, tem-se a aplicação de um direito interno vigente no momento de aplicação do acordo.

Ainda que ambas as remissões (estática e dinâmica) sejam revestidas de prós e contras, Rodrigo Maito salienta que o próprio artigo 3 (2) indica que a lei interna vigente ao momento de aplicação do acordo de bitributação é que deve ser aplicada, já que os próprios comentários da CM-OCDE a tal dispositivo demonstram preferência pela interpretação dinâmica²⁵.

Após o caso chegar à Suprema Corte do Reino Unido, o aspecto temporal previamente mencionado foi objeto de análise. Apesar de não ser objeto do presente estudo, é relevante destacar que restou decidido que o artigo 3 (2) exige que o significado de um termo não definido no acordo de bitributação seja determinado por referência à legislação nacional de um dos Estados Contratantes “naquele momento”, ou seja, quando o acordo de bitributação é aplicado (remissão dinâmica).

Passado tal ponto, para fins da presente análise, importa considerar que Lord Briggs construiu parte de seu entendimento pautado no parágrafo 8.11 dos comentários da CM-ODCE ao artigo 15 (correspondente ao artigo 14 do ADT em questão), por meio do qual tem-se que, em determinadas circunstâncias, é difícil atestar se há, de fato, relação de emprego cujos rendimentos se sujeitam ao artigo 15 do acordo de bitributação, ou se os rendimentos não são oriundos de relação de emprego e se sujeitam às regras do artigo 7²⁶. Em seguida, pontuou que o referido comentário reconhece que, em certos casos, a substância prevalecerá sobre

²⁴ ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 195 e 196.

²⁵ SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação: qualificação de *partnerships* e *joint ventures**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 133.

²⁶ Nas palavras de Lord Briggs, “It may be difficult, in certain cases, to determine whether the services rendered in a State by an individual resident of another State, and provided to an enterprise of the first State (or that has a permanent establishment in that State), constitute employment services, to which article 15 applies, or services rendered by a separate enterprise, to which article 7 applies or, more generally, whether the exception applies”.

a forma na aplicação das regras distributivas dos acordos de bitributação para fins de verificação se há relação de emprego.

Considerando o panorama de *Fowler v. HMRC*, entendemos que elementos caracterizadores de uma relação de emprego e eventual interpretação sobrepondo a substância sobre a forma nesse tipo de relação são irrelevantes para fins de determinação do limite de aplicação da ficção jurídica de legislação interna, já que uma relação de emprego *deve* existir para que ela seja aplicada²⁷. Podem ser relevantes para a determinação da relação de Fowler com o tomador de seus serviços no Reino Unido e, conseqüentemente, aplicação correta das cláusulas do ADT, mas não para análise dos limites de aplicação da ficção aqui discutida, exclusivamente. Essa ideia é similar à de Angelo Nikolakis *et al* na análise desse mesmo caso (*Fowler v. HMRC*), já que os autores sustentam ser difícil concluir que o parágrafo 8.11 confirma algo além da hipótese de que, algumas vezes, ficções jurídicas que modificam a qualificação dos fatos podem ser aceitas ou não²⁸, especialmente quando tratamos do reenvio integrativo geral previsto no artigo 3 (2).

No caso *Fowler v. HMRC*, tendo em vista a equiparação da condução de atividades em razão de um emprego (*duties of employment*) com a condução de atividades negociais (*carrying on of a trade*) para fins tributários, tem-se, de fato, uma ficção jurídica introduzida na legislação interna do Reino Unido em 1978 objetivando apenas alterar o tratamento tributário de determinados rendimentos obtidos em razão de relação de emprego, e não descaracterizar a existência de uma relação de emprego ou, principalmente, alterar o significado do termo emprego. O fato de a referida ficção se aplicar somente a casos envolvendo relação de emprego já presume que tal relação existe no universo jurídico-institucional.

Seguindo tal racional, a Suprema Corte do Reino Unido decidiu que o nada no artigo 3 (2) do ADT teria o condão de classificar os rendimentos de Fowler como sujeitos às regras do artigo 7, ao invés do artigo 14, pontuando que uma tal ficção não foi incluída com o propósito de se tributar ou não a renda de tais mergulhadores, mas sim para ajustar a forma como tal renda é tributada, permitindo um regime mais generoso no que diz respeito a dedução de despesas, já que mergulhadores como Fowler normalmente arcam com as despesas próprias de equipamentos e deslocamento.

De fato, como bem pontua Ramon Tomazela, termos utilizados nos acordos de bitributação não se vinculam a significado atribuído pela legislação doméstica dos Estados Contratantes²⁹. Por consequência, também não se vinculam ao resul-

²⁷ A Seção 6 do ITEPA, emendada pelo ITTOIA, dispõe que a renda de emprego será tributada conforme Parte 2, Seção 15 do ITTOIA, caso se trate de renda de emprego de mergulhadores.

²⁸ NIKOLAKAKIS, Angelo *et al*. *Fowler v HMRC* (UK Supreme Court): Neither Fish nor Fowler: Tax Treaty Implications of Domestic Deeming Rules. *British Tax Review*, n. 4, 2020, p. 541.

²⁹ SANTOS, Ramon Tomazela. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação*:

tado produzido para fins tributários domésticos. Ainda de acordo com o que ensina o autor, acordos de bitributação são negociados a partir de um sistema próprio de linguagem, podendo conter termos desconhecidos às legislações domésticas, termos homônimos com o mesmo significado ou significado diferente aos utilizados em legislações domésticas³⁰, de modo que a regra dos acordos deve ser considerada autônoma em face das leis internas dos Estados Contratantes³¹.

Todavia, no caso de Fowler, haveria necessidade de reenvio integrativo à legislação interna do Reino Unido? Se a discussão girou em torno da aplicação da ficção para fins da classificação dos rendimentos de Fowler à luz do ADT, tem-se que a existência da relação de emprego em momento algum foi questionada, já que esta necessita ser uma realidade jurídico-institucional com base no conceito conferido por algum diploma normativo do Reino Unido. Logo, o contexto do caso não coloca em xeque, em nenhum momento, a existência de uma relação de emprego e o sentido comum de “emprego”.

Para Michael Lang, esse é um dos casos em que a interpretação autônoma deve ser considerada em face das leis internas dos Estados Contratantes³², entendimento ao qual nos filiamos. Ainda que o presente estudo não se dedique a discorrer sobre as ficções jurídicas no caso de reenvio integrativo específico à legislação doméstica, é pertinente citar o exemplo do referido autor no sentido de que, caso a renda oriunda de relação de emprego de determinados indivíduos fosse considerada renda oriunda de propriedade imóvel por meio de uma ficção jurídica de legislação interna, para fins de aplicação do acordo de bitributação, essa ficção não produziria efeitos, já que pessoas não poderiam ser consideradas uma propriedade³³ de acordo com o sentido comum do termo, considerando o contexto.

É essa interpretação, de acordo com o contexto e o sentido comum dos termos dos acordos de bitributação, que, em nossa opinião se mostra a correta sobre o tema. Uma ficção de legislação interna que apenas atribui a um tipo de rendimento a tributação que incide sobre outro não altera ou exclui a existência de uma realidade jurídico-institucional que prevalece, ainda mais quando conside-

implicações fiscais para além do Projeto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 187.

³⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação: implicações fiscais para além do Projeto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 178.

³¹ LANG, Michael. Chapter 4: The Interpretation of double taxation conventions. *In: Introduction to the Law of Double Taxation Conventions* (Second Revised Edition). Online Books, IBDF, 2013, p. 44.

³² LANG, Michael. Chapter 4: The Interpretation of double taxation conventions. *In: Introduction to the Law of Double Taxation Conventions* (Second Revised Edition). Online Books, IBDF, 2013, p. 44.

³³ LANG, Michael. Chapter 5: The Relation between Tax Treaty Law and National Law in the Definition of Immovable Property under Article 6(2) of the OECD Model in Immovable Property under Domestic Law, EU Law and Tax1 Treaties (G. Maisto ed., IBFD 2015), Books IBFD (accessed 18 June 2024).

ramos o reenvio integrativo geral do artigo 3 (2) dos acordos de bitributação. Ainda que essa tenha sido a conclusão da Suprema Corte, em nosso entendimento, não haveria necessidade de discorrer sobre a legislação interna do Reino Unido, já que, a partir do contexto, teria sido possível atingir o mesmo resultado de julgamento, porém com maior enfoque em princípios interpretativos e fontes voltados ao Direito Tributário Internacional.

5. Conclusões

A decisão unânime da Suprema Corte do Reino Unido pôs fim a uma discussão acerca de interpretação de acordos de bitributação que passou por todas as instâncias de tribunais, concluindo que a relação entre ficções jurídicas de equiparação dispostas nas legislações domésticas de dois Estados Contratantes deve observar se sua construção se presta a alterar o sentido comum de termos não definidos no texto do acordo.

Considerando que o objetivo de um acordo de bitributação é o de aliviar situações da dupla tributação, que os acordos de bitributação possuem terminologia própria cujo significado não se vincula ao da legislação doméstica, bem como o fato de o sentido comum do termo “*employment*” ser o de relação de emprego, ao se verificar que Fowler fazia parte de uma relação de emprego, a Suprema Corte do Reino assim classificou os rendimentos de Fowler, desconsiderando para fins de aplicação do ADT o tratamento tributário que tais rendimentos recebem pela legislação doméstica do Reino Unido em razão de ficção por equiparação que, para que seja aplicada, *deve* ser precedida de relação de emprego de seu beneficiário.

Para que fosse possível chegar ao entendimento final, houve necessidade de explorar a função do artigo 3 (2) no âmbito dos acordos de bitributação, tendo em vista que tal dispositivo se mostra como norteador da interpretação de termos porventura não definidos.

Todavia, considerando que o reenvio à legislação doméstica dos Estados Contratantes somente se justifica caso reste infrutífera uma interpretação autônoma ou, ainda, caso o contexto não requeira solução diversa, em nossa opinião, uma interpretação autônoma do termo “emprego” seria suficiente para solucionar o caso, tendo a Suprema Corte do Reino Unido “perdido” a oportunidade de realizar uma análise a partir do contexto.

Nos casos de haver, de fato, reenvio à legislação interna (como ocorreu em *Fowler v. HMRC*), filiamo-nos ao entendimento de que as disposições da CVDT, especificamente em seus artigos 31 e 32, precisam ser devidamente verificadas, não podendo o intérprete deixar de considerar que a interpretação textual deve ser preferível, de modo a ser observado primariamente o próprio texto do tratado para fins de identificação do sentido comum de seus termos, no correto contexto e à luz da boa-fé.

A decisão aqui analisada com certeza não será a última a versar sobre o papel das ficções jurídicas previstas em legislações internas quando da aplicação de acordos de bitributação, visto que as ficções podem assumir outras roupagens. Contudo, o precedente delinea, de certa forma, bases interpretativas para casos similares, principalmente no que diz respeito às ficções por mera equiparação, sendo um precedente emblemático em razão de todas as “viradas” que ocorreram a cada instância de julgamento até a matéria ser decidida pela Suprema Corte.

Bibliografia

- ÁVILA, Humberto. Fato presuntivo do fato gerador. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT, n. 50, 2022.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- BURGGEN, E. van der. Unless the Vienna Convention otherwise requires: notes on the relationship between Article 3(2) of the OECD Model Tax Convention and Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. *European Taxation*. International Bureau of Fiscal Documentation, v. 43, n. 5, 2003.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- LANG, Michael. Chapter 4: The Interpretation of double taxation conventions. *In: Introduction to the Law of Double Taxation Conventions* (Second Revised Edition). Online Books, IBDF, 2013.
- LANG, Michael, Chapter 5: The Relation between Tax Treaty Law and National Law in the Definition of Immovable Property under Article 6(2) of the OECD Model in Immovable Property under Domestic Law, EU Law and Tax1 Treaties (G. Maisto ed., IBFD 2015), Books IBFD (accessed 18 June 2024).
- NIKOLAKAKIS, Angelo *et al.* Fowler v HMRC (UK Supreme Court): Neither Fish nor Fowler: Tax Treaty Implications of Domestic Deeming Rules. *British Tax Review*, n. 4, 2020.
- PACHECO, Angela Maria da Motta. *Ficções jurídicas tributárias*, 2006. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 245.
- ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação: implicações fiscais para além do Projeto BEPS* (“Base Erosion and Profit Shifting”). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021 (Série Doutrina Tributária, 41).
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação: qualificação de partnerships e joint ventures*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3rd ed. Germany: Kluwer Law International, 1997.

Implementação do *Split Payment* Brasileiro: a Experiência Internacional

Danilo Bertagnoli
Kelzer Schneider

Resumo

O *split payment* consiste em uma sistemática de pagamento segregado internacionalmente conhecida como ferramenta para reduzir os riscos decorrentes da evasão fiscal e a garantir o pagamento do tributo aos cofres públicos. Países como a Itália, México, República Tcheca e Equador reconheceram que a implementação desse sistema pode trazer essas vantagens, mas não está imune a folhas técnicas e o surgimento de novas fraudes se não for implementado com estratégia, além de ocasionar impacto no fluxo de caixa de empresas e custos elevadíssimos.

Palavras-chave: *split payment*, pagamento segregado, Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), reforma tributária.

Abstract

Split payment is an internationally known payment segregation system used as a tool to reduce risks arising from tax evasion and ensure the tax payment to public coffers. Countries like Italy, Mexico, the Czech Republic, and Ecuador have recognized that implementing this system can bring these advantages, but it is not immune to technical issues and the emergence of new frauds if not implemented strategically. Additionally, it can impact companies' cash flow and incur high costs.

Keywords: split payment, payment segregation, Value Added Tax (VAT), Tax on Goods and Services, tax reform.

1. Introdução

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira sempre sonhou com uma reforma tributária para solucionar o problema da complexidade do nosso atual sistema tributário.

Após anos de tentativas e discussões, a tão sonhada reforma tributária finalmente se tornou realidade. Com a aprovação da Emenda Constitucional n. 132/2023, oriunda da reunião de duas propostas de emenda constitucional, as PECs 45 e 110, estamos próximos da extinção dos velhos tributos incidentes sobre o consumo e do surgimento de novas figuras tributárias, o IBS e a CBS, tributos que representam um marco histórico em razão de estarmos próximos a conviver com um novo sistema tributário, semelhante ao europeu, que preza pela simplicidade, eficiência e neutralidade.

Chama a atenção que, com a aprovação da reforma tributária, a Constituição Federal conta com um dispositivo específico sobre a forma de recolhimento des-

ses tributos, adotando o modelo internacionalmente conhecido como *split payment*, que significa “pagamento segregado” em português, mecanismo que garante eficiência na arrecadação tributária e diminuição da evasão fiscal.

A introdução desse mecanismo na Constituição Federal acende o debate sobre a eficácia e os desafios de sua implementação. A experiência de outros países, como Itália, México, República Tcheca, Polônia e Equador, oferece lições valiosas sobre os potenciais benefícios e riscos do *split payment*, que precisam ser cuidadosamente consideradas pelo legislador.

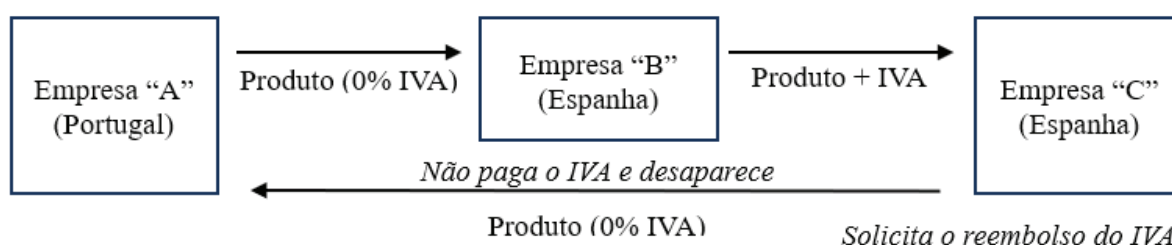
Enquanto alguns países obtiveram sucesso na redução da evasão fiscal e no aumento da arrecadação, outros enfrentaram problemas como a complexidade do sistema, o impacto negativo no fluxo de caixa das empresas e a persistência de fraudes.

A análise dessas experiências internacionais é fundamental para que o Brasil possa tomar uma decisão estratégica sobre as condições de implementação do *split payment* e evitar os erros cometidos por outros países.

2. Origens do *split payment*

A experiência internacional mostra que o IVA sempre foi um grande problema quando envolve a temática “evasão fiscal”, resultando em perdas significativas de arrecadação tributária a cada ano.

Uma das práticas de evasão fiscal mais conhecidas entre os europeus é a “fraude carrossel” (*carrousel fraud*), operação que envolve a compra e venda de bens ou serviços em uma operação circular entre pessoas jurídicas de diferentes Estados-Membros da União Europeia, sendo que uma delas, a empresa de fachada (*missing trader*), recebe o IVA de seus clientes e não o repassa ao fisco, esquema que pode envolver várias empresas intermediárias incluídas na cadeia, inclusive que desconhecem o esquema fraudulento, o que dificulta a detecção pelas autoridades fazendárias:



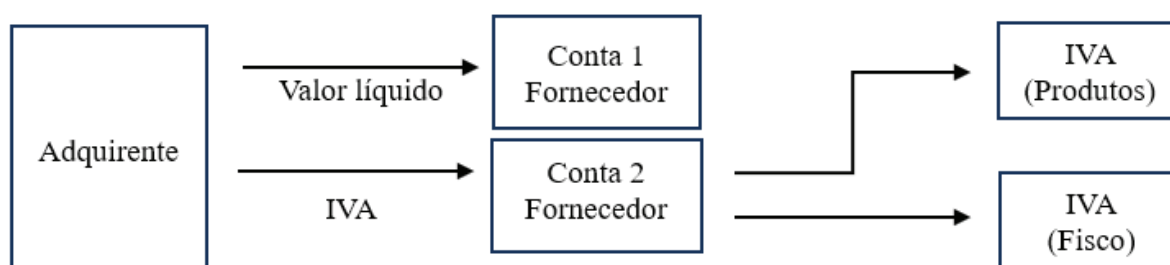
Nesse exemplo ilustrativo, a empresa “A”, situada em Portugal, vende o produto para a empresa “B”, situada na Espanha. Como o IVA incidente sobre essa operação (entre fronteiras) é de 0%, a empresa “B” não realiza o pagamento do tributo para a empresa “A”. Ao vender o produto para a empresa “C”, também situada na Espanha, a empresa “B” recebe os valores (do produto e do IVA) e de-

saparece. A empresa “C”, após, vende o produto de volta para a empresa “A” (situada em Portugal). Como o IVA é de 0% nessa operação transfronteiriça, a empresa “C” solicita o reembolso do IVA, pois ela comprou o produto da empresa “B” e o referido tributo foi incluído nessa transação comercial, fazendo com que as autoridades fiscais percam duas vezes: não recebem o valor do IVA da empresa “B” e reembolsam a empresa “C”.

A *carousel fraud*, portanto, não apenas resulta em perda de arrecadação para as autoridades fiscais, mas também cria distorções no mercado, impactando diretamente na concorrência legal. Empresas fraudulentas conseguem oferecer preços mais baixos do que a média do mercado europeu, prejudicando as empresas que cumprem suas obrigações tributárias regularmente.

Foi nesse cenário que as autoridades começaram a estudar alternativas para minimizar os riscos de evasão fiscal e fortalecer a integridade do IVA europeu. Uma dessas soluções foi o *split payment*, um sistema que divide o valor do tributo e o valor líquido de uma transação comercial. Quando o adquirente realiza a compra de determinado bem ou serviço, o valor do tributo incidente sobre essa transação comercial é destinado ao fisco, sem, portanto, representar ingresso de caixa ou trânsito contábil de tributo a ser repassado ao fisco pelo fornecedor, já que há uma segregação do pagamento realizado pelo adquirente: uma parte (valor líquido do bem ou serviço) é entregue ao fornecedor e a outra (valor do tributo devido) é entregue ao fisco.

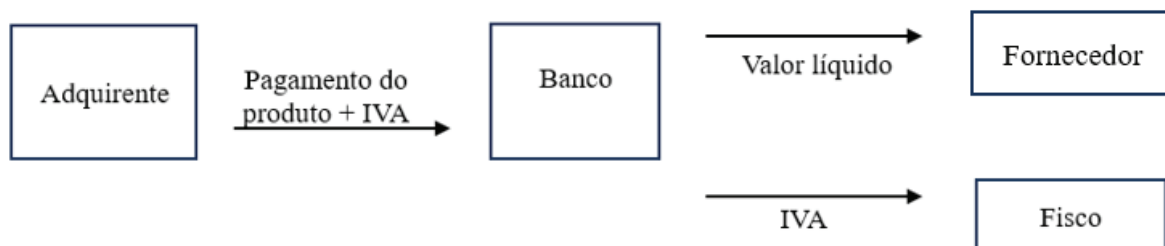
Essa sistemática pode ter diversas características de *design*. Em uma delas, por exemplo, envolve as operações entre dois sujeitos passivos (*business-to-business*), conhecida como *blocked account*. O adquirente realiza a “segregação” do pagamento, ou seja, transfere o valor líquido do bem ou serviço para a conta bancária do fornecedor e o valor do tributo para uma conta bancária especial do fornecedor, que é bloqueada e utilizada exclusivamente para fins de IVA¹:



Em outra, também aplicável às transações eletrônicas entre dois sujeitos passivos (*business-to-business*), o adquirente realiza um único pagamento valor bruto da transação comercial para a instituição financeira, que é responsável por reali-

¹ MERKX, Madeleine; VERBAAN, Naomie. *Technology: A Key to Solve VAT Fraud? EC Tax Review*, 2019, p. 300-306.

zar a segregação do montante e destinar o valor líquido (da mercadoria ou serviço) para o fornecedor e o valor do tributo para a o fisco²:



A experiência da União Europeia mostra que *split payment* se trata de uma ferramenta tendente a reduzir os riscos decorrentes da evasão fiscal e a garantir o pagamento do tributo aos cofres públicos caso seja aplicado de forma estratégica.

3. Experiência internacional sobre o *split payment*

A experiência internacional com o *split payment* em países como Itália, México, Equador, República Tcheca, e Polônia mostra resultados variados, indicando a necessidade de uma análise profunda antes de sua implementação no Brasil. É fundamental analisarmos detalhadamente o *split payment* nesses países para implementá-lo de modo transparente, eficiente e acessível a todos, evitando discussões de inconstitucionalidade e prejuízos ao erário e à sociedade empresarial.

3.1. A experiência italiana com o *split payment*

Para implementar o *split payment*, a Itália solicitou à União Europeia uma derrogação específica da legislação que regula o IVA, com a condição de apresentar um relatório de acompanhamento dos resultados até o primeiro semestre de 2016. Após a autorização, foi editada a Lei n. 190/2014 (Lei Orçamentária) que estabeleceu a aplicação do *split payment* entre 2015 e 2017, como obrigatória para transações com a administração pública e opcional entre empresas privadas³.

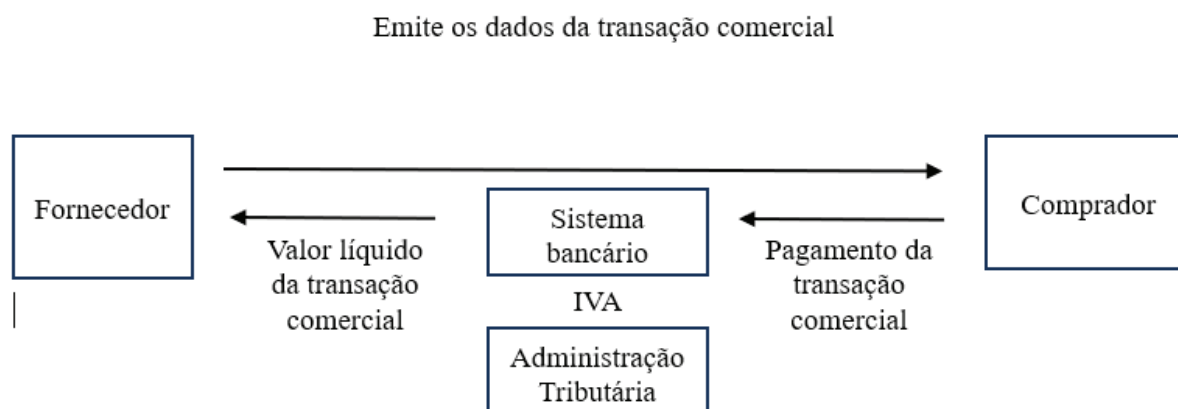
O objetivo era combater a sonegação fiscal e aumentar a arrecadação, mas a experiência italiana foi controversa e o *split payment* acabou sendo suspenso em 2018 para alguns setores.

Esse mecanismo incluiu uma plataforma *online* para envio de informações e

² EUROPEAN COMMISSION. Analysis of the impact of the split payment mechanism as an alternative VAT collection method. Bruxelas, Deloitte, 2017.

³ D'AGOSTO, Enrico; MARIGLIANI, Michele; PISANI, Stefano. *A general framework for measuring VAT compliance in Italy*. Argomenti di discussione dell'Agenzia delle Entrate. Roma, Italia, 2/2016. SANTORO, Alberto. Vecchie e nuove strategie di contrasto dell'evasione dell'Iva. In: *La Finanza Pubblica Italiana*. Rapporto. Bologna: Il Mulino, 2015.

emissão de notas fiscais, integrada ao sistema bancário, com uma conta específica para recebimento do IVA, gerenciada pela administração tributária (*Agenzia delle Entrate*), vinculada ao banco da nação italiana. Nesse processo, o fornecedor emitia a nota fiscal com um código específico para o *split payment* e o comprador pagava integralmente. Um sistema automatizado identificava o valor do IVA e o transferia para a autoridade fiscal em até 3 dias, liberando o restante para o fornecedor⁴:



A centralização das contas do *split payment* na Itália proporcionou maior controle e eficiência na arrecadação do IVA, reduzindo a sonegação e aumentando a receita bruta do país⁵, mas a implementação desse sistema trouxe desafios operacionais e técnicos, especialmente para pequenas e médias empresas, devido à sua complexidade e impacto no fluxo de caixa.

A retenção do valor das operações até a transferência do IVA impactou o capital de giro das empresas. O sistema também apresentou falhas técnicas, como atrasos no repasse do IVA, dificuldades de acesso ao portal pelos bancos e demora na liberação dos valores residuais, o que levaram as empresas a buscarem empréstimos e linhas de crédito para honrar seus compromissos, impactando negativamente na capacidade de investimento e crescimento.

Além disso, o sistema de *split payment* italiano, inicialmente promissor, mostrou-se vulnerável a novos casos de evasão fiscal, como o esquema da *Máfia Capital*⁶, organização criminosa que usava empresas fantasmas, emitindo notas fiscais falsas para transações inexistentes, aproveitando a falta de controle sobre os dados declarados⁷. As empresas, acreditando na legitimidade das notas fiscais, pa-

⁴ MERINO JARA, Isaac (dir.); LUCAS DURÁN, Manuel (coord.). *Derecho financiero y tributario*. Parte General. Lecciones adaptadas al EEES, 4. ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 160.

⁵ SALVINI, Livia. Profili sistematici e di legittimità dello split payment. *Corriere tributario* n. 14/2015, p. 1041.

⁶ La maxi frode sull'Iva scoperta dalla Finanza: 11 arresti (La Repubblica, 2018). Florença, maxi fraude: faturas falsas de 60 milhões (La Repubblica, 2020).

⁷ ARACHI, Giampaolo; SANTORO, Alessandro; PISANI, Stefano. *Il sistema tributario*: tra stimoli

gavam o valor total, incluindo o IVA, para a *Máfia Capital*, que se apropriava do imposto em vez de repassá-lo ao governo.

Em resposta à fraude e às críticas sobre a complexidade do sistema, o governo italiano editou os Decretos n. 50/2017 e 148/2017, restringindo o *split payment* e intensificando o controle de fiscalização. As alterações incluíram a exclusão de operações sujeitas a regimes que não exijam a indicação do IVA na nota fiscal, entregas de bens ou serviços com fornecedores ou compradores devedores do IVA e despesas não certificadas em nota fiscal.

Apesar dos desafios, um relatório apresentado ao Conselho da União Europeia em 2017 revelou o impacto positivo do *split payment* na arrecadação do IVA, com um aumento de 3,493 milhões de euros entre 2015 e 2016⁸. Diante desse cenário, a Itália solicitou e obteve autorização pela Decisão de Execução 2017/784 do Conselho da União Europeia, para prorrogar o uso do *split payment* até dezembro de 2023, e após essa autorização, em junho de 2020, a Corte de Justiça da União Europeia (CJEU) analisou a legalidade do *split payment*⁹, especialmente em relação aos princípios da neutralidade e da não cumulatividade, que garantem que o imposto não interfira na livre concorrência e não implique em efeito cascata. A Corte concluiu que o sistema italiano, obrigatório para transações com o setor público e facultativo entre empresas privadas, não viola os referidos princípios, uma vez que é uma modalidade de reembolso que decorre da não cumulatividade, garantindo neutralidade fiscal e refletindo o princípio da igualdade de tratamento previsto no Tratado da União Europeia.

Em outro caso relevante¹⁰, a CJEU analisou a legalidade do mecanismo com base nos Decretos n. 50/2017 e 148/2017, que restringiram o uso do *split payment* a determinados setores e empresas com históricos de irregularidades fiscais, com base na Diretiva do IVA.

ACJEU proferiu acórdão favorável para o governo italiano, afirmando que os Estados-Membros têm autonomia para adotar medidas de combate à fraude fiscal, desde que sejam proporcionais e não restrinjam o direito das empresas de deduzir o IVA. A Corte considerou que o *split payment* era proporcional, pois se limitava a setores específicos e empresas com históricos de irregularidade, sem impedir a dedução do IVA pelas empresas cumpridoras da lei, ressaltando que o sistema se mostrou eficaz na prevenção de fraude fiscal.

Comprovada a eficácia na recuperação do IVA, o governo italiano obteve prorrogação do *split payment* até 30 de junho de 2026, destacando sua importân-

agli investimenti e contrasto all'evasione, La cura di La Finanza Pubblica italiana, Il Mulino, Rapporto 2016, p. 41-65.

⁸ EUROPEAN COMMISSION. Analysis of the impact of the split payment mechanism as an alternative VAT collection method. Bruxelas, Delloit, 2017.

⁹ CJUE, Acórdão de 11-6-2020, *Polski Trawertyn*, n. C-242/2019; CJUE, Acórdão de 14-5-2020, *Geissel*, n. C-235/2019.

¹⁰ CJUE, Acórdão de 11-6-2020, *Polski Trawertyn*, C-402/2018.

cia no combate à evasão fiscal e na arrecadação, apesar do elevado custo em tecnologia e pessoal para a sua manutenção.

3.2. A experiência mexicana com o *split payment*

A aplicação do *split payment* no México foi determinada pela reforma tributária de 2014, que introduziu os artigos 17-D e 29-A, do Código Fiscal da Federação, os quais estabelecem as regras para a aplicação do *split payment* e os contribuintes obrigados a utilizar o sistema.

O sistema mexicano funciona com a mesma sistemática adotada pelos italianos, com uma única alteração em relação ao comprador. Este, além de efetuar o pagamento da nota fiscal, também é responsável por emitir o complemento de pagamento do IVA, que serve como comprovante de recolhimento e é utilizado pelo Serviço de Administração Tributária para verificar o cumprimento das obrigações tributárias no *split payment*. O documento pode ser emitido de duas formas: (i) simultaneamente à nota fiscal, informando o valor do IVA e os dados bancários do governo; ou (ii) em até 24 horas após a emissão da nota fiscal, conforme a legislação¹¹.

A fase intermediária com o complemento de pagamento permitiu maior controle e fiscalização pelo governo, facilitando a identificação de fraudes e irregularidades no pagamento do IVA, tornando as transações mais transparentes e rastreáveis, mas é importante ressaltar que a eficácia do *split payment* na redução da evasão fiscal ainda é objeto de debate, pois há indícios de que o mecanismo pode ter deslocado a sonegação para outros impostos ou modalidades de fraude fiscal.

A experiência mexicana mostrou que as empresas encontraram alternativas para sonegar, como métodos contábeis fraudulentos para reduzir o IRPJ e manipulação das contribuições sociais sobre a folha de pagamento¹², práticas que mostram que o *split payment*, sozinho, não combate a evasão fiscal, sendo necessárias medidas complementares para garantir a efetividade do sistema.

Essas fraudes relacionadas ao *split payment* no México, como a emissão de notas fiscais falsas e o uso de empresas fantasmas, aumentaram significativamente o número de processos, o que sobrecarregou o sistema judiciário. Embora os casos com maior repercussão envolvam empresas questionando a obrigatoriedade do *split payment* por ser um sistema oneroso e complexo, gerando dificuldades financeiras e operacionais, o que também se argumentava era que o mecanismo violava princípios constitucionais, como a livre iniciativa e a capacidade contributiva, e que deveria ser opcional ou aplicado apenas a grandes empresas.

¹¹ ARIAS, L. Factura Electrónica Una realidad en Seis Meses. *Revista de Contaduría Pública*, 2017.

¹² INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD FISCAL (IMCO). *Evolución del Split Payment en México*. 2018.

O Tribunal mexicano concedeu liminares suspendendo a obrigatoriedade do *Split Payment* para pequenas e médias empresas, mas essas decisões foram pontuais e não invalidaram o mecanismo em geral. Um exemplo relevante é o Amparo Direto em Revisão 145/2018¹³, no qual a Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN) analisou a constitucionalidade de uma lei estadual que estabelecia a obrigatoriedade do *split payment* para determinadas transações. A Corte decidiu que a lei estadual era inconstitucional por invadir a competência do Congresso da União para legislar sobre matéria tributária, já que o *split payment* afeta a arrecadação e administração do IVA, que é um imposto federal.

Essa decisão teve um impacto significativo no sistema de *split payment* no México, pois estabeleceu que a obrigatoriedade do mecanismo só pode ser determinada por lei federal. Isso significa que os estados não podem criar suas próprias regras sobre o *split payment*, o que garante uma maior uniformidade e segurança jurídica para os contribuintes.

Em 2019, o Tribunal Federal de Justiça Administrativa (TFJA) julgou o Recurso de Revisão Fiscal 636/18-17-01-4/739/19-PL-07-09, onde uma empresa contestou uma multa por não emitir o complemento de pagamento no prazo legal em uma operação parcelada. A empresa argumentou que o prazo para emissão do complemento deveria ser contado a partir da data do pagamento total da fatura, e não da data de vencimento de cada parcela, como previsto na legislação.

O TFJA interpretou a legislação e estabeleceu que o prazo para emissão do Complemento de IVA seria contado a partir da data de vencimento de cada parcela, e não da data do pagamento total da fatura. Essa interpretação beneficiou os contribuintes, pois lhes deu mais tempo para emitir o complemento sem incorrer em penalidades.

O governo mexicano excluiu as micro e pequenas empresas do regime de *split payment* obrigatório, reconhecendo as dificuldades que essas empresas enfrentavam para se adaptar ao novo sistema.

Em resumo, as discussões judiciais sobre o *split payment* no México foram mais focadas em questões específicas de aplicação e interpretação das regras, e não na constitucionalidade do mecanismo em si. Essas discussões, assim como na Itália, levaram a ajustes e modificações no sistema, mas não à sua suspensão ou revogação.

3.3. A experiência equatoriana com o *split payment*

Em 1997, o Equador implementou um sistema de *split payment* de retenção na fonte do IVA, similar em alguns aspectos ao *split payment* adotado na República Tcheca e na Polônia, no qual o fornecedor emite uma nota fiscal com o valor total

¹³ SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DA NAÇÃO. Amparo Direto em Revisão 145/2018, Ricardo Vaquier Ramirez, j. 10-11-2019.

da transação, incluindo o IVA, e declara por meio de um formulário eletrônico o valor do imposto devido ao governo, que é a diferença entre o IVA total da venda e o valor retido na fonte.

O comprador, ao receber a nota fiscal, é obrigado a reter um percentual do IVA, que varia de acordo com o tipo de operação e é considerado como crédito fiscal para o comprador, que poderá utilizá-lo para compensar o IVA em outras operações, após o fornecedor autenticar, pelo sistema do governo, o pagamento da diferença entre o IVA total da venda e o valor retido.

Esse sistema de retenção na fonte, apesar de seus benefícios, não é imune a fraudes. Uma prática comum envolve empresas utilizando créditos fiscais indevidamente, seja por meio de créditos não retidos na fonte ou devidos, reduzindo artificialmente sua carga tributária e obtendo uma vantagem indevida em relação aos concorrentes que cumprem suas obrigações fiscais corretamente. Outra prática é a reutilização de créditos fiscais em períodos posteriores, pois o crédito, uma vez utilizado, deveria ser zerado e não reaproveitado. Essas fraudes prejudicam a arrecadação e a concorrência, tornando essencial medidas fiscais mais rigorosas para coibir essa prática.

Apesar dos desafios, como o aumento das fraudes com créditos fiscais, o Tribunal Constitucional do Equador confirmou a constitucionalidade da retenção na fonte do IVA no Acórdão n. 003-18-SEP-CC.

Os contribuintes argumentavam que a retenção na fonte do IVA era discriminatória, impondo um ônus adicional às empresas do regime simplificado, violando ao princípio da capacidade contributiva, pois as empresas do RISE pagavam uma alíquota reduzida de IVA. O Tribunal considerou a retenção na fonte como uma medida legítima para combater a evasão fiscal e garantir a arrecadação do IVA, sem ferir a capacidade contributiva, pois as empresas podem deduzir o valor retido do IVA a pagar em suas vendas.

3.4. A experiência da república tcheca com o *split payment*

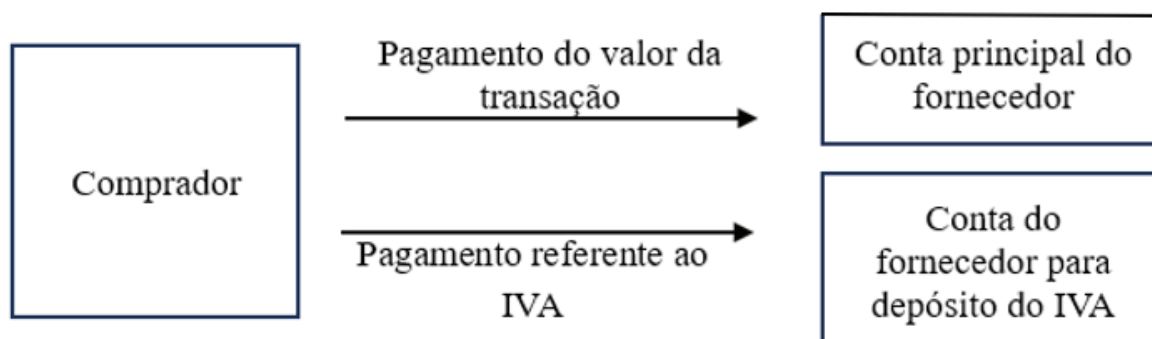
A República Tcheca implementou o *split payment* em 2017 para combater a fraude no IVA¹⁴, mas o sistema foi suspenso em 2021 por decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

No modelo tcheco, exigia-se que o comprador realizasse duas transferências: uma para a conta principal do fornecedor para pagamentos dos bens ou serviços vendidos, excluindo o IVA, e uma secundária, separada, destinada exclusivamente ao recebimento e pagamento IVA às autoridades fiscais¹⁵. Essa abordagem era

¹⁴ K. Witwicka, Split payment. Szanse i zagrożenia, disponível em: http://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/1155411_split-payment-szanse-i-zagrozenia-podzial-platnosci-vat.html.

¹⁵ BODE, E.; KRIEGER-BODEN, Ch.; LAMMERS, K. Cross-Border Activities, Taxation and the European Single Market. Kiel: Institut für Weltwirtschaft and der Universität Kiel, 1994. JACOBS, O.H.; SPENGEL, CH.; FINKENZELLER, M.; ROCHE, M. Company Taxation in the New

simples e fácil de implementar, mas exigia que as empresas abrissem e gerenciassem uma segunda conta bancária, gerando custos e burocracias administrativas adicionais.



A adesão ao sistema na República Tcheca foi baixa, devido a alguns fatores: (i) o sistema era complexo e burocrático, exigindo adaptações nos sistemas contábeis e financeiros das empresas para lidar com duas contas bancárias, gerando custos administrativos e operacionais; (ii) o governo tcheco não ofereceu incentivos fiscais ou financeiros para as empresas que optassem pelo *split payment*. Por isso, muitas empresas preferiram manter o modelo tradicional de pagamento; (iii) muitas empresas, especialmente as maiores, resistiram à ideia de ter parte de seus recursos bloqueados em uma conta separada para o IVA, devido à incerteza e desconfiança no novo sistema.

Em 2020, no processo C-541/18, o TJUE analisou a legalidade do sistema de *split payment* tcheco, questionada pela Comissão Europeia. A Comissão alegava que o sistema era incompatível com a Diretiva do IVA na UE, uma vez que não havia sido solicitada a devida autorização à Comissão Europeia. Além disso, alegava-se que o sistema distorcia a concorrência, pois as empresas que não o utilizavam tinham acesso imediato ao IVA pago pelos compradores, enquanto as que utilizavam o mecanismo precisavam aguardar a efetivação da transferência, o que restringia o direito de dedução do imposto.

O TJUE decidiu que o *split payment* tcheco era incompatível com a Diretiva do IVA, acolhendo os argumentos da Comissão Europeia. A obrigatoriedade do sistema para operações B2B (entre empresas) foi implementada sem a autorização prévia da Comissão, que exige comprovação da necessidade do mecanismo para combater fraudes graves no sistema de IVA.

Além disso, o TJUE identificou distorções na concorrência geradas pelo sistema: (i) interna: empresas não obrigadas a usar o *split payment* tinham vantagem, com acesso imediato ao IVA pago pelos clientes, por outro lado as empresas obri-

gadas a usar o sistema precisavam esperar pela transferência do IVA, o que impactava no fluxo de caixa e no acesso a crédito; e (ii) externa: a obrigatoriedade do *split payment* para operações B2B se estendia as empresas de outros países, e por esse motivo era considerado discriminatório, pois favorecia as empresas tcheacas que já estavam familiarizadas com o sistema em relação às empresas estrangeiras.

A República Tcheca a suspendeu o *split payment* e buscou alternativas como o Sistema de Controle de Vendas Eletrônico (EET), que registra todas as transações de vendas em tempo real e permite que o governo identifique possíveis fraudes, o que gerou insegurança jurídica e exigiu rápida adaptação das empresas às novas regras.

3.5. A experiência polonesa com o *split payment*

A Polônia implementou o mesmo sistema do *split payment* adotado pela República Tcheca para combater a fraude ao IVA. A experiência polonesa, em particular, tem sido considerada um sucesso, tanto na redução da evasão fiscal quanto na simplificação dos processos de pagamento¹⁶.

No modelo polonês, o *split payment*, embora inicialmente obrigatório, foi incentivado por meio de benefícios fiscais previstos por lei específica. Quando utilizado, o comprador transfere o valor dos bens ou serviços para a conta bancária principal do fornecedor e o valor do IVA para uma conta bancária especial, aberta gratuitamente junto à instituição bancária responsável pela conta principal do fornecedor.

Os benefícios fiscais oferecidos pelo governo o polonês foram cruciais para o sucesso do *split payment*, em especial porque as empresas que aderiam ao sistema eram isentas de multas por atraso no pagamento do IVA, um incentivo significativo considerando os altos valores das multas na Polônia. Esse mecanismo também agilizou o reembolso do IVA para exportadoras e a dedução nas compras, beneficiando o fluxo de caixa, além de afastar a responsabilidade do comprador que utilizasse o sistema pela falta de repasse do IVA pelo fornecedor.

A adesão do *split payment* também conferia às empresas uma reputação de excelente gestão fiscal, atraindo investidores e melhorando o relacionamento com o governo, que ainda oferece suporte técnico e administrativo, incluindo sistemas automatizados e ferramentas de gestão, além de compensações financeiras para cobrir os custos administrativos com a adesão ao sistema.

Em 2022, o governo polonês suspendeu a obrigatoriedade do *split payment* após o TJUE, no processo C-269/2021¹⁷, considerar que o sistema obrigatório, na

¹⁶ BARTOSIEWICZ, A. *Split payment – podzielona płatność. Pytania i odpowiedzi*. Varsóvia: Wolters Kluwer, 2018. ISBN 9788381248105.

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Processo C-269/2021, Gerard Hogan, j. 18-11-2021.

forma como era implementado, restringia o direito de deduzir o IVA e distorcia a concorrência, favorecendo as empresas que optassem por não o utilizar.

Reconhecendo a eficácia do *split payment* no combate à fraude do IVA, o governo polonês decidiu manter o sistema como uma opção voluntária, preservando os benefícios fiscais para as empresas que optassem por utilizá-lo. Essa flexibilidade permite que as empresas escolham o sistema de pagamento mais adequado às suas necessidades, tornando o *split payment* polonês um modelo de sucesso na luta contra a fraude ao IVA e na simplificação do sistema tributário.

4. Introdução do *split payment* na Constituição Federal com a aprovação da EC n. 132/2023 e os desafios de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro

Com a aprovação da EC n. 132/2023, oriunda da reunião das Propostas de Emenda Constitucional n. 45/2019 e 110/2019, duas modalidades de *split payment* foram embutidas na Constituição Federal. Na primeira delas (art. 156-A, § 5º, II, *b*), o aproveitamento dos créditos somente será autorizado se o tributo for recolhido no momento da liquidação financeira (*split payment* automático). Na segunda (art. 156, § 5º, II, *a*), o aproveitamento do crédito será autorizado desde que o adquirente possa efetuar o recolhimento do imposto incidente sobre suas aquisições, o que significa, em outras palavras, que é ele (o comprador) que deve pagar o tributo devido pelo vendedor (*split payment* manual).

O processo legislativo que originou a EC n. 132/2023 foi conduzido de forma tão acelerada que não houve tempo para um estudo aprofundado sobre o *split payment*, mas entendemos que essa crítica já não é pertinente em razão de a reforma tributária já ter ocorrido na Constituição Federal, restando-nos examinar o real sentido desse mecanismo diante da experiência internacional e garantir que a futura lei complementar assegure que esse mecanismo seja implementado dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos.

Um dos projetos de lei complementar que dispõe sobre o *split payment* e sobre as demais regras gerais relativas à incidência dos novos tributos incidentes sobre o consumo é o PLP 68, que já foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados e aguarda votação no Senado Federal. O texto surgiu a partir da reunião de dezenove grupos de trabalho criados pelo Governo do “Lula 3”¹⁸, compostos por representantes dos entes políticos de todas as esferas (federal, estadual e municipal).

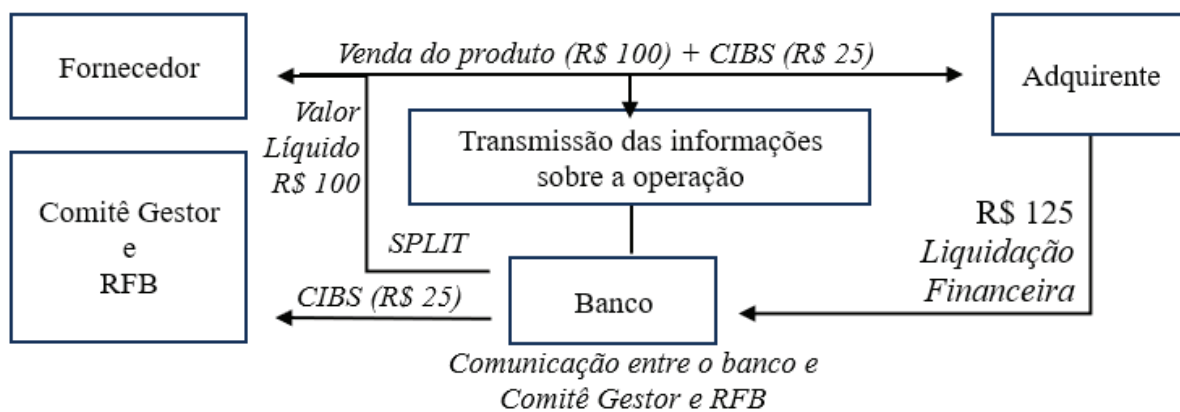
Esse projeto traz uma modalidade de *split payment*, em seus arts. 51 e seguintes, prevê alguns deveres e obrigações para os integrantes da transação comercial. O fornecedor será obrigado a vincular (i) os documentos fiscais eletrônicos

¹⁸ Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=135658>. Acesso em: 13 jul. 2024.

relativos a operações com bens ou serviços; (ii) a transação de pagamento das respectivas operações em um sistema que interligará os prestadores de serviço de pagamento eletrônico; (iii) as informações, nos documentos eletrônicos, que permitam a vinculação das operações com a transação de pagamento e a identificação dos valores dos débitos do IBS e da CBS. O fornecedor, ou quem receber o pagamento da operação, também deverá (iv) transmitir essas informações para o *prestador de serviço de pagamento eletrônico*.

Ao receber essas informações, o prestador de serviços de pagamento deverá consultar o Comitê Gestor e a Receita Federal do Brasil (RFB) para confirmar o valor a ser segregado e recolhido, que corresponderá à diferença positiva entre o valor dos débitos de IBS e CBS incidentes sobre a operação (destacados no documento eletrônico) e as parcelas desses débitos que já foram pagas por meio de compensação de créditos ou por outras modalidades.

Após essa consulta, no momento da liquidação financeira (ou seja, quando o pagamento ocorrer através de pix, cartão de crédito ou de outra forma), o prestador de serviço deverá segregar e recolher os valores do IBS e da CBS ao Comitê Gestor e à RFB, respectivamente (*split payment*) e liberar o valor líquido do produto ao fornecedor. Caso o prestador não consiga realizar essa consulta de forma imediata, deverá recolher o valor total do débito dos tributos para esses órgãos, e transferir ao fornecedor, em até três dias úteis, os valores recolhidos que excederem o real valor devido após as compensações. Para facilitar a compreensão desta modalidade de pagamento fracionado, preparamos a ilustração a seguir:



Nesse exemplo ilustrativo, o fornecedor transmite as informações da transação comercial ao banco. Este, por sua vez, consulta o Comitê Gestor e a RFB para a confirmação dos valores (crédito e débito) do IBS e da CBS (essa é a fase de processamento das informações). Na liquidação financeira, o valor bruto (produto + IBS e CBS) é recebido pelo banco (momento em que o este realiza a consulta o Comitê Gestor e RFB para obter informações dos créditos e realizar as eventuais compensações com os tributos nas aquisições) e posteriormente transferido aos destinatários, de modo que o valor líquido é transferido para o fornecedor e

o valor do IBS e CBS é transferido para o Comitê Gestor para a RFB, respectivamente.

No Brasil, a lei complementar desempenha um papel de vital importância na regulamentação da reforma tributária por desempenhar a função de detalhar os princípios e diretrizes previstas constitucionalmente para serem efetivamente aplicados, contudo, em um cenário de tramitação acelerada de projetos de lei complementares, a exemplo do PLP 68, é essencial que a aprovação seja oriunda de profundos estudos prévios para assegurar a eficácia plena do sistema de *split payment*.

Como demonstrado pelo contexto internacional, a implementação do *split payment* sem uma análise aprofundada pode não apenas aumentar os custos para a administração pública, mas também prejudicar os planejamentos e os investimentos das empresas, impactando diretamente o fluxo de caixa e potencialmente gerando efeitos adversos na economia brasileira.

Se a complexidade do *split payment* no contexto internacional trouxe problemas operacionais técnicos que impactaram as empresas como um todo, com maior proporção para as pequenas e médias empresas, que necessitavam de capital de giro imediato para garantir sua saúde financeira, não podemos deixar essa experiência de lado e cometer os mesmos erros ao implementarmos o *split payment* no sistema tributário brasileiro.

Essas observações são absolutamente relevantes para que o mecanismo seja implementado sem impactar negativamente na capacidade de crescimento das empresas e na economia brasileira.

O *split payment* deve ser introduzido com cautela para não distorcer a organização das empresas e ocasionar violação ao *princípio da neutralidade*¹⁹ previsto na Constituição Federal, que assegura um ambiente de estabilidade e previsibilidade para as empresas serem incentivadas a crescerem com eficiência, de modo a garantir que a tributação seja neutra para não influenciar nas escolhas de mercados. O que devemos levar em consideração é que o *split payment* foi objeto de mudanças em todos os países apresentados no presente estudo, mas isso não significa que devemos introduzir esse mecanismo com urgência em nosso território e seguir os mesmos caminhos.

Se a Itália e o México confirmaram que esse mecanismo impacta negativamente o fluxo de caixa das empresas, por exemplo, devemos avaliar se ele deve ser implementado de forma voluntária ou obrigatória para situações específicas, com a possibilidade de exclusão das pequenas empresas desse regime devido à dificuldade de adaptação. Essas considerações devem ser avaliadas para não pre-

¹⁹ DE SANTI, Eurico; MACHADO, Nelson. *Impostos sobre bens e serviços*: Centro de Cidadania Fiscal: Estatuto, PEC45, PEC Brasil Solidário, PEC 110, Notas Técnicas e Visão 2023, Max Limonad, 2023

judicar as atividades empresariais, inclusive porque muitas empresas pequenas e médias são vulneráveis e operam com margens de lucro reduzidas e carecem de planejamento eficiente²⁰.

Em relação ao fluxo de caixa, trata-se de um indicador essencial dos rumos financeiros dos negócios, para liquidar diversos compromissos de maneira correta para não ocasionar uma séria descontinuidade nas operações²¹. Também não podemos deixar de lado que países com a Itália, México, República Tcheca e Equador reconheceram que a implementação desse sistema tem custos elevadíssimos e não está imune a falhas técnicas.

Tanto é verdade que a Deloitte, em estudo elaborado para a Comissão Europeia, deixou claro que a implementação do *split payment* traz custos operacionais e técnicos elevadíssimos. Esse estudo reconhece que o mecanismo gera um impacto positivo no fluxo de caixa das autoridades fiscais por obrigar as empresas realizarem o pagamento do IVA antecipadamente, mas o efeito é oposto em relação às empresas porque afeta seus negócios.

Compreendemos que a utilização de uma tecnologia inteligente é uma das principais características do *split payment* a ser implementado no Brasil²², mas até o momento não há estudos brasileiros sobre a estimativa dos custos para a implementação desse mecanismo ou se os custos para a sua manutenção serão reduzidos ao longo do tempo, muito menos sobre quais são seus impactos para as empresas.

Com o *split payment* implementado no Brasil, as empresas precisarão se organizar para criar reservas financeiras com o fim exclusivo para o pagamento de tributos e isso tem custo, o que requer um planejamento minucioso para não ocasionar prejuízos à lucratividade e crescimento de empresas, sendo essencial que os custos desse mecanismo sejam mensurados antes de ser implementado.

O aprendizado internacional também mostra que o *split payment* pode forçar empresas à informalidade, evitando o pagamento antecipado do imposto para manter saúde financeira dos negócios. Além disso, os mecanismos de pagamento segregado nos países estudados são vulneráveis, permitindo que empresas encontrem formas de sonegação, mostrando que o *split payment*, por si só, não combate a evasão fiscal, a exemplo da *Máfia Capital* italiana e das alternativas de fraudes que surgiram no México e congestionaram o contencioso judicial.

Nesse cenário, é importante considerarmos que o *split payment* brasileiro não precisa ser obrigatório para todas as empresas, inclusive porque a experiência

²⁰ Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif519-31-40.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2024.

²¹ ASSAF NETO, Alexandre. *Finanças corporativas e valor*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²² Informações divulgadas pelo Ministério da Fazenda disponíveis em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2024/junho/uso-de-tecnologia-inteligente-e-uma-das-principais-caracteristicas-do-split-payment-ressalta-appy>. Acesso em: 15 jul. 2024.

internacional demonstra sua eficácia em situações específicas, em especial para que o princípio da neutralidade e os demais princípios do Sistema Tributário Nacional, previstos na Constituição Federal, sejam respeitados, dentre os quais como simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação, defesa do meio ambiente, e livre iniciativa e concorrência.

5. Conclusão

A urgência em adotar o *split payment* através de uma tramitação acelerada do PLP 68 não deve ser entendida como prioridade se não houver um estudo criterioso sobre as implicações envolvendo a introdução do mecanismo no Sistema Tributário Nacional, sendo fundamental considerarmos os custos elevados de implementação e manutenção, bem como a possibilidade de sonegação e evasão fiscal, como observado em outros países.

Portanto, a implementação no Brasil deve ser cuidadosa, respeitando princípios como simplicidade, transparência, justiça tributária, cooperação e livre iniciativa e concorrência, garantindo que os objetivos da reforma tributária sejam alcançados sem comprometer o crescimento e a estabilidade das empresas.

6. Bibliografia

- ASSAF NETO, Alexandre. *Finanças corporativas e valor*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRISACANI, M. Split payment: i complessi adempimenti degli Enti pubblici. *Il Fisco*, ed.15, 2016.
- CENTORE, P. L'occasione da non perdere con le regole di "split payment". *Corriere Tributario*, ed. 21, 2015, p. 1591.
- CIRCOLARE Agenzia delle Entrate, ed.27/E, 11 de novembro de 2017.
- DE SANTI, Eurico; MACHADO, Nelson. *Impostos sobre bens e serviços: Centro de Cidadania Fiscal: Estatuto, PEC 45, PEC Brasil Solidário, PEC 110, Notas Técnicas e Visão 2023*. São Paulo: Max Limonad, 2023.
- EUROPEAN COMMISSION. Analysis of the impact of the split payment mechanism as an alternative VAT collection method. Bruxelas, Deloitte, 2017.
- FIORIO, C. V.; D'AMURI, F. *Workers' Tax Evasion in Italy*. *Giornale degli economisti e Annali di economia*, ed. 2005, p. 247-270.
- GALBIATI, R.; ZANELLA, G. The tax evasion social multiplier: evidence from Italy. *Journal of Public Economics*, 2012, ed. 96, p. 485-494.
- HMRC. *Measuring Tax gaps*, 2020, ed. 12.

Lei n. 14.754/2023: Inconstitucionalidades e Aplicação dos Acordos de Bitributação

Gabriel Bez-Batti

Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (*magna cum laude*).
Mestre (LLM) em International Tax Law na Vienna University of Economics and
Business (*passed with honours*) e pós-graduado pela Fundação Getúlio Vargas.
Advogado associado em Brigação Duque-Estrada Advogados.

Resumo

O objetivo deste artigo é examinar os dispositivos da Lei n. 14.754/2023 que são incompatíveis com a Constituição e com os acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

Palavras-chave: Lei n. 14.754/2023, regras CFC, acordos de bitributação, IRPJ e CSL.

Abstract

The objective of this article is to analyze the provisions of Law 14.754/2023 that are incompatible with the Constitution and with the double taxation agreements signed by Brazil.

Keywords: Law 14,754/2023, CFC rules, tax treaties, CIT.

1. Introdução

Neste artigo, faremos algumas considerações sobre a Lei n. 14.754/2023, que, ao dispor sobre a incidência automática das regras de imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por meio de *offshore*, estabelece, às pessoas físicas, novo paradigma de tributação no País.

No passado, já se tentou tributar os rendimentos das pessoas físicas de forma automática, mas todas essas iniciativas foram rejeitadas pelo Congresso Nacional.

Esse tratamento divergia do modelo previsto para as pessoas jurídicas residentes no Brasil, cuja tributação automática foi consolidada em 2002 (apesar de, antes disso, já ter sido prevista em outra oportunidade), com a edição da Medida Provisória n. 2.158-35/2001.

Como as regras aplicáveis às pessoas jurídicas já estão em vigor há anos, a academia e os Tribunais têm experiência suficiente com esse modelo de tributação. Com base nessa experiência, sabe-se, em relação à 14.754/2023, que há duas questões jurídicas principais que certamente serão objeto de debate na academia e no Judiciário: compatibilidade de alguns dos seus dispositivos com a Constituição Federal (CF) e com os acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

No presente artigo, nosso objetivo é tratar de cada um desses pontos, com base no seguinte esquema:

No Tópico 2, abordaremos os principais dispositivos da Lei n. 14.754/2023 para entender melhor o seu âmbito de aplicação.

No Tópico 3, explicaremos o conceito constitucional de renda, sua relação com o art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN) e os principais aspectos que, no nosso entender, podem ser extraídos do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.588 (em que o Supremo Tribunal Federal – STF – discutiu a tributação automática de pessoas jurídicas no Brasil) para interpretar a Lei n. 14.754/2023.

Com base nessas conclusões, apontaremos, no Tópico 4, alguns dos dispositivos da Lei n. 14.754/2023 que, no nosso entender, são inconstitucionais.

Por fim, trataremos nos Tópicos 5 e 6 sobre a compatibilidade do regime de tributação automática (previsto na Lei n. 14.754/2023) com os acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

2. Aspectos introdutórios sobre a Lei n. 14.754/2023

No final do ano passado, foi publicada a Lei n. 14.754/2023, que, entre outras inovações, modificou as regras aplicáveis à tributação da renda auferida por pessoas físicas residentes no País em aplicações financeiras, entidades controladas e *trusts* no exterior.

Nos termos da referida Lei, a partir de 1º de janeiro de 2024, os “rendimentos do capital aplicado no exterior, nas modalidades de aplicações financeiras, lucros e dividendos de entidades controladas e bens e direitos objeto de *trust*”, serão tributados a 15% (quinze por cento).

Além disso, os lucros apurados por entidades estrangeiras controladas por pessoas físicas estarão sujeitos à tributação no Brasil em 31 de dezembro de cada ano, se essa entidade:

- a) estiver domiciliada em país com tributação favorecida;
- b) for beneficiária de regime fiscal privilegiado; *ou*
- c) apurar renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total, assim considerado o somatório de todas as receitas, incluídas as não operacionais.

Consideram-se rendas passivas os *royalties*, juros, aluguéis, dividendos, participações societárias, ganhos de capital (exceto na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de 2 anos), aplicações financeiras e intermediação financeira.

Em relação a esse ponto, a lei brasileira prevê algumas exceções, classificando como renda ativa, por exemplo, os juros recebidos por financeiras e os aluguéis recebidos por incorporadoras imobiliárias no exterior.

Ademais, conforme dispõem os incisos I e II do § 1º do art. 5º da Lei n. 14.754/2023, o controle estará configurado nas hipóteses em que a pessoa física detiver:

- a) direta ou indiretamente, direitos de eleger a maioria dos administradores ou que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais;

- b) direta ou indiretamente, isoladamente ou em conjunto com pessoas vinculadas, mais de 50% (cinquenta por cento) de participação no capital social da investida, ou nos direitos à percepção de seus lucros ou ao recebimento de seus ativos na hipótese de sua liquidação.

Conforme apontam Caio Takano e Juliana Midori Kuteken¹, na definição dos tipos de controle, o Brasil adotou o jurídico e o econômico, em linha com as recomendações previstas na Ação 3 do Projeto Beps OCDE/G20.

Trata-se do critério *vote or value*.

O controle jurídico, conforme previsto nos incisos I e II do art. 5º da lei em referência, diz respeito:

- a) ao conceito clássico de acionista controlador contido no art. 116 da Lei n. 6.404/1976 – esse dispositivo define “controle” como a titularidade de direitos de sócio que assegure, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia;
- b) ao titular da participação no capital social maior que 50% (cinquenta por cento).

A parte final do inciso II do art. 5º da referida lei, por sua vez, contempla a definição de controle econômico, assim entendido como o controle com base na titularidade de direitos à percepção de lucros ou de ativos em caso de liquidação da sociedade.

Em resumo, estarão sujeitas a essa legislação as pessoas físicas residentes no País que detiverem o controle (assim entendido como a pessoa física que detiver mais de 50% de participação no capital social da investida ou nos direitos à percepção de lucros ou de ativos em caso de liquidação da sociedade, detiver o direito de eleger a maioria dos administradores ou tenha preponderância nas deliberações sociais) de pessoa jurídica localizada em país com tributação favorecida/regime fiscal privilegiado *ou* que apure renda ativa inferior a 60% (sessenta por cento).

Como os requisitos para a incidência da referida lei são alternativos, as pessoas físicas residentes no Brasil que detiverem o controle de pessoas jurídicas no exterior estarão sujeitas à tributação automática mesmo se a entidade no exterior apurar rendimentos passivos que, diante da inexistência de regra de isenção ou redução, são devidamente tributados na sua jurisdição de residência.

Dessa forma, pode-se dizer que a lei brasileira alcança:

¹ TAKANO, Caio Augusto; KUTEKEN, Juliana Midori. As regras CFC aplicáveis às pessoas físicas e o conceito de controle no art. 5º da Lei n. 14.754/2023. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. I.

- a) hipóteses claramente abusivas/antievasivas, com o fim de tributar os lucros apurados por empresas em paraísos fiscais ou regimes fiscais privilegiados; e
- b) situações em que, para evitar o diferimento (*anti-deferral rules*) no tempo, o lucro da empresa estrangeira é tributado no Brasil mesmo antes da sua distribuição.

3. Inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 14.754/2023: aspectos introdutórios

A primeira questão que surge diz respeito à compatibilidade das regras previstas na Lei n. 14.754/2023 com a CF e, para respondê-la, faz-se necessário traçar algumas linhas sobre a materialidade do imposto de renda, tal como definida na CF e no CTN.

De acordo com o inciso III do art. 153 CF², a União tem competência para instituir o imposto de renda, mas não há, no texto constitucional, uma definição de renda propriamente dita.

Tal conceito está atrelado ao art. 43 do CTN, que definiu “renda” à época em que a CF foi promulgada – entende-se que esse foi o conceito idealizado pelo constituinte originário quando concedeu à União a competência tributária para instituir o referido tributo.

Conforme dispõe o art. 43 do CTN³, o fato gerador do imposto de renda é o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (teoria da renda-produto, no inciso I), ou os proventos de qualquer natureza, assim entendidos os outros acréscimos patrimoniais (teoria da renda-acréscimo, no inciso II) não derivados do patrimônio ou do esforço pessoal do seu titular⁴.

Em essência, a interpretação literal do art. 43 do CTN conduz à conclusão de que o imposto de renda incide sobre o acréscimo patrimonial, conforme disposto no inciso II do CTN, que é abrangente e estabelece que o referido tributo incide sobre “todos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”.

Apesar de o art. 43 do CTN dispor que o IRPJ tem como fato gerador a disponibilidade econômica ou jurídica da renda e o inciso II assentar que os acréscimos patrimoniais configuram fato gerador desse imposto, estão fora da incidência do IRPJ e da CSL, por exemplo, os acréscimos de riqueza referentes às trans-

² “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] III – renda e proventos de qualquer natureza.”

³ “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

⁴ SANTOS, Ramon Tomazela. *O imposto de renda e as regras de subcapitalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 102.

ferências patrimoniais, como aqueles decorrentes de atos não onerosos, provenientes de elemento externo ao patrimônio⁵.

Além desse requisito (acréscimo patrimonial), é necessário que o contribuinte adquira a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Prevalece na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a disponibilidade econômica corresponde ao poder efetivo de dispor da renda (geralmente atrelada ao regime de caixa), enquanto a disponibilidade jurídica seria aquela presumida por força de lei, geralmente atrelada ao regime de competência.

A Lei n. 7.713/1988, que dispõe sobre a tributação da renda das pessoas físicas, dá a entender que o recebimento de numerário em pecúnia é desnecessário para a incidência do IRPF, ao fazer referência, no parágrafo único do art. 19, à base de cálculo do imposto de renda nas transmissões que não se expressarem em dinheiro.

Além disso, as decisões do STJ indicam que a ocorrência do fato gerador do imposto de renda na modalidade “disponibilidade econômica da renda” não pressupõe o recebimento de valores em dinheiro (REsp n. 2.071.754/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. 12-3-2024; AgInt no REsp 2.068.360/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 30-10-2023; REsp n. 1.385.164/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 4-8-2016, e outros).

No STF, em contrapartida, o Ministro Dias Toffoli, no julgamento do Ag. Reg. no RE n. 1.425.609/GO – caso recente em que se discutiu a tributação do ganho de capital sobre bens transmitidos a valor de mercado por herança ou doação –, assentou que o imposto de renda não incide sobre ganho de capital simbólico, “por não estar efetivamente disponível àquele (isto é, ao doador, no momento anterior à doação), quer em termos econômicos, quer em termos jurídicos”.

Amparou o seu entendimento com base na doutrina de Rubens Gomes de Souza, segundo o qual a “disponibilidade econômica corresponde ao que os economistas chamam de ‘separação da renda’: é a sua efetiva percepção em dinheiro ou outros valores”.

Prevaleceu, porém, o voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que “a tributação do ganho de capital nas transferências de bens do *de cujus* ou do doador configura acréscimo patrimonial sujeito à incidência do imposto de renda”.

Na década de 1990, no RE n. 172.058, ao julgar a inconstitucionalidade da incidência do imposto sobre o lucro líquido (ILL) previsto no art. 35 da Lei n. 7.713/1988 – que era um tributo que sujeitava o acionista pessoa física ao recolhimento do IRF sobre o lucro líquido da companhia mesmo que esse lucro não tivesse lhe sido disponibilizado –, o Ministro Carlos Velloso destacou no seu voto

⁵ SANTOS, Ramon Tomazela. *O imposto de renda e as regras de subcapitalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105.

que “a disponibilidade econômica significa a obtenção de renda, significa ingresso real no patrimônio da pessoa, de moeda ou seu equivalente, ou a possibilidade de a pessoa dispor da renda”.

Nesse julgamento, o Plenário do STF sedimentou o entendimento de que a aquisição da disponibilidade econômica de renda consiste na percepção efetiva, pelo contribuinte, do rendimento em dinheiro (receita realizada).

Por sua vez, o § 2º do art. 43 do CTN⁶, introduzido pela Lei Complementar n. 104/2001, dispõe que a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará a disponibilidade nas hipóteses em que a receita ou o rendimento forem oriundos do exterior.

De acordo com Ricardo Mariz de Oliveira⁷, esse dispositivo afasta qualquer dúvida quanto à validade da tributação em bases mundiais e dá respaldo “quanto aos meios de aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de rendas e proventos no exterior”.

Não obstante, conforme ensina o próprio autor⁸, “o § 2º está umbilicalmente preso ao *caput* do artigo, de modo que não representa uma regra autônoma deste”. Desse modo, no contexto do art. 43 do CTN, é “necessário verificar se houve a aquisição de renda ou de provento para depois se determinar se há a sua disponibilidade”.

Nota-se, assim, que para incidir o imposto em referência é necessário que o contribuinte obtenha um acréscimo patrimonial econômica ou juridicamente disponível.

No passado, houve a tentativa de tributar a renda de empresas controladas por pessoas físicas, mas tais projetos não avançaram diante dos embaraços criados pelo Congresso Nacional. Sendo assim, o Judiciário nunca analisou a constitucionalidade de uma norma que prevê a tributação automática dos rendimentos auferidos por pessoas físicas por meio de pessoas jurídicas no exterior.

Em contrapartida, em relação à tributação automática dos lucros apurados por empresas estrangeiras controladas ou coligadas a outra pessoa jurídica no País, tal análise já foi feita pelo STF na ADI n. 2.588, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI para que fosse declarada a inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN e do art. 74 e parágrafo único da MP n. 2.158-35/2001.

No seu voto, entendeu a relatora, Ministra Ellen Gracie, que a renda somente estará disponível nas relações de controle entre o contribuinte no Brasil e a socie-

⁶ “§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.”

⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda* (2020). São Paulo: IBDT, 2020, p. 438.

⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda* (2020). São Paulo: IBDT, 2020, p. 443-444.

dade no exterior (já que nessa hipótese os contribuintes detêm o poder de ditar a política de distribuição dos resultados obtidos pela empresa estrangeira).

Tal não ocorre, disse a Ministra, nos casos em que a relação é de mera coligação.

Posteriormente, foram proferidos os votos dos demais ministros, que se posicionaram ora pela constitucionalidade, ora pela inconstitucionalidade total dos dispositivos em referência, na seguinte ordem: Ministro Nelson Jobim (constitucionalidade – 9-12-2004); Ministro Marco Aurélio (inconstitucionalidade – 28-9-2006); Ministro Sepúlveda Pertence (inconstitucionalidade – 28-9-2006); Ministro Ricardo Lewandowski (inconstitucionalidade – 25-10-2007); Ministro Eros Grau (constitucionalidade – 25-10-2007); Ministro Ayres Britto (constitucionalidade – 17-8-2011); Ministro Cezar Peluso (constitucionalidade – 17-8-2011); Ministro Celso de Mello (inconstitucionalidade – 17-8-2011).

A soma desses votos com o da Ministra Ellen Gracie resultou em uma maioria (5 a 4) a favor da constitucionalidade desses dispositivos (art. 43, § 2º, do CTN e art. 74, parágrafo único, da MP n. 2.158-35/2001) no que diz respeito à tributação automática das controladas no exterior e da inconstitucionalidade em relação às coligadas.

Porém, o Ministro Joaquim Barbosa, por meio de uma solução intermediária, trouxe nova abordagem à questão ao considerar constitucional o regime de tributação automática somente nos casos em que controladas e coligadas estiverem localizadas em paraísos fiscais.

A decisão do STF nessa ADI pode ser sintetizada da seguinte forma:

- (i) coligadas em países normais (não paraísos fiscais) – inconstitucional;
- (ii) coligadas em paraísos fiscais – não há decisão;
- (iii) controladas em países normais (não paraísos fiscais) – não há decisão;
- (iv) controladas em paraísos fiscais – constitucional.

Note-se, assim, que ao analisar a regra de tributação em bases universais aplicável às pessoas jurídicas (art. 74 da MP n. 2.158-25/2001), posteriormente substituída pelos arts. 76 e seguintes da Lei n. 12.973/2014) – que possui viés arrecadatário na medida em que se destina a tributar rendimentos ativos e passivos de pessoas jurídicas independentemente do país em que estejam localizadas –, os ministros do STF decidiram pela sua constitucionalidade em apenas uma ocasião: tributação de controladas residentes em paraísos fiscais.

Não houve referência, portanto, às hipóteses em que as empresas estrangeiras são beneficiárias de regimes fiscais privilegiados ou auferem rendimentos ditos “ativos” em percentual inferior a 60% (sessenta por cento) do seu rendimento total – outras duas situações em que incidem as regras previstas na Lei n. 14.754/2023, objeto deste estudo.

É curioso o fato de esse julgamento não ter feito referência à tributação da renda apurada por empresas beneficiárias de regimes fiscais privilegiados, por-

que à época da votação final da ADI n. 2.588, em 2013, a administração tributária brasileira, por meio da Instrução Normativa n. 1.037/2010, já editava uma *grey list* com tais regimes benéficos (p. ex., *holdings companies* na Áustria, Holanda e Dinamarca).

Embora a decisão do STF na ADI n. 2.588 tenha de ser lida com cautela, já que nenhum dos ministros que nela votaram continuam na Corte, a sua importância é indiscutível porque foi a única oportunidade em que o Plenário analisou, com efeitos vinculantes, a constitucionalidade das regras de tributação em bases universais.

Com base nessa premissa, e para fins de interpretação das regras previstas na Lei n. 14.754/2023, pode-se dizer que o precedente acima citado reforça o entendimento de que a regra de tributação automática das pessoas físicas sobre os lucros auferidos por entidades no exterior seria constitucional quanto às controladas localizadas em paraísos fiscais.

Nada diz, porém, sobre as hipóteses em que as empresas estrangeiras estão localizadas em regimes fiscais privilegiados ou que auferam rendimentos ditos “ativos” em percentual inferior a 60% (sessenta por cento) do seu rendimento total (outras duas situações em que incidem as regras previstas na Lei n. 14.754/2023, objeto deste estudo).

4. Inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 14.754/2023

Na nossa opinião, não se pode presumir, em relação às pessoas jurídicas beneficiárias de regimes fiscais privilegiados, que o silêncio do STF na ADI n. 2.588 nesse particular evidencia a sua posição de que a tributação automática dos rendimentos auferidos por essas empresas seria inconstitucional, eis que a questão não foi sequer debatida entre os ministros da Suprema Corte.

Sendo assim, o mesmo raciocínio usado pelo STF para decidir pela constitucionalidade das regras de tributação em bases universais das pessoas jurídicas localizadas em paraísos fiscais deve se estender às controladas localizadas em regimes fiscais privilegiados.

Isso ocorre porque, em ambos os casos, há uma situação abusiva que, sopesada com o princípio da renda líquida (CF, art. 153, III, e CTN, art. 43), derivado do princípio da capacidade contributiva, conduz à prevalência das regras antiabuso que visam garantir ao erário a arrecadação de valores sobre fatos reprovados pelo legislador.

Por conta disso, entendemos que a Lei n. 14.754/2023 é constitucional no que diz respeito à tributação automática dos lucros apurados por pessoas físicas no Brasil por meio de pessoas jurídicas localizadas em *paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados*⁹.

⁹ Em artigo escrito ao Conjur, Sérgio André Rocha, ao contrário, assenta que “em princípio, a tributação prevista no artigo 5º da Lei 14.754 seria constitucional nas situações em que a controlada

Em contrapartida, a Lei n. 14.754/2023 é inconstitucional, no nosso entendimento, na parte que dispõe sobre a tributação automática – no nível das pessoas físicas residentes no Brasil – de empresas estrangeiras que apurem renda ativa inferior a 60% (sessenta por cento), independentemente do país em que esteja localizada, pelos seguintes motivos:

- a) não há, nessa hipótese, um princípio constitucional que possa ser sopesado com o da renda líquida (derivado da capacidade contributiva), eis que a regra em referência (renda ativa inferior a 60%) não visa impedir ou restringir situações abusivas – o limite de 60% (sessenta por cento) é baixo e pode abranger situações em que a entidade no exterior explora atividade econômica própria, devidamente tributada (na maior parte dos casos) no país onde a empresa investida está localizada; e
- b) tal situação se agrava nas hipóteses em que o estatuto da empresa estrangeira impede que os lucros sejam distribuídos à pessoa física no Brasil antes do cumprimento de algumas formalidades.

No mesmo sentido, Andressa Pegoraro¹⁰ afirma que “no caso do uso isolado do critério da renda passiva, não há como compatibilizar as regras de tributação automática dos lucros da Lei n. 14.754/2023, sem qualquer característica antielisiiva a justificá-la, nem com o princípio constitucional da capacidade contributiva, nem com o art. 43 do CTN, uma vez que não há a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda auferida no exterior”.

De acordo com a autora¹¹, “a aquisição da disponibilidade da renda apenas ocorrerá após o efetivo exercício do poder de controle, no sentido de deliberar a distribuição de lucros”. Assenta, com razão, que “a pessoa física controladora não possui disponibilidade da renda auferida no exterior pela controlada antes de um evento de distribuição que coloque os lucros em sua esfera patrimonial”.

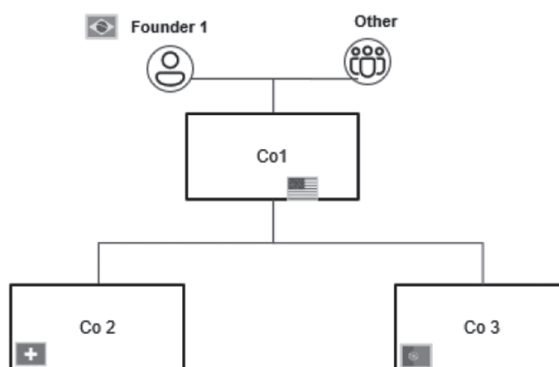
Na prática, é bastante plausível que um sócio pessoa física esteja sujeito à tributação pelo IRPF mesmo sem auferir renda alguma. Para reforçar esse ponto, ao invés de trazer aquelas situações em que a pessoa física detém uma *offshore* para investir ou “esconder” os seus rendimentos no exterior, prefiro trazer hipótese não tão incomum na prática.

estivesse localizada em país com tributação favorecida (artigo 5º, § 5º, I, da Lei 14.754)”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-26/lei-14-754-2023-e-tributacao-de-controladas-de-pessoas-fisicas-no-externio-parte-1/>. Acesso em: 9 jul. 2024.

¹⁰ PEGORARO, Andressa. A compatibilidade da Lei n. 14.754/2023 com o Sistema Tributário Brasileiro e com os acordos de bitributação. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024,

¹¹ PEGORARO, Andressa. A compatibilidade da Lei n. 14.754/2023 com o Sistema Tributário Brasileiro e com os acordos de bitributação. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. I.

Imagine-se um grande conglomerado cujo capital majoritário seja detido por pessoa física (o que também não era – e não é – incomum, muitas vezes em decorrência de um planejamento tributário lícito para escapar às regras de tributação automática das PJs previstas na Lei n. 12.973/2014), que será tributada de forma automática (sobre lucros estratosféricos, muitas vezes) mesmo que não lhe tenha sido deliberada qualquer distribuição de dividendos. Confira-se:



Suponha que essa empresa seja operacional, mas por ter uma grande reserva de caixa também investe em ativos financeiros como títulos públicos, debêntures etc. Pode ser que essa empresa, por um determinado momento, passe por uma fase de baixo desempenho operacional (p. ex., indústrias cíclicas, como *commodities*).

Em tese, essa empresa, em determinado exercício, poderá apurar renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total.

Imagine que essa empresa decida capitalizar os seus lucros (com a consequente emissão de ações bonificadas ou aumento do valor nominal das ações) ou seja obrigada a alocar os lucros em reservas legais, que, no Brasil, podem ser utilizadas para compensar prejuízos.

Nesses casos, a pessoa física no Brasil não terá a disponibilidade da renda. Em algumas situações, não seria nem questão de *timing*: se os lucros forem absorvidos por prejuízos, não haverá lucro disponível nenhum.

As regras antiabuso escapam muitas vezes dos contornos da capacidade contributiva¹², porque pretendem proteger algum valor que se entende relevante. A justificativa para tributar de forma automática os lucros apurados por empresas localizadas em paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados é impedir que o contribuinte não seja tributado em lugar algum (dupla não tributação).

Busca-se, nesse caso, que os contribuintes evitem constituir as suas empresas nesses locais. Por outro lado, a tributação de empresas que auferem renda ativa

¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. I, p. 44.

inferior a 60% (sessenta por cento) não pretende impedir qualquer comportamento.

Clara está, portanto, a sua inconstitucionalidade.

Além disso, há outras hipóteses previstas nessa lei – relacionadas ao poder de controle – que violam, a nosso ver, o princípio da renda líquida disposto no inciso III do art. 153 da CF e no art. 43 do CTN.

Como visto, a tributação automática ora em comento ocorrerá nas hipóteses em que a pessoa física residente no Brasil detém o controle da pessoa jurídica no exterior. Para evitar que a pessoa física se esquive dessa regra por meio da alienação de cotas ou ações para parentes ou outras sociedades, o inciso III do § 3º do art. 5º da Lei n. 14.754/2023 estabelece que, para fins de determinação de controle, serão consideradas vinculadas à pessoa física residente no País:

I – a pessoa física que for cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, da pessoa física residente no País;

II – a pessoa jurídica cujo diretor ou administrador for cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, da pessoa física residente no País;

III – a pessoa jurídica da qual a pessoa física residente no País for sócia, titular ou cotista;

IV – a pessoa física que for sócia da pessoa jurídica da qual a pessoa física residente no País seja sócia, titular ou cotista.

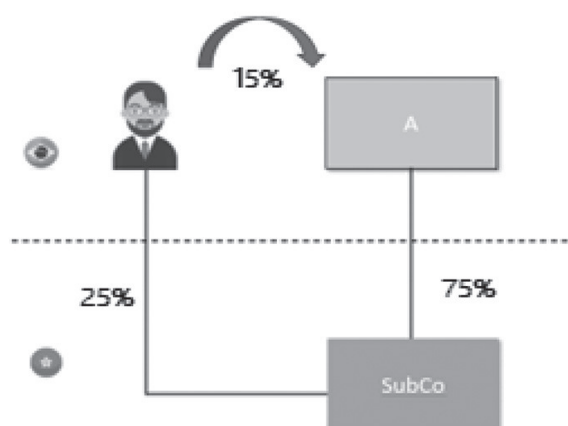
§ 4º Para fins de aplicação do disposto nos incisos III e IV do § 3º deste artigo, serão consideradas as participações que representarem mais de 10% (dez por cento) do capital social votante. (grifo nosso)

Na nossa opinião, é inconstitucional o inciso III do § 3º do art. 5º da Lei n. 14.754/2023, acima citado.

Isso ocorre porque, se a pessoa física no Brasil detém menos de 50% (cinquenta por cento) de participação na empresa estrangeira, ela poderá ser considerada sujeita à tributação automática apenas porque é sócia (mais de 10%) de empresa que detém a participação adicional (que, juntamente com a pessoa física, excede 50%).

Em boa parte dos casos, esse indivíduo não terá o poder de determinar a distribuição dos lucros, o que afronta ao inciso III do art. 153 da CF e art. 43 do CTN (a renda não lhe estará disponível). A figura abaixo ilustra a situação.

Figura 1. Indivíduo que detém menos de 50%, mas é sócio de outra empresa que detém a participação adicional



Além disso, também é inconstitucional a parte final do inciso II do art. 5º da Lei n. 14.754/2023, ao estabelecer a tributação automática dos sócios que detêm mais de 50% (cinquenta por cento) dos direitos à percepção dos lucros ou ao recebimento dos ativos da empresa na hipótese de sua liquidação.

Tal ocorre porque esse direito é meramente econômico e não tem como pressuposto o poder de distribuição dos lucros aos sócios – muitas vezes restrito aos detentores das participações com direito a voto.

Conforme assentado por Aluizio Rausch¹³, o poder de distribuição de lucros “is not achieved through entitlement to capital and assets alone, as the value attribute generally refers to amounts to be received and the eventual preference in receiving them, nor to the timing of the distribution per se. In fact, this controlling right is mainly achieved through voting power (exceptions applicable, for example, mandatory minimum dividends)”.

Por conta disso, entendemos que a Lei n. 14.754/2023 é inconstitucional nos seguintes pontos: na parte que prevê a tributação automática dos rendimentos de empresas estrangeiras que apurem renda ativa inferior a 60% (sessenta por cento) do seu rendimento total e na parte que estabelece a tributação automática mesmo que a pessoa física não detenha o controle da empresa estrangeira (entendido como o poder de deliberar a distribuição dos lucros aos sócios, o que exclui as hipóteses em que o controle é meramente econômico ou em que a participação com direito a voto da pessoa física é inferior a 50%), como se viu acima.

5. Compatibilidade da tributação automática dos lucros no exterior com os acordos de bitributação assinados pelo Brasil

Outra questão interessante diz respeito à compatibilidade das regras previstas na Lei n. 14.754/2023 com os acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

¹³ RAUSCH, Aluizio Porcaro. The definition of Control in Controlled Foreign Corporation Rules and Double Taxation: Lessons from the Brazilian, US, EU and OECD Controlled Foreign Corporation Rules. *Bulletin for International Taxation*, 2024, v. 78, n. 5.

Como se sabe, o art. 7º dos referidos acordos estabelece que “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”.

Esse dispositivo indica que, para fins fiscais, cada entidade deverá ser tratada de forma separada (*separate entity approach*). Assim, o lucro apurado por uma empresa será tributado somente no seu Estado de residência.

Com isso, o art. 7º dos acordos de bitributação impede a tributação, em um Estado, dos rendimentos apurados por empresas localizadas no outro Estado, do que resulta a percepção inicial de que as regras CFC, previstas nas legislações locais, violam o referido dispositivo.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) não mais se posiciona no sentido de que as regras CFC somente são compatíveis com os acordos de bitributação caso os Estados contratantes esclareçam esse ponto nos seus acordos¹⁴.

Mais recentemente, o entendimento da referida organização era no sentido de que os regimes CFC seriam compatíveis com os acordos de bitributação somente se o escopo dessas regras fosse antievasivo, conforme apontaram Pedro Schoueri e Ricardo Galendi¹⁵. Além disso, entendia-se que tais medidas não deveriam ser aplicadas caso os rendimentos estivessem sujeitos, no outro Estado, a uma tributação compatível com a do país de residência do contribuinte¹⁶.

Note-se, porém, que tais pontos não foram acolhidos na Convenção Modelo da OCDE de 2017. Conforme indica Brian Arnold¹⁷, desde a Convenção Modelo da OCDE de 2010 não há mais a ressalva, nos Comentários, de que as regras CFC não deveriam ser aplicadas caso os rendimentos estivessem sujeitos, no outro Estado, a uma tributação compatível com a do país de residência do contribuinte (veja-se, no entanto, que tal recomendação foi novamente indicada na Ação 3 do Projeto Beps OCDE/G20, editada posteriormente à Convenção Modelo de 2010).

¹⁴ “A significant number of countries have adopted controlled foreign company provisions to address issues related to the use of foreign base companies. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities.

[...] Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign company legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign company legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention.”

¹⁵ SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg; GALENDI JR., Ricardo André. CFCs and Tax Treaties: Historical Elements for the IIR Debate. *Intertax*, 2024, p. 78.

¹⁶ Item 26 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE de 2010.

¹⁷ ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019, p. 641.

Além disso, a ressalva de que as regras CFC não deveriam incidir sobre rendas de atividades comerciais foi suprimida com a Convenção Modelo de 2017.

Acresça ter sido incluído, na Convenção Modelo de 2017, o art. 1 (3), que estabelece o seguinte: “em nenhum caso as disposições deste parágrafo serão interpretadas de modo a restringir, de qualquer forma, o direito de um Estado Contratante de tributar os residentes desse Estado”.

Por conta disso, Brian Arnold¹⁸ entende que, após a edição da última Convenção Modelo da OCDE (2017), as regras CFC não conflitam com os acordos de bitributação, independentemente do seu escopo de aplicação.

Parece-nos que, no Brasil, as regras aplicáveis às pessoas jurídicas e previstas nos arts. 76 e seguintes da Lei n. 12.973/2014, por conta do seu viés arrecadatário e antidiferimento (e não antievasivo ou antiabusivo), são, regra geral, incompatíveis com o art. 7º dos acordos de bitributação.

Diz-se regra geral porque há acordos assinados pelo Brasil que permitem expressamente a aplicação de regra CFC ou *similar* voltadas a combater o diferimento dos lucros, como ocorre com os ADTs assinados pelo Brasil com os Emirados Árabes Unidos (art. 11, *b*, do protocolo), México (art. 28, 3), Singapura (art. 11 do protocolo), Turquia (art. 6 do protocolo), Uruguai (art. 6 do protocolo) e Venezuela (art. 4, *d*, do protocolo).

O acordo com a Suíça, apesar de ter sido assinado após a Convenção Modelo de 2017¹⁹, impede a aplicação das regras brasileiras de TBU porque, enquanto a Convenção Modelo de 2017 dispõe que “esta Convenção não afetará a tributação, por um Estado Contratante, dos seus residentes²⁰”, o acordo com a Suíça estabelece o seguinte: “em nenhum caso as disposições deste parágrafo²¹ serão interpretadas de modo a restringir, de qualquer forma, o direito de um Estado Contratante de tributar os seus próprios residentes”, o que dá a entender que essa limitação – não afetar a tributação dos próprios residentes – se restringe às situações que envolvem entidades transparentes.

Os arts. 76 e seguintes da Lei n. 12.973/2014 estabelecem a tributação automática dos lucros de controladas diretas e indiretas localizadas no exterior, estejam essas empresas em jurisdições de baixa ou alta tributação, independentemente se essas empresas recebem rendas passivas ou ativas.

¹⁸ Neste sentido: ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019, p. 636.

¹⁹ Os acordos com Uruguai, Emirados Árabes Unidos e Singapura também foram assinados após 2017, com a mesma redação do acordo assinado com a Suíça, mas, ao contrário desse último, permitem expressamente a aplicação de regra CFC ou *similar* voltadas a combater o diferimento dos lucros.

²⁰ “This Convention shall not affect the taxation, by a Contracting State, of its residents.”

²¹ Por sua vez, esse parágrafo trata da consideração das entidades transparentes como “pessoa” para fins de aplicação dos acordos, o que dá a entender que essa limitação (não afetar a tributação dos próprios residentes) se restringe às situações que envolvem entidades transparentes.

As autoridades fiscais argumentam que o art. 7º dos acordos não impede a tributação desses lucros, porque a materialidade do art. 77 da Lei n. 12.973/2014 se refere ao resultado positivo do investimento (empresa no exterior) avaliado pelo método de equivalência patrimonial, o que pode resultar, no máximo, na dupla tributação econômica do rendimento, que não estaria protegida pelo art. 7º.

Por outro lado, os contribuintes afirmam que a base de cálculo prevista no art. 77 da Lei n. 12.973/2014 são os lucros – e não o resultado positivo do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – da empresa localizada no exterior. Sendo assim, esses rendimentos são tributáveis apenas no Estado de residência da controlada, de acordo com o art. 7º dos acordos de bitributação.

O STJ – que tem competência constitucional para dar a interpretação final sobre as regras dos acordos de bitributação, conforme decisão proferida no “Caso Volvo”²² – já decidiu a favor dos contribuintes no Recurso Especial n. 1.325.709/RJ²³. Tal entendimento foi corroborado pelo Ministro André Mendonça no julgamento do Recurso Extraordinário n. 870.214, que ainda está pendente de julgamento pela 2ª Turma do STF.

Os votos proferidos nesses casos confirmam o nosso entendimento de que as regras vigentes para as pessoas jurídicas, dispostas nos arts. 76 e seguintes da Lei n. 12.973/2014, não são compatíveis com os acordos de bitributação assinados anteriormente à edição da Convenção Modelo de 2017 (sendo certo que, para avaliar se há, ou não, essa compatibilidade nos acordos assinados posteriormente a essa Convenção, cada redação deverá ser examinada individualmente), por conta do seu viés arrecadatório, e não anti-evasivo ou antiabusivo.

Em contrapartida, as regras previstas na Lei n. 14.754/2023, vigente para as pessoas físicas e objeto do presente artigo, têm viés antiabusivo/antievasivo e anti-diferimento, no seguinte sentido:

- a) *antiabusivo/antievasivo* na parte que determina a tributação automática dos lucros apurados por empresas localizadas em paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados, controladas por pessoas físicas no Brasil;
- b) *antidiferimento* na parte que determina a tributação automática, no Brasil, dos lucros auferidos por pessoas jurídicas no exterior que apurem renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total, independentemente do país que estejam localizadas.

Pode-se dizer, assim, que a tributação automática dos lucros apurados por empresas localizadas em *paraísos fiscais* e *regimes fiscais privilegiados* é compatível com o art. 7º dos acordos de bitributação assinados pelo País – por conta do en-

²² RE 460.320, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-8-2020.

²³ REsp n. 1.325.709/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24-4-2014.

tendimento geral, amparado pela OCDE, de que tal conflito inexiste nas hipóteses em que as regras internas sejam antiabusivas ou antievasivas.

A nosso ver, a única exceção diz respeito às situações que se enquadram na seguinte cláusula prevista no art. 23 de alguns dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil: “os lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado total ou parcialmente direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não serão tributáveis nesse último Estado”, como bem lembram Roberto Duque Estrada e Jonas Ferreira²⁴.

Isso ocorre nos acordos assinados com Eslováquia e Tchêquia, por exemplo, sendo certo que o acordo com a Dinamarca foi revogado nesse particular (Decreto n. 9.851/2019).

O que dizer, porém, das regras que preveem a tributação automática dos lucros apurados por pessoas jurídicas no exterior que apurem renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total, independentemente do país que estejam localizadas?

É o que se exporá nos próximos tópicos.

6. Conceito de regra CFC

Para responder a referida pergunta, é necessário verificar, de forma resumida, qual é o conteúdo e a natureza de uma regra CFC na perspectiva europeia – já que boa parte dos países que integram a OCDE estão localizados nesse continente –, e americana, eis que os Estados Unidos foram o primeiro país a implementá-la.

i) *Estados Unidos*

Os Estados Unidos, por meio do “Accumulated Earnings Tax” e do “Foreign Personal Holding Company Rule”, foram o primeiro país a editar regras antidi-ferimento na sua legislação interna²⁵, isto é, que permitem a tributação dos lucros de sociedades investidas mesmo sem distribuição aos acionistas.

²⁴ DUQUE ESTRADA, Roberto; FERREIRA, Jonas. Incompatibilidades das disposições da Lei 14.754/2023 com os acordos internacionais para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024.

²⁵ “In 1937 U.S. also adopted the ‘Foreign personal holding company rule’ (FPHC), stating that the income of foreign personal companies is deemed to be distributed to U.S. shareholders by way of dividends. According to this regime, when a foreign corporation is controlled by 5 or fewer individuals and it earns more than 60% of its earnings as passive income, than the individuals are taxed on a deemed dividend, regardless of the actual distribution. This legislation was not enough to stop the tax deferral phenomenon, because it applied only to individuals” (AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. *US Subpart F legislative proposals: a comparative perspective*. University of Michigan Law School Scholarship Repository, p. 3).

Na década de 1930, as pessoas físicas, que pagavam imposto de renda sob alíquotas maiores que as vigentes para as pessoas jurídicas, constituíam empresas para receber os rendimentos ditos “passivos” e evitar essa tributação mais elevada.

O objetivo da “Accumulated Earnings Tax”, para eliminar os referidos benefícios, foi tributar essas empresas como pessoas físicas. A “Foreign Personal Holding Company Rule”, por sua vez, estendeu esse regime às hipóteses em que a constituição das pessoas jurídicas fosse realizada no exterior.

Posteriormente, os americanos promulgaram o “Revenue Act of 1962”²⁶ (nele incluído o *Subpart F*), que se tornou a primeira legislação CFC no mundo e que tinha como objetivo combater medidas evasivas e o diferimento fiscal, por meio da tributação dos rendimentos passivos como dividendos, juros, *royalties* e aluguéis, conforme apontaram Avi-Yonah, Halabi²⁷ e Lucas Carvalho²⁸.

Ocorre que a legislação americana prevê exceções, não incidindo, por exemplo, nas hipóteses em que a tributação da renda da entidade estrangeira seja acima de 90% (noventa por cento) do percentual de alíquota atual incidente nos Estados Unidos, de 21% (vinte e um por cento)²⁹.

Desse modo, o *Subpart F* incide somente nas hipóteses em que a alíquota incidente no país da controlada seja menor que 18,9%.

Portanto, as regras CFC americanas, que deram origem às mais diversas legislações ao redor do mundo sobre o tema, não incidem se o rendimento, no outro Estado (da controlada), seja tributado a alíquota superior a 18,9%, o que denota o seu caráter antiabusivo/antievasivo, e não meramente antidiferimento.

ii) Europa

A Alemanha foi o primeiro país europeu a introduzir na sua legislação interna as regras CFC, em 1972, por meio do *Außensteuergesetz*³⁰.

Para a sua aplicação, os acionistas alemães deveriam deter pelo menos 50% (cinquenta por cento) das ações (isoladamente ou em conjunto) nas empresas estrangeiras. Além disso, a CFC teria de obter renda passiva sujeita a alíquota efetiva menor que 25% (vinte e cinco por cento).

²⁶ Revenue Act of 1962. Disponível em: <https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/87Rev10.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

²⁷ AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. *US Subpart F legislative proposals: a comparative perspective*. University of Michigan Law School Scholarship Repository. p. 2.

²⁸ CARVALHO, Lucas de Lima. *Revisiting the similarity between CFC Rules and the IIR*. Tax Notes International, 2024, p. 606.

²⁹ CARVALHO, Lucas de Lima. *Revisiting the similarity between CFC Rules and the IIR*. Tax Notes International, 2024, p. 606.

³⁰ NIELSEN, Lars F. New perspective on the taxation of CFCs in third countries? IBFD. European taxation. December 2018, p. 571.

Legislações similares se espalharam por outros países europeus³¹, mesmo que fosse controvertida a sua compatibilidade com alguns dos princípios que regem a Comunidade Europeia.

No caso *Cadbury Schweppes* (ECJ C-196/04)³², o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que uma lei do Reino Unido, que previa a tributação dos lucros de entidades localizadas em países com baixa tributação, não infringia os arts. 43 (liberdade de estabelecimento), 49 (livre circulação de serviços) e 56 (livre circulação de capitais) do Tratado de Roma (que instituiu a Comunidade Europeia), por conta da sua natureza antiabusiva.

Com a entrada em vigor da *Anti-Tax Avoidance Directive* (ATAD), no final da década passada, os Estados da União Europeia foram obrigados a implementar regras CFC, que não incidem, porém, nos seguintes casos: a) se o tributo pago pela empresa estrangeira é superior a 50% (cinquenta por cento) do incidente no Estado onde está localizada a empresa-mãe; b) sendo inferior a esse percentual, caso a empresa controlada possua substância econômica (com pessoal, equipamentos, ativos e instalações).

Conclui-se que as regras CFC, no âmbito da União Europeia, também presumem caráter antiabusivo ou antievasivo, e não meramente antidiferimento.

iii) OCDE

Em 1986, a OCDE publicou o relatório intitulado “Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies”, em que tratou da interação entre as regras CFC (ou regras equivalentes) e os acordos de bitributação.

De acordo com Lucas Carvalho³³, tal relatório é o único documento técnico divulgado pela OCDE sobre o tema (interação entre regras CFC e acordos de bitributação), mesmo após o decurso de 38 (trinta e oito) anos – note que a Ação 3 do Projeto Beps OCDE/G20 delineou a natureza e peculiaridades das regras CFC, não tratando especificamente da sua interação com os acordos de bitributação.

³¹ Em estudo sobre o tema, Van Hulle (in KERSCHNER, Ina; MARYTE, Somare [eds.]. *Taxation in a global digital economy*. Viena: Linde, 2017. p. 47) apontou alguns países europeus com regras CFC, de acordo com a data de sua instituição. Em ordem cronológica: Alemanha (1972), França (1980), Reino Unido (1984), Suécia (1990), Noruega (1992), Finlândia (1995), Espanha (1995), Portugal (1995), Dinamarca (1995), Hungria (1997), Estônia (2000), Itália (2000).

³² ECJ (C-196/04) *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*. Reference for a preliminary ruling: Special Commissioners of Income Tax, London – United Kingdom. Freedom of establishment – Law on controlled foreign companies – Inclusion of the profits of controlled foreign companies in the tax base of the parent company. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-196/04>. Acesso em: 26 fev. 2024.

³³ CARVALHO, Lucas de Lima. *Revisiting the similarity between CFC Rules and the IIR*. Tax notes, 2024, p. 607.

Nas considerações finais desse documento, a organização apontou que as medidas adotadas pelos Estados para tributar as *controlled foreign companies* deveriam ter por escopo impedir (ou restringir) o abuso, evitando alcançar situações em que o contribuinte exerce no outro Estado atividades industriais, comerciais etc. (ou seja, atividades que não pressuponham *tax avoidance*³⁴).

Além disso, a OCDE, na Convenção Modelo de 2003 – em que finalmente pontuou que as regras das CFC são compatíveis com os acordos de bitributação –, assentou que, de modo geral, as regras CFC e as medidas antiabuso não devem incidir nas hipóteses em que os rendimentos estejam sujeitos, no outro Estado, a uma tributação compatível com a do país de residência do contribuinte (que aplica as regras CFC)³⁵.

Mais recentemente, tal recomendação (de que os países não apliquem tais regras nas hipóteses em que a controlada esteja sujeita, no outro país, a uma alíquota efetiva semelhante à aplicada na jurisdição do controlador) foi replicada na Ação 3 do Projeto Beps OCDE/G20. Confira-se: “the recommendation is to include a tax rate exemption that would allow companies that are subject to an effective tax rate that is sufficiently similar to the tax rate applied in the parent jurisdiction not to be subject to CFC taxation”³⁶.

Nesse documento, a organização também assentou que o objetivo das regras CFC não deveria ser aumentar a arrecadação do país onde está localizado o controlador – ainda que essa seja uma consequência natural da sua implementação –, mas sim dissuadir o controlador que, por meio da transferência de rendimentos a outros países, deseja erodir a base tributável do seu Estado de residência³⁷.

Em resumo, na visão da OCDE, mesmo que a natureza das regras CFC não seja antiabusiva (tendo também como pressuposto impedir ou restringir o *tax avoidance*, como bem pontuado por Lucas Carvalho³⁸), também não poderá ser exclusivamente antidiferimento (pelo menos não há qualquer posição da OCDE nesse sentido).

Na verdade, tanto os Comentários à Convenção Modelo quanto a Ação 3 do Projeto Beps OCDE/G20 (ao recomendar que os países não adotem as regras CFC nas hipóteses em que a controlada esteja sujeita, no outro país, a uma alíquota

³⁴ “Counteracting measures should therefore focus on clearly-identified fields of abuse. They should not be extended to activities such as production, or normal rendering of services or trading, of companies engaged in real industrial or commercial activity when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident and these activities are carried out in such a way that no tax avoidance can be suspected.”

³⁵ “As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer.”

³⁶ Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3/>. Acesso em: 23 fev. 2024.

³⁷ Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3/>. Acesso em: 23 fev. 2024.

³⁸ CARVALHO, Lucas de Lima. *Revisiting the similarity between CFC Rules and the IIR*. Tax notes, 2024, p. 611.

efetiva semelhante à aplicada na jurisdição do controlador) indicam que as regras meramente antidiferimento seriam inapropriadas, porque a renda apurada no Estado da controlada estrangeira, na maioria dos casos, estará sujeita a uma alíquota efetiva semelhante à aplicada na jurisdição do controlador.

Ocorre que a OCDE, a partir de 2017, passou a prever a seguinte redação no art. 1 da sua Convenção Modelo: “em nenhum caso as disposições deste parágrafo serão interpretadas de modo a restringir, de qualquer forma, o direito de um Estado Contratante de tributar os residentes desse Estado”³⁹.

Brian Arnold⁴⁰ considera que, a partir de então (2017), as regras CFC estão em conformidade com as disposições previstas nos acordos de bitributação *que têm por base* a Convenção Modelo da OCDE de 2017 (ainda que não expressamente previstas no texto do tratado), independentemente do seu escopo de aplicação (rendas ativas ou passivas, apuradas por empresas localizadas em países com nenhuma, baixa, média ou alta tributação).

7. As regras previstas na Lei n. 14.754/2023 são CFC?

Com base no exposto, entendemos que a Lei n. 14.754/2023 é compatível com os acordos de bitributação nas hipóteses em que prevê a tributação automática das pessoas físicas que controlam pessoa jurídica localizada em país com tributação favorecida/regime fiscal privilegiado, por conta da natureza antiabusiva/antievasiva desses dispositivos.

A exceção diz respeito aos acordos que preveem expressamente que os lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado total ou parcialmente direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não serão tributáveis nesse último Estado.

Em contrapartida, é incompatível com os acordos de bitributação na parte que permite a tributação automática dos rendimentos auferidos por empresas no exterior que apurem renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total.

Conforme dito no tópico anterior, tal regra é meramente antidiferimento e, como o limite de renda ativa previsto é de 60% (sessenta por cento), podem ser incluídas no âmbito de sua aplicação situações em que a entidade no exterior explora atividade econômica própria, conforme compactuado por Sérgio André Rocha⁴¹.

³⁹ This Convention shall not affect the taxation, by a Contracting State, of its residents.

⁴⁰ ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019, p. 641.

⁴¹ Lei n. 14.754/2023 e tributação de controladas de pessoas físicas no exterior (parte 1). Disponível em: <https://conjur.com.br/2024-fev-26/lei-14-754-2023-e-tributacao-de-controladas-de-pessoas-fisicas-no-exterior-parte-1/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

Portanto, essa regra não pode ser qualificada como CFC, incompatível, portanto, com o art. 7º dos acordos de bitributação.

É claro que tal conclusão pode carecer de aplicação prática eis que geralmente as investidas, caso não estejam em paraísos fiscais ou regimes fiscais privilegiados (hipótese em que a regra possui natureza CFC), serão tributadas por uma alíquota maior que 15% (que é a alíquota aplicada no Brasil), o que resultará em um direito de crédito compensável no Brasil em sua totalidade.

Não obstante, há países que não são considerados paraísos fiscais e tributam a renda corporativa a uma alíquota menor que 10% (dez por cento), como a Hungria, por exemplo. Além disso, é entendimento geral de que a alíquota brasileira de 15% (quinze por cento) é bastante “generosa”, e não será surpresa alguma caso essa alíquota seja majorada nos próximos anos.

Por fim, note-se que há acordos assinados pelo Brasil que permitem expressamente a aplicação de regra CFC ou *similar* voltadas a combater o diferimento dos lucros, como ocorre com os ADTs assinados pelo Brasil com os Emirados Árabes Unidos (art. 11, *b*, do protocolo), México (art. 28, 3), Singapura (art. 11 do protocolo), Turquia (art. 6 do protocolo), Uruguai (art. 6 do protocolo) e Venezuela (art. 4, *d*, do protocolo).

Portanto, a par dessas exceções, todos os outros acordos de bitributação impedem a incidência automática dos rendimentos auferidos por empresas no exterior que apurem renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total.

8. Conclusão

Por conta do exposto acima, entendemos que são inconstitucionais os dispositivos da Lei n. 14.754/2023 que determinam a tributação automática da renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total e que estabelecem a tributação automática mesmo nas situações em que a pessoa física não detenha o controle da empresa estrangeira (entendido como o poder de deliberar a distribuição dos lucros aos sócios, o que exclui as hipóteses em que o controle é meramente econômico ou em que a participação com direito a voto da pessoa física é inferior a 50%).

Além disso, a tributação automática da renda ativa própria inferior a 60% (sessenta por cento) da renda total conflita, regra geral, com os acordos de bitributação.

9. Bibliografia

- ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019.
- AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. *US Subpart F legislative proposals: a comparative perspective*. University of Michigan Law School Scholarship Repository.

- CARVALHO, Lucas de Lima. *Revisiting the similarity between CFC Rules and the IIR*. Tax notes, 2024.
- DUQUE ESTRADA, Roberto; FERREIRA, Jonas. Incompatibilidades das disposições da Lei 14.754/2023 com os acordos internacionais para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. I.
- KERSCHNER, Ina; MARYTE, Somare [eds.]. *Taxation in a global digital economy*. Viena: Linde, 2017.
- NIELSEN, Lars F. New perspective on the taxation of CFCs in third countries? IBFD. European taxation. December 2018.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda (2020)*. São Paulo: IBDT, 2020.
- PEGORARO, Andressa. A compatibilidade da Lei n. 14.754/2023 com o Sistema Tributário Brasileiro e com os acordos de bitributação. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. I.
- RAUSCH, Aluizio Porcaro. The definition of Control in Controlled Foreign Corporation Rules and Double Taxation: Lessons from the Brazilian, US, EU and OECD Controlled Foreign Corporation Rules. *Bulletin for International Taxation*, v. 78, n. 5, 2024.
- ROCHA, Sérgio André. Lei 14.754/2023 e tributação de controladas de pessoas físicas no exterior (parte 1). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-26/lei-14-754-2023-e-tributacao-de-controladas-de-pessoas-fisicas-no-exterior-parte-1/>
- SANTOS, Ramon Tomazela. *O imposto de renda e as regras de subcapitalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. I.
- SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg; GALENDI JR., Ricardo André. CFCs and Tax Treaties: Historical Elements for the IIR Debate. *Intertax*, 2024.
- TAKANO, Caio Augusto; KUTEKEN, Juliana Midori. As regras CFC aplicáveis às pessoas físicas e o conceito de controle no art. 5º da Lei n. 14.754/2023. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. I.

Concordar em Discordar: os Tratados contra a Dupla Tributação como Meio para Superar as Diferenças

Agree to disagree: Double Taxation Treaties as a Device to Overcome Disagreements

Jefferson Ferreira Antunes de Souza

LL.M. em International Taxation pela New York University School of Law.
Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado em Nova York.

Resumo

O presente artigo pretende examinar como a ausência de Tratados contra a Dupla Tributação pode resultar em prejuízos financeiros inesperados devido à incompatibilidade das normas tributárias sobre os planos de previdência complementar. Esta avaliação será feita por meio da observação de dois indivíduos expatriados fictícios, e das consequências tributárias sofridas com relação aos seus respectivos planos de previdência complementar ao migrarem entre o Brasil e os Estados Unidos. Também serão analisadas as abordagens diferentes a esta situação empregadas pelas convenções modelo publicadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelos Estados Unidos.

Palavras-chave: previdência privada complementar, seguridade social, acordos de previdência social, tratados contra a dupla tributação.

Abstract

This article examines how the absence of a double taxation treaty may cause unexpected financial losses due to the mismatch in the tax rules on private retirement plans. This review will observe two fictional expatriates, and the tax consequences imposed on their respective retirement accounts upon migrating between Brazil and the United States. This article will also review two different approaches adopted by model conventions published by the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and by the United States.

Keywords: retirement accounts, social security, social security agreements, double taxation treaties.

1. Introdução

Aos presentes neste Congresso, os Tratados contra a Dupla Tributação dispõem apresentações. Importante fonte de direito tributário internacional¹, o

¹ Cf. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Tratados internacionais na ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2014, p. 304.

Brasil possui uma rede de tratados extensa, a qual reflete em parte os seus laços históricos e aspirações diplomáticas, mas, principalmente, os seus principais parceiros comerciais². Dentre os seus dez principais parceiros comerciais, contudo, a rede de tratados brasileira possui omissões importantes, como a Alemanha (cujo tratado foi denunciado em 2006³), e os Estados Unidos, segundo maior parceiro do Brasil em exportações e importações⁴.

A agonia causada pela ausência de tratados com esses países é mitigada porque a legislação doméstica de cada país permite a aplicação do imposto pago ao país da fonte como crédito contra o imposto devido no país da residência. Entretanto, as soluções unilaterais são insuficientes para lidar com a variedade de situações transfronteiriças que ocorrem no dia a dia. Ademais, na ausência de tratado, cada Estado possui a liberdade para modificar as suas regras e restringir direitos, seja por via legislativa ou por ação do executivo e a sua respectiva autoridade tributária.

O presente artigo pretende explorar como a ausência de tratados é prejudicial em situações transfronteiriças não só para grandes grupos multinacionais, mas também para indivíduos e famílias expatriadas. Por exemplo, quando indivíduos migram para outro país no meio da sua carreira profissional, seja em caráter temporário ou definitivo, é de se esperar que eles já tenham feito contribuições ao sistema de seguridade social e, também, que já possuam investimentos pessoais sob a forma de planos ou fundos privados de previdência complementar.

Para esses indivíduos, os acordos de previdência social (ou de seguridade social) são instrumentos de direito internacional público importantes, pois possuem o objetivo de integrar os sistemas de seguridade social dos respectivos países signatários. Entretanto, como se verá a seguir, os acordos previdenciários celebrados pelo Brasil possuem lacunas que impedem uma “integração” dos sistemas previdenciários dos países signatários considerada satisfatória do ponto de vista do autor. Esta situação pode ocasionar prejuízos severos a expatriados que buscam proteger o seu futuro por meio de planos de aposentadoria complementar.

Devido à variedade de regimes previdenciários públicos e privados, bem como para ilustrar as críticas de forma breve, mas concreta, o presente artigo tem como objeto o exame de situações envolvendo imigrantes entre o Brasil e os Estados Unidos. Também não se pretende examinar todas as situações ou arranjos previdenciários existentes, ou o detalhe de cada situação.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética, n. 22, 2008, p. 273.

³ Ato Declaratório Executivo SRF n. 72, de 22 de dezembro de 2005.

⁴ MDIC. Balança comercial preliminar parcial do mês, 1ª semana de julho/2024. Disponível em: https://balanca.economia.gov.br/balanca/pg_principal_bc/principais_resultados.html. Acesso em: 14 jul. 2024.

2. Aspectos gerais dos acordos previdenciários e suas limitações

Os acordos de previdência social são valiosos instrumentos de direito internacional que contribuem com o avanço da mobilidade global. São também conhecidos como “acordos de totalização”⁵, porque a sua principal característica é a de permitir que contribuições previdenciárias pagas ao sistema público ou oficial de um país possam ser consideradas para fins de contagem do período total de contribuição para fins do pedido de benefício em outro Estado.

Isso permite que um imigrante consiga se qualificar para o recebimento de pensões por idade ou invalidez diretamente com o sistema previdenciário do país de domicílio, tomando por base uma combinação de períodos de contribuição realizados no país onde o pedido será feito, bem como os períodos de contribuição ao sistema previdenciário oficial de um ou mais países que tenham assinado acordos previdenciários com o seu país de domicílio. Por exemplo, caso um trabalhador oriundo dos Estados Unidos venha a residir no Brasil, passe a contribuir com o INSS, e tenha atingido a idade mínima para aposentadoria, mas não o período mínimo de contribuição para acesso ao benefício, para este trabalhador, sob o Acordo Brasil-Estados Unidos, o período de cobertura nos Estados Unidos será somado ao período de filiação ao sistema previdenciário brasileiro, para fins de contagem da carência mínima⁶.

Os acordos internacionais de previdência social também tratam do custeio do sistema previdenciário, delimitando a competência dos países signatários para exigir tais contribuições dos trabalhadores residentes em cada país. Enquanto a legislação doméstica possa exigir a contribuição previdenciária de um indivíduo, ainda que o seu trabalho seja desempenhado no exterior⁷, os acordos previdenciários adotam o princípio da territorialidade. Desta forma, caso um expatriado seja potencialmente vinculado ao sistema de seguridade social de dois países conforme as respectivas leis domésticas, o risco de dupla cobertura (e da contribuição em dois países) é afastada, e a obrigação será devida somente ao país onde o trabalhador desempenha as suas funções presencialmente.

Essa regra geral é modificada no caso de trabalhadores que se desloquem a outro país por um período limitado. Neste caso, o regime do deslocamento temporário permite que o trabalhador continue vinculado e recolhendo contribuições ao país de origem, e não se vincule nem contribua ao país onde exerce as suas funções. Neste particular, os acordos previdenciários possuem finalidade

⁵ Nos Estados Unidos, é comum que os acordos previdenciários sejam mencionados pelas próprias autoridades americanas como “*totalization agreements*”, em vez do seu nome oficial. Para referência: <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/totalization-agreements>. Acesso em: 14 jul. 2024.

⁶ Art. 7º, Acordo de Previdência Social entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América (Decreto n. 9.422/2018).

⁷ § 3.121(b) do *Internal Revenue Code* nos Estados Unidos.

semelhante aos artigos que tratam da limitação de competência presentes nos tratados contra dupla tributação.

De modo geral, o Brasil possui acordos com os principais países com quem possui laços históricos e seus vizinhos, possuindo tratado com Portugal, Itália, Japão e países do Mercosul. É interessante notar que o Brasil possui acordos previdenciários com Alemanha e Estados Unidos, dois dos países que mais recebem brasileiros⁸. Porém, como aludido acima, tais países não possuem tratado de dupla tributação vigente com o Brasil.

O envelhecimento das populações, o aumento de gasto público, e outros fatores, têm gerado dificuldades financeiras aos sistemas previdenciários públicos de vários países. O modelo previdenciário da solidariedade, em que os trabalhadores em atividade custeiam o benefício dos aposentados e pensionistas, tem passado por crises e demandado reestruturações⁹⁻¹⁰.

Esta situação tem ocasionado o aumento da importância dos planos de previdência privada em diversos países. Em princípio, tais planos podem ser considerados parte integrante do sistema de seguridade social, pois são custeados por meio de benefícios fiscais. De modo geral, tais benefícios correspondem à isenção do imposto de renda sobre as contribuições (i.e., dispensa de retenção ou dedução do valor contribuído), ao diferimento dos ganhos e rendimentos até o resgate, ou de benefícios sobre o resgate mediante isenção ou alíquotas reduzidas.

Entretanto, os planos de previdência privada e fundos de pensão não são abrangidos pelos acordos previdenciários assinados pelo Brasil. Os nossos acordos preveem expressamente que o campo de aplicação material (art. 2º, na maioria dos acordos) está limitado às aposentadorias por idade, invalidez e pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social, do regime dos militares, e do regime próprio dos servidores públicos. Recorte semelhante é estabelecido com relação aos demais países signatários com o Brasil. Desta forma, os acordos previdenciários não trazem normas que busquem harmonizar ou compatibilizar os planos e fundos de previdência privada.

Esta tarefa seria, em princípio, desempenhada pelo art. 18 (pensões) dos Tratados contra a Dupla Tributação que, no caso dos tratados brasileiros, costuma cobrir os benefícios de seguridade oficial e também os planos privados¹¹. Entre-

⁸ MRE. Comunidade brasileira no exterior – Estatísticas 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/portal-consular/comunidade-brasileira-no-exterior-2013-estatisticas-2022>. Acesso em: 14 jul. 2024.

⁹ Cf. PEREIRA, Eduardo da Silva. A transição demográfica e o regime geral de previdência social GPS. Debates: Previdência Social: Reflexões e desafios, Ministério da Previdência Social, 2009, p. 112-136.

¹⁰ Cf. COSTANZI, Rogério Nagamine. Desafios das políticas públicas de previdência social, 2023. Disponível em: <https://anesp.org.br/todas-as-noticias/desafios-das-politicas-pblicas-de-previdncia-social>. Acesso em: 14 jul. 2024.

¹¹ OCDE. Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version). OECD Publishing, 2017, C(18)-1.

tanto, na ausência de tratado contra dupla tributação, como no caso do Brasil com os Estados Unidos, os acordos previdenciários oferecem alívio somente para fins de evitar uma eventual dupla cobertura previdenciária e a totalização do período de contribuição em ambos os países para fins de solicitação do benefício do sistema de seguridade social oficial de casa país. Os eventuais arranjos previdenciários privados organizados pelo indivíduo e/ou seu empregador, porém, podem sofrer tratamento prejudicial devido à incompatibilidade entre as normas de cada país.

3. Um norte-americano no Brasil

Os EUA possuem sistema público federal de seguridade social sob o chamado modelo de solidariedade, sob moldes razoavelmente semelhantes ao sistema público brasileiro. Há décadas os EUA reconhecem tal semelhança e permitem que cidadãos brasileiros sejam tratados de forma equivalente a um cidadão americano para fins do recebimento do benefício¹². Entretanto, os planos de pensão privados e contas de aposentadoria têm ganhado importância. Em 1975, cerca de 44 milhões de trabalhadores participavam de algum plano de previdência complementar. Em 2021, o número de indivíduos foi de 146 milhões¹³. Esses dados permitem afirmar que o sistema previdenciário americano também possui suporte nos planos e fundos de pensão privados, além do seu sistema oficial.

Existe uma variedade bastante grande de modalidades de planos de aposentadoria nos EUA. Em linhas gerais, estes se dividem em dois grandes grupos: os planos com diferimento de contribuições e o modelo sem diferimento de contribuições, mas com retiradas não tributadas.

O chamado *Investment Retirement Account* (IRA) é caracterizado pela contribuição de recursos não tributados em uma conta de investimento¹⁴. Os rendimentos e ganhos auferidos com as aplicações nesta conta são isentos de tributação, a qual ocorrerá somente quando houver o resgate como rendimento ordinário, sujeito ao imposto federal às alíquotas progressivas de até 37%¹⁵, mais imposto de renda local, conforme o caso. Este tipo de conta de aposentadoria privada pode ser administrado por um empregador (no caso de empregadores privados, normalmente sob os termos da § 401(k)¹⁶ do Internal Revenue Code de 1986 (IRC), conhecido como 401(k), ou de forma independente pelo indivíduo, conhecido como *Traditional IRA*. Para assegurar a sua finalidade previdenciária, os resgates realizados antes dos 59 anos e meio estão sujeitos a um imposto adicional de

¹² Federal Register, v. 27, p. 4814.

¹³ UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR. Private Pension Plan Bulletin Historical Tables and Graphs 1975-2021, set. 2023, p. 8.

¹⁴ As contas IRA foram introduzidas em 1974 pelo *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA).

¹⁵ § 1(j), IRC.

¹⁶ Introduzido pelo *Revenue Act* de 1974.

10%¹⁷, salvo em determinadas situações¹⁸. A legislação estabelece tetos anuais de contribuição isentas ou dedutíveis, ajustados pela inflação. Em 2024, o teto de contribuição, considerando todos as contas de aposentadoria de um indivíduo, e considerando ambas as contribuições pelo empregador e pelo empregado, foi de US\$ 69.000¹⁹.

O segundo modelo de contas de aposentadoria é conhecido como Roth IRA²⁰. Neste caso, os recursos contribuídos para esta conta não seriam dedutíveis do imposto de renda. Entretanto, os ganhos e rendimentos nesta conta não estão sujeitos à tributação durante a fase de acumulação, nem sobre o resgate. As contas Roth administradas por empregadores são conhecidas como Roth 401(k)²¹. As contribuições às contas Roth também possuem limitações de contribuição, e o participante não pode contribuir acima do limite, visto que as contribuições são de valores já tributados.

Em todos os planos descritos acima (*Traditional IRA*, 401(k), Roth IRA e Roth 401(k)), os recursos são aportados em uma conta de custódia de investimentos. No caso dos planos administrados pelo empregador, o portfólio é administrado pelo empregador e as opções de investimento são mais restritas. Exceto pelo tratamento tributário diferenciado, estas contas se assemelham a uma conta de investimento comum, visto que o seu beneficiário possui visão granular das aplicações que compõem a carteira e recebe até mesmo extratos mensais dos investimentos.

Andrew nasceu em Lakeway, Texas, e nunca havia visitado outro país. Depois de se formar em Engenharia de Computação na University of Texas em Austin, ele aceitou uma proposta de emprego de uma empresa no ramo da tecnologia em San José, Califórnia. Andrew também se interessou nos planos de expansão mundial e no plano 401(k), com possibilidade de “*match*” até o limite legal para o ano, maximizando as contribuições à conta de aposentadoria e minimizando, em parte, o elevado imposto de renda da Califórnia. Buscando preservar o valor do seu patrimônio, Andrew escolheu fundos conservadores e títulos de renda fixa (*bonds*) com bons cupons semestrais. Andrew também abriu uma conta Roth IRA e realizou um aporte dentro dos limites de contribuição, dando prioridade a ações de empresas com alto potencial de crescimento e maior risco.

Dez anos depois, Andrew foi convidado a se mudar ao Brasil por quatro anos como responsável pela abertura de uma subsidiária em São Paulo. O empregador de Andrew, bem assessorado, solicitou o *Certificate of Coverage* junto ao *Social Security Administration* para que Andrew pudesse permanecer vinculado ao sistema

¹⁷ § 72(t), IRC.

¹⁸ § 403, IRC.

¹⁹ Notice 2023-75, Internal Revenue Service.

²⁰ E.g., § 408A, IRC.

²¹ § 402A, IRC, introduzido pelo *Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act* de 2001, mas que entrou em vigor somente em 2006.

de seguridade social americano, e não ao INSS, visto que o período previsto de deslocamento era inferior ao previsto no Acordo Brasil-Estados Unidos. Antes de deixar os Estados Unidos, Andrew suspendeu o seu contrato de trabalho nos EUA, assinou um contrato de trabalho com a pessoa jurídica constituída nos Brasil e recebeu o seu visto de trabalho. Entretanto, Andrew permaneceria autorizado a contribuir com o 401(k) e receber o *match* contribuído pela sociedade norte-americana.

Ao chegar no Brasil em fevereiro de 2023 com visto de trabalho, Andrew se tornou residente fiscal já naquele mês²². Andrew logo também foi informado pelo seu assessor tributário local, contratado pelo empregador, de que teria que compartilhar mensalmente os extratos sobre a movimentação dos seus investimentos nos EUA para apurar o imposto de renda brasileiro devido sobre os respectivos rendimentos. Para o mês de fevereiro, Andrew entregou o extrato da sua conta de investimento pessoal e pagou o carnê-leão de 27,5% sobre os dividendos recebidos de companhias norte-americanas naquele mês custodiadas em uma conta de investimento comum. Andrew permaneceria como residente fiscal nos EUA devido à cidadania americana, e os dividendos seriam tributados a 20%²³, sendo que não havia ainda pago imposto sobre esses rendimentos sob a forma de estimativa por um descuido em vista das preocupações com a mudança internacional. Consequentemente, ele não pôde compensar o imposto americano com o imposto brasileiro apurado naquele mês, mas passou a recolher as antecipações do imposto americano na forma de estimativa para evitar a dupla tributação, visto que o imposto brasileiro não poderia ser compensado contra o imposto americano, se este não tiver sido pago anteriormente à data de recolhimento do imposto brasileiro.

Em julho, Andrew encaminhou por engano o extrato do seu 401(k) para o mês de junho, onde constava o recebimento de juros de um *bond*. Para a sua surpresa, o assessor lhe informou que esses juros estavam sujeitos ao imposto de renda no Brasil, pois foi um rendimento creditado em uma conta em seu nome, e que não havia norma dispensando a tributação sobre rendimentos creditados em conta de aposentadoria. Andrew também foi informado de que as contribuições feitas pelo seu empregador ao 401(k) como *match* eram rendimento auferido de fonte estrangeira e sujeito ao imposto brasileiro.

Desta forma, Andrew também teve que entregar os extratos anteriores do seu 401(k) e do seu Roth IRA, e recolher o imposto sobre os cupons, distribuições e o *match* recebidos em fevereiro, março, abril e maio com os acréscimos da multa de mora e juros Selic. Para o seu alento, Andrew foi informado de que os ganhos de capital na venda de algumas ações na sua conta Roth IRA adquiridas em 2021

²² Art. 2º, III, b, 1, da Instrução Normativa SRF n. 208/2002.

²³ § 1(h)(D), IRC.

eram isentos²⁴, o que reduziu um pouco a conta com imposto e penalidades. Entretanto, para os rendimentos creditados em suas contas 401(k) e Roth IRA, Andrew não via escolha senão amargar o imposto brasileiro, pois os valores creditados em seu 401(k) seriam tributados nos EUA somente cerca de vinte e cinco anos depois. Os rendimentos e ganhos em sua conta Roth IRA jamais seriam tributados nos Estados Unidos.

Com a publicação da Lei n. 14.754, Andrew ficou ainda mais preocupado com a tributação das suas contas de aposentadoria. Apesar do fim da tributação em bases mensais sobre os rendimentos²⁵ – o que simplificou o pagamento de estimativas nos EUA – e a redução do imposto a 15% sobre alguns dos rendimentos creditados em seu 401(k) e Roth IRA²⁶, Andrew ficou preocupado com o fim da isenção sobre o ganho de capital na venda das ações que ele havia comprado antes de chegar ao Brasil²⁷, bem como com a obrigação de apurar o ganho de capital em real²⁸, visto que algumas das suas ações no Roth IRA não vinham tendo boa *performance* e podiam chegar a um valor de mercado inferior ao seu custo de aquisição. Como algumas ações foram adquiridas em meados de 2019, caso ele vendesse tais ações a custo (em dólar), somente a variação cambial resultaria em ganho tributável na ordem de 40%.

A tributação, no Brasil, das movimentações de Andrew em suas contas de 401(k) e Roth IRA comprometeram os seus planos de aposentadoria. Como o seu portfólio possuía uma combinação de ativos de renda fixa e outros de renda variável, era difícil estimar as perdas inesperadas devido à tributação brasileira durante a sua estada de quatro anos. Andrew decidiu fazer um cálculo simplificado em uma calculadora *online* de juros compostos para verificar o efeito que a tributação brasileira teria sobre o seu 401(k), caso ele permanecesse no Brasil sob as mesmas condições.

Em 2024, Andrew poderia contribuir até \$ 69.000 em sua conta de aposentadoria sem tributação nos EUA, considerando contribuições próprias e o *match* do empregador. Assumindo premissas conservadores, ou seja, de que o limite legal não seria ajustado durante os próximos 25 anos em que ele esperava contribuir referido valor anualmente, e um rendimento anual de 6% ao ano (percentual que representava a sua média de cupons e ganhos nos anos anteriores), o seu 401(k) teria acumulado US\$ 3.876.324. Se, porém, os seus aportes estivessem sujeitos ao carnê-leão de 27,5%, a sua contribuição anual seria reduzida de US\$ 69.000 para US\$ 50.025 anuais. Ademais, assumindo que todo o crescimento da sua carteira

²⁴ Art. 24, § 6º, I, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 (com redação vigente até a revogação pela Lei n. 14.754/2024).

²⁵ Art. 2º, § 2º, da Instrução Normativa RFB n. 2.180/2024.

²⁶ Art. 2º, § 1º, da Lei n. 14.754/2023. Art. 2º, § 2º, da Instrução Normativa RFB n. 2.180/2024.

²⁷ Art. 46, IX, *a*, da Lei n. 14.754/2023.

²⁸ Art. 3º, § 2º, da Instrução Normativa RFB n. 2.180/2024.

fosse resultado dos cupons de *bonds*, o seu retorno efetivo anual seria reduzido de 6% para 5,1% ao ano. Sob essas premissas, em 25 anos a sua conta teria acumulado US\$ 2.461.573. Para que Andrew alcançasse patamar semelhante de patrimônio em sua conta, Andrew teria que contribuir por mais seis anos (ou seja, US\$ 300.150 em contribuições de capital), e o valor total em sua conta depois de 31 anos seria de US\$ 3.682.768, ainda ligeiramente menor do que no cenário sem tributação.

Por mais que Andrew tivesse se adaptado à vida no Brasil e considerado lidar a subsidiária brasileira em caráter permanente, ele decidiu retornar aos EUA depois do seu período de deslocamento temporário de quatro anos e limitar as suas perdas tributárias sobre as contribuições e os rendimentos gerados em suas contas de aposentadoria ao período de deslocamento temporário no Brasil.

4. Um brasileiro nos Estados Unidos

O Brasil também possui sistema público federal de seguridade social sob o chamado modelo de solidariedade. Empregados do setor privado devem contribuir com o chamado Regime Geral de Previdência Social (RGPS), enquanto servidores públicos e militares possuem regimes distintos de previdência. Embora muitos aposentados sobrevivam somente com a aposentadoria oficial do INSS, também no Brasil as contas de aposentadoria têm ganhado importância com cada vez mais participantes e contribuições²⁹.

Além dos sistemas oficiais, os trabalhadores brasileiros também podem se vincular a planos de previdência complementar administrados por entidades fechadas ou abertas. O presente tópico abordará os chamados o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), e o Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL).

Os PGBL são considerados pela legislação tributária como planos de benefício de caráter previdenciário complementar. Os PGBL possuem semelhanças com as contas IRA, no sentido de que as contribuições realizadas pelo empregado são dedutíveis do imposto de renda. No caso dos PGBL, o trabalhador pode deduzir do Imposto de Renda contribuições até o limite de 12% da sua remuneração total³⁰. As contribuições pelo empregador são dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL até limite de valor correspondente a 20% do total dos salários dos empregados e dirigentes vinculados a referido plano³¹. As contribuições do empregador não são tributáveis para os respectivos empregados³². Também os rendimentos e ganhos auferidos nas contas não são tributáveis, de modo que o

²⁹ No ano de 2005, o valor total de contribuições a planos PGBL somou R\$ 4,1 bilhões. Em 2023, o valor contribuído foi de R\$ 13 bilhões. Cf. SUSEP. Sistema de estatísticas da Susep. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/principal.aspx>. Acesso em: 14 jul. 2024.

³⁰ Art. 6º da Instrução Normativa SRF n. 588/2005.

³¹ Art. 2º da Instrução Normativa SRF n. 588/2005.

³² Art. 8º da Instrução Normativa SRF n. 588/2005.

capital contribuído pode aumentar sem tributação³³. Por fim, os benefícios recebidos pelo trabalhador estão sujeitos à tributação pela alíquota progressiva conforme o valor do resgate³⁴, ou conforme alíquotas regressivas de 35% a 10%, conforme o prazo de acumulação, se o beneficiário fizer a opção por este regime.

Os planos VGBL são classificados pela legislação tributária não como previdência complementar, mas como seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência. Na prática, esta distinção não tem finalidade prática para fins tributários brasileiros, pois referido plano funciona de forma semelhante ao PGBL e tem a sua tributação disciplinada pelas mesmas normas. A principal diferença dos planos VGBL é a ausência do diferimento tributário nas contribuições. Desta forma, as contribuições realizadas pelo trabalhador ou pelo empregador em um plano VGBL não são dedutíveis pela pessoa física, tampouco pela jurídica, mas não há limites de contribuição. Os rendimentos e ganhos auferidos nas contas não são tributáveis até eventual resgate³⁵. Entretanto, tais ganhos e rendimentos são tributáveis sobre os resgates ou distribuições pela alíquota progressiva³⁶, ou pelas alíquotas regressivas de 35% a 10%, conforme a opção do beneficiário. Como se pode notar, o VGBL possui algumas semelhanças com as contas americanas Roth, mas não se trata de um instrumento equivalente, visto que os rendimentos auferidos no VGBL serão eventualmente tributados pelo Brasil. Por outro lado, não há limite para contribuições a um plano ou fundo VGBL, razão pela qual este se tornou o plano de previdência complementar aberto mais popular no país³⁷.

Referidos planos são também oferecidos no mercado como opções de investimento disponíveis a pessoas físicas de forma independente da administração por um empregador. Nestes casos, a pessoa física tem à sua disposição uma variedade de fundos de investimento voltados para diferentes perfis de risco e com estratégias de investimento variadas. Entretanto, ainda que pessoa física escolha o fundo no qual os seus recursos serão aportados, o seu investimento é indireto, pois a seguradora é quem figurará como única cotista do fundo de investimento desejado.

Bruno é paulistano e cursou publicidade na Escola Superior de Propaganda e Marketing. Ao se formar, ele ingressou em uma agência de publicidade integrante de um conglomerado multinacional. Ainda morando com os seus pais no início de sua carreira, Bruno aproveitou-se desta situação e investia a maior parte do seu salário em uma combinação de ações e títulos de renda fixa, mas também

³³ Art. 10 da Instrução Normativa SRF n. 588/2005.

³⁴ Arts 12, I, e 10 da Instrução Normativa SRF n. 588/2005.

³⁵ Art. 10 da Instrução Normativa SRF n. 588/2005.

³⁶ Art. 12, I, da Instrução Normativa SRF n. 588/2005.

³⁷ Do total de patrimônio administrado pelas empresas abertas de previdência complementar, 79% está concentrado em produtos VGBL.

aplicava 12% da sua remuneração em um fundo PGBL, assim como em alguns fundos VGBL. Em ambos os casos, ele optou pela tributação regressiva, porque ele só pretendia resgatar tais contribuições se precisasse ao se aposentar e, neste caso, a sua tributação seria menor.

Depois de cinco anos trabalhando na agência, Bruno foi convidado a se transferir para o escritório em Miami por três anos a partir de janeiro de 2023. Ao final do período, havia a possibilidade de permanecer em caráter permanente ou voltar ao Brasil. A agência brasileira solicitou o Certificado de Deslocamento Temporário ao INSS. Bruno também solicitou auxílio profissional no Brasil para decidir se faria a saída definitiva do país ou não.

O assessor brasileiro verificou que residentes da Flórida estavam sujeitos somente ao imposto de renda federal nos EUA, e que o salário que Bruno receberia seria alto o suficiente para que a alíquota efetiva do imposto americano fosse superior a 27,5%. Como o Brasil concede crédito sobre imposto federal americano³⁸, caso Bruno não desse a saída fiscal do Brasil, ele teria que reportar ao fisco brasileiro o seu salário recebido nos EUA, mas poderia compensar o imposto americano com o imposto brasileiro. Bruno também possuía uma carteira de investimentos extensa e, para realizar a saída definitiva para fins fiscais, ele teria que alienar diversos ativos e realizar ganhos substanciais. Outro problema seria a liquidação dos fundos PGBL e VGBL, pois ele havia feito a opção pela tabela regressiva e seria tributado em 25%, considerando o tempo de acumulação até então. Por essas razões, Bruno achou mais conveniente permanecer como residente fiscal nos EUA e no Brasil pelo período previsto e ter o trabalho de entregar declaração de imposto de renda em dois países.

No início de março de 2024, Bruno contratou um contador local acostumado a lidar com brasileiros que se mudavam ao EUA, e compartilhou os seus informes de rendimentos brasileiros e americanos. Bruno foi informado de que teria que oferecer à tributação americana os rendimentos auferidos no Brasil e, também, que ele teria que tomar uma posição com relação aos seus fundos PGBL e VGBL e consultar um advogado especialista a respeito do tratamento dessas contas de aposentadoria. O contador solicitou uma extensão de prazo para entregar a declaração em outubro para que tivesse tempo hábil para examinar referidos fundos.

Depois de examinar os documentos dos referidos fundos, o advogado explicou que os EUA permitem o diferimento do imposto de renda sobre as contribuições, os ganhos, e os rendimentos sobre planos organizados nos EUA (planos qualificados)³⁹. Tais benefícios também são concedidos a planos de contas de aposentadoria estrangeiros, desde que estes cumpram os mesmos requisitos previstos

³⁸ Ato Declaratório SRF n. 28/2000.

³⁹ § 401(a), IRC.

na legislação americana para os planos domésticos⁴⁰. Entretanto, como os fundos PGBL e VGBL possuem condições de contribuição e de resgate diferentes dos planos norte-americanos, dentre outras diversas outras diferenças que resultam na desqualificação mencionada, tais contas de aposentadorias não seriam consideradas “planos qualificados” para fins americanos. Porque o seu plano PGBL não era um plano qualificado, Bruno não poderia deduzir do seu imposto americano as contribuições que ele fez no Brasil, como de costume, correspondentes a 12% da sua remuneração sujeita ao ajuste anual.

Bruno também foi informado de que não havia consenso entre especialistas sobre como caracterizar os fundos PGBL e VGBL para fins americanos no que diz respeito à tributação dos rendimentos apurados pelos fundos e pelas distribuições⁴¹. O especialista considerou relevante o fato de que Bruno contribuiu 100% do capital nos seus planos PGBL e VGBL, pois a relação contratual entre Bruno e a seguradora seria semelhante àquela que um *settlor* possui com um *trustee*, no sentido de que a seguradora recebe os recursos de Bruno e os administra em favor de Bruno⁴². Em outras palavras, Bruno seria tratado nos EUA como tendo constituído *trusts* revogáveis, cada um deles tendo aportado recursos nos fundos de investimento brasileiros por ele selecionados. Desta forma, a relação contratual de Bruno com a seguradora seria ignorada, e Bruno deveria considerar-se como investidor direto nos fundos PGBL e VGBL, ainda que formalmente o cotista fosse a própria seguradora.

Bruno também foi informado de que o seu PGBL e todos os seus VGBL, salvo um que havia sido organizado recentemente, não previam responsabilidade limitada dos cotistas nos termos da Resolução CVM n. 175/2022. Isso significa que o fundo VGBL que previa responsabilidade limitada seria considerado uma sociedade estrangeira de investimento passivo (*Foreign Passive Investment Corporation* ou PFIC). Os demais seriam considerados entidades transparentes⁴³.

A classificação desses fundos como transparentes gerava dificuldades práticas, segundo o contador. Apesar de Bruno ter acesso aos respectivos valores de mercado de cada fundo, esta informação não retratava corretamente a natureza de cada rendimento e ganho de capital auferido pelo fundo. Referida dificuldade

⁴⁰ § 402(d), IRC.

⁴¹ §§ 671-679, IRC. Cf. CALLAHAN, Christopher. U.S. Tax Treatment of Brazilian Private Pension Plans. *Tax Notes International*, v. 106, n. 3, 2002, p. 389. Disponível em: https://foxrothschild.gjassets.com/content/uploads/2022/05/2022tni16-9_Callahan.pdf. Acesso em: 14 jul. 2014.

⁴² *Treasury Regulations* § 1.402(b)-1(b)(6).

⁴³ Na ausência de um pedido de classificação para fins americanos, uma entidade estrangeira para fins americanos será considerada separada dos seus titulares para fins fiscais, ou transparente, a depender da responsabilidade dos seus titulares. Se todos os titulares possuírem responsabilidade limitada, a entidade será considerada separada. Caso um titular possua responsabilidade ilimitada, então a classificação padrão será transparente. Cf. *Treasury Regulations* §§ 301.7701-2(b), 301.7701-3(b)(2)(A).

era agravada pelo fato de que quando este fundo transparente possuía participação em outro fundo também transparente, então esta mesma análise deve ser feita para o fundo possuído indiretamente, e assim por diante. Fundos não transparentes (com cotas de responsabilidade limitada) seriam então tratados como PFIC. O contador informou Bruno que, devido à impossibilidade de se obter estas informações, adotar a posição de que referidos fundos transparentes também seriam PFIC, ainda que tecnicamente incorreta, seria a única opção disponível nessas circunstâncias.

O titular de participação em uma PFIC está sujeito ao imposto americano somente quando recebe distribuições. Entretanto, a legislação americana determina que o valor da distribuição por um PFIC excedente a 125% da média de distribuições dos três anos anteriores (distribuição em excesso)⁴⁴ estará sujeito ao imposto de renda sob a alíquota máxima de 37%, mais juros correspondentes ao período de titularidade do PFIC. Os juros são aplicados sobre o excesso, sendo este excesso distribuído sobre o período de titularidade da participação pelo beneficiário⁴⁵. Ademais, também o ganho de capital percebido na venda de participação no PFIC seria tributado a 37%⁴⁶ (no lugar da alíquota máxima de 20% sobre ganhos de longo prazo), mais o acréscimo de juros.

Como referidos fundos PGBL e VGBL não realizavam distribuições, Bruno não se preocupou com a tributação das distribuições em excesso. Entretanto, a aplicação da mesma carga sobre o ganho de capital resultaria em pesados ônus. Caso Bruno fosse liquidar o seu VGBL, apesar de o imposto brasileiro ser de 10% sobre os rendimentos (se resgatado depois de 10 anos), o imposto americano seria de 37%, em vez de 20% (alíquota do imposto aplicável sobre os ganhos de capital). Se a venda acontecesse nesse momento, porque Bruno iniciou seus aportes nestes fundos há cinco anos, o valor dos ganhos seria distribuído em cinco partes iguais, sendo cada uma delas alocada para cada um dos cinco últimos cinco anos, para fins de aplicação da taxa de juros sobre o imposto majorado.

Segundo o especialista, a legislação americana oferece alternativas para aliviar o imposto sobre as distribuições em excesso e sobre os ganhos de capital. Todavia, nenhuma delas seriam aplicáveis aos fundos PGBL e VGBL de Bruno. Na avaliação do advogado e do contador, as informações disponíveis sobre as movimentações dos fundos eram insuficientes para que Bruno pudesse apurar os rendimentos e ganhos de capital auferidos pelo fundo, como se este fossem transparentes fiscalmente, como descrito acima⁴⁷. Já a opção de marcação a mercado, em que a variação do valor de mercado é tributada a 37%, mas sem a imputação

⁴⁴ § 1291(b), IRC.

⁴⁵ § 1291(a), IRC.

⁴⁶ § 1291(c)(2), IRC.

⁴⁷ § 1295(a)(2), IRC. Cf. STEINES, John P. *International Aspects of U.S. Income Taxation*. 8. ed., 2021, p. 924.

de juros, também não estava disponível, pois ela se aplica somente a fundos cujas cotas são listadas no mercado⁴⁸. Como titular de fundos “não qualificados”, Bruno não estava sujeito ao imposto de renda americano sobre os rendimentos que o próprio fundo recebia. Entretanto, estava sujeito a regras punitivas em caso de resgate.

Não obstante todas essas más notícias, o contador de Bruno observou que, apesar de os fundos terem aumentado em valor cerca de 45% no período, refletiam *performance* semelhante à do CDI entre janeiro de 2019 e janeiro de 2024. Já a cotação do dólar estava em torno de 5,40 em junho de 2024, ou seja, aproximadamente 40% acima da cotação em janeiro de 2019. Como o ganho apurado para fins americanos é apurado em dólares, na prática Bruno apuraria ganhos modestos na liquidação desses fundos, senão perda a depender do dia.

Considerando os fatos acima, Bruno se via diante de duas opções: caso ele desejasse retornar ao Brasil, ele teria que interromper as contribuições ao seu plano PGBL e não movimentar os seus fundos PGBL e VGBL até o seu retorno. Por outro lado, caso ele tivesse interesse em permanecer nos EUA por mais tempo, a cotação do dólar lhe apresentava uma oportunidade para liquidar todos os seus fundos e migrar os recursos para outros investimentos no Brasil, ou nos EUA. Devido às incertezas quanto ao tratamento dos fundos PGBL e VGBL, a elevada tributação sobre qualquer movimentação nessas contas de aposentadoria, e o interesse em ficar mais tempo em Miami ou, talvez, de forma permanente, Bruno decidiu liquidar os seus fundos, migrar os seus recursos para o exterior e abandonar a residência fiscal brasileira depois de amargar um IRRF de 25% sobre a retirada do seu PGBL, e os rendimentos nos planos VGBL⁴⁹.

5. Papel dos Tratados contra a Dupla Tributação sobre a previdência complementar

Os exemplos acima mostram que a importância dos tratados não está restrita a evitar a dupla tributação de rendimentos. Em termos de política tributária, tanto o Brasil como os Estados Unidos incentivam a previdência complementar por meio do diferimento tributário sobre o período de acumulação. Entretanto, tanto Andrew como Bruno seriam tributados no país de destino com relação aos ganhos e rendimentos acumulados nos seus planos de previdência complementar. Ambos os países também permitem que a contribuição de recursos não tributados em determinados tipos de contas de aposentadoria, mas tais contribuições para planos estrangeiros sofrem a tributação. Por fim, no caso de Bruno, ele está sujei-

⁴⁸ § 1296, (a), IRC.

⁴⁹ Vale destacar que, com a publicação da Lei n. 14.803/2024, o titular de planos PGBL e VGBL agora pode escolher o regime de tributação (progressivo ou regressivo) até o momento do primeiro resgate.

to à potencial tributação agravada nos Estados Unidos sobre um tipo de produto financeiro que o próprio país visa incentivar, mas só quando oferecido no seu mercado doméstico.

Não obstante ambos os países tentem promover a poupança como agente de seguridade social, e tenham adotado princípios tributários semelhantes, o que se verifica é que a legislação doméstica de ambos (Brasil e Estados Unidos) impõe requisitos formais e excessivos para a concessão de deduções ou diferimentos, de modo que nenhum plano estrangeiro de previdência complementar possa ser respeitado como tal no país de destino de um imigrante. Em outros casos, a legislação pode ainda promover desincentivos e punir o titular de tais planos.

Em nenhum dos casos analisados haveria dupla tributação no momento que o país da residência determina a tributação sobre o suposto rendimento de fonte estrangeira. Eventual dupla tributação somente se manifestará muitos anos depois, ao final do período de acumulação. Pior ainda, como os planos de previdência complementar possuem restrições de movimentação, e tributação usualmente agravada sobre resgates antecipados, ao migrarem tais expatriados por vezes se veem obrigados e sofrerem perdas para evitar danos financeiros ainda maiores. Tais questões poderiam ser evitadas por meio de lei doméstica que possuísse critérios mais abrangentes e normas concedendo tratamento assemelhado a planos domésticos e estrangeiros. Contudo, devido à complexidade dos arranjos de previdência e à grande variedade existente, tal coordenação na prática somente poderia se dar por meio de negociações e compromissos entre países.

Os Tratados contra a Dupla Tributação possuem um artigo dedicado à divisão de competência sobre a renda oriunda de pensões. O art. 18 da Convenção Modelo da OCDE (CM-OCDE) propõe que as pensões e remunerações similares são tratadas somente no país de residência do beneficiário. Nos tratados assinados pelo Brasil, alguns seguem esta proposta (França). Outros tratados determinam a competência exclusiva da residência limitada a determinado valor (Holanda, com teto de US\$ 5.000 anuais). Há, também, tratados que estipulam a competência exclusiva do país da fonte pagadora (Emirados Árabes Unidos).

Apesar de os exemplos acima abrangerem as contas de previdência complementar privadas, tanto a CM-OCDE como os tratados brasileiros estão restritos aos planos que pagarem renda “em razão de um emprego anterior”. Isso significa que as contas de aposentadoria individuais, iniciadas por iniciativa própria do trabalhador, permanecem descobertas e os seus beneficiários expatriados sujeitos a potenciais prejuízos decorrentes de eventuais incompatibilidades entre as regras do país da fonte e da residência.

Os exemplos acima ilustram que a solução proposta na CM-OCDE não necessariamente atenderia de forma adequada trabalhadores expatriados. No caso de Bruno, a incidência do imposto de renda americano sobre os resgates dos fundos PGBL e VGBL pode ser indesejada economicamente, mas a questão mais grave é a aplicação de regras antidiferimento que agravam a carga tributária

simplesmente porque as suas contas de aposentadoria são organizadas sob a forma de fundo de investimento. Ademais, como a CM-OCDE não trata das contribuições às respectivas contas de aposentadoria, tanto Andrew como Bruno teriam as suas contribuições ao 401(k) e ao PGBL, respectivamente, sendo indevidamente tributados no país da residência momentânea.

A Convenção Modelo adotada pelos Estados Unidos (CM-EUA), em sua versão de 2016, apresenta sugestão consideravelmente mais elaborada. De início, o art. 17 trata da divisão de competência sobre a remuneração das contas de aposentadoria, seguro social, pensão alimentícia etc., enquanto o art. 18 trata das contribuições aos fundos de pensão e contas de aposentadoria.

Em linhas gerais os arts. 17 e 18 determinam que o país da residência não tributará os rendimentos pagos pelas contas de aposentadoria instituídos no país da fonte, até os limites previstos pela legislação do país da fonte. Desta forma, os benefícios tributários concedidos pela lei do país da fonte são preservados no país da residência por meio do tratado. Por exemplo, como os resgates do plano Roth de Andrew não são tributáveis nos EUA (desde que obedecidas as condições previstas na lei), o Brasil não poderia tributar tais rendimentos também. Por sua vez, as contribuições à conta de aposentadoria de um país por pessoa residente em outro país não serão tributáveis no país de residência, até o limite da dedução ou não incidência previstos no país onde o plano tiver sido instituído.

Referidos artigos, todavia, são voltados às situações de trabalhadores expatriados e possuem salvaguardas que impedem a livre escolha de planos de aposentadoria mundo a fora com base em benefícios fiscais. Desta forma, as categorias de planos de aposentadoria que se qualificam para tais benefícios devem ser definidas de comum acordo entre as autoridades competentes e listadas em protocolo anexo ao tratado. A menção expressa dos planos cobertos pelo tratado é interessante, pois é resultado de compromisso entre os países e evita a aplicação das regras domésticas que afetam qualquer plano estrangeiro. Além disso, tais benefícios somente são aplicáveis às contas de aposentadorias e esquemas de pensão instituídos antes de o indivíduo adquirir a residência fiscal no outro país. Caso um residente fiscal em determinado país institua uma dessas contas em outro país, tal conta de aposentadoria não contaria com os benefícios do tratado.

Na CM-EUA e no material de explicações técnicas divulgados pelo Tesouro norte americano, os planos 401(k), IRA, e Roth são expressamente mencionados no modelo de protocolo. Caso houvesse um tratado com o Brasil, referido protocolo também poderia abranger os fundos PGBL e VGBL. A existência de um tratado contra a dupla tributação entre o Brasil e os Estados Unidos não resolveria necessariamente todas as incompatibilidades entre legislações⁵⁰ ou incerte-

⁵⁰ Cf. CALLAHAN, Christopher. U.S. Tax Laws Governing Foreign Pensions. Tax Notes, dez. 2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/special-reports/benefits-and-pensions/us-tax-laws-governing-foreign-pensions/2020/12/04/2d85z>. Acesso em: 14 jul. 2024.

zas⁵¹, mas traria representaria um avanço bastante importante para a solução dos problemas descritos acima.

6. Considerações finais

Os acordos de previdência social são importantes instrumentos para integrar os sistemas de previdência e seguridade social entre países. Eles alcançam uma variedade de objetivos, como a totalização dos períodos de contribuição para acesso a benefícios e delineiam o vínculo e a contribuição de trabalhadores expatriados, mas estão limitados à integração dos sistemas oficiais de seguridade social. Com o aumento da adesão de trabalhadores aos esquemas privados de previdência complementar, seja por interesse ou necessidade, nota-se que os acordos de previdência social promovem uma integração incompleta dos sistemas de seguridade social, e esta lacuna tende somente a crescer.

Tal lacuna seria, em princípio, endereçada pelos tratados contra a dupla tributação. Apesar de a solução de tributação exclusiva pelo país da residência proposta pela CM-OCDE aliviar as consequências tributárias descritas acima, nos dois cenários fictícios de Andrew e Bruno, ambos estariam impossibilitados de obter o diferimento das contribuições aos planos privados de previdência complementar com base na lei doméstica do país que os recebe. Bruno também lidaria com dificuldades em relação à legislação aplicável aos veículos de investimento passivos PFIC.

Na visão do autor, a limitação dos acordos de previdência social a temas conexos aos sistemas oficiais de seguridade social não representa necessariamente um defeito desses acordos. Esta limitação pode ser explicada tanto pelo fato de que tais acordos lidam com vários temas alheios à prática da tributação da renda em si, ao passo que os esquemas de previdência complementar são viabilizados mediante renúncia fiscal e diferimento. Desta forma, o fato de que os Tratados contra a Dupla Tributação já possuem regras que tratam da previdência complementar, bem como o recorte temático, justificam tal lacuna nos acordos previdenciários.

Entretanto, quando países que possuem intenso fluxo de migrantes com o Brasil, como Estados Unidos e Alemanha, não possuem tratado contra a dupla tributação, os cidadãos expatriados em caráter temporário ou permanente podem sofrer perdas substanciais de recursos destinados às suas aposentadorias. E os exemplos de Andrew e Bruno mostram que, ainda que a concessão de crédito unilateral possa aliviar os encargos em transações transfronteiriças, a ausência de tratado também é sentida em uma variedade de outras situações que não neces-

⁵¹ NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION. Report on Guidance Under U.S. Income Tax Treaties, 2010, p. 25-26. Disponível em: <https://nysba.org/app/uploads/2020/03/1214-Report.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2024.

sariamente envolvem a dupla tributação, como no caso de trabalhadores expatriados. Como ilustrado acima, nesses casos tais trabalhadores correm o risco de terem os seus planos financeiros e de aposentadoria complementar comprometidos devido à incompatibilidade da legislação do país de residência.

Esperar que todos os países adotem sistemas jurídicos idênticos ou perfeitamente integrados, principalmente em termos de seguridade social, é um esforço inútil. No entanto, se países possuem determinados princípios que norteiam suas políticas, como a de seguridade social, e tais princípios são semelhantes, deixar que meras technicalidades prejudiquem seus cidadãos ou imigrantes, tais países estão também agindo contra o seu próprio interesse. Para promover tais princípios, o reconhecimento dos planos de cada país em tratado contra a dupla tributação parece ser, até o momento, a solução mais eficiente disponível. Pois, desta forma, ainda que discordem em minúcias, os países signatários podem ao menos combinar em superar as diferenças.

7. Bibliografia

- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Tratados internacionais na ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2014.
- CALLAHAN, Christopher. U.S. Tax Laws Governing Foreign Pensions. Tax Notes, dez. 2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/special-reports/benefits-and-pensions/us-tax-laws-governing-foreign-pensions/2020/12/04/2d85z>. Acesso em: 14 jul. 2024.
- CALLAHAN, Christopher. U.S. Tax Treatment of Brazilian Private Pension Plans. Tax Notes International, v. 106, n. 3, 2002. Disponível em: https://foxrothschild.gjassets.com/content/uploads/2022/05/2022tni16-9_Callahan.pdf. Acesso em: 14 jul. 2014.
- COSTANZI, Rogério Nagamine. Desafios das políticas públicas de previdência social, 2023. Disponível em: <https://anesp.org.br/todas-as-noticias/desafios-das-politicas-pblicas-de-previdncia-social>. Acesso em: 14 jul. 2024.
- LEE, Lucy S.; SMILEY, Stafford. Taxation of Passive Foreign Investment Companies: Current Rules, Problems and Possible Solutions. Disponível em: https://www.caplindrysdale.com/media/publication/150346_6309_Taxation-of-Passive-Foreign-Investment-Companies.pdf. Acesso em: 14 jul. 2024.
- MDIC. Balança comercial preliminar parcial do mês, 1ª semana de julho/2024. Disponível em: https://balanca.economia.gov.br/balanca/pg_principal_bc/principais_resultados.html. Acesso em: 14 jul. 2024.
- MRE. Comunidade brasileira no exterior – Estatísticas 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/porta-consular/comunidade-brasileira-no-exterior-2013-estatisticas-2022>. Acesso em: 14 jul. 2024.
- NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION. Report on Guidance Under U.S. Income Tax Treaties, 2010. Disponível em: <https://nysba.org/app/uploads/2020/03/1214-Report.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2024.

PEREIRA, Eduardo da Silva. A transição demográfica e o regime geral de previdência Social GPS. Debates: Previdência Social: Reflexões e desafios, Ministério da Previdência Social, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética, n. 22, 2008.

STEINES JR., John P. *International Aspects of U.S. Income Taxation*. 8. ed. 2021.

SUSEP. Sistema de estatísticas da Susep. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/principal.aspx>. Acesso em: 14 jul. 2024.

Estabelecimento Permanente de Serviços (Art. 5 (3)) e a Tributação dos Serviços Digitais Automatizados (Art. 12-b): Inovações da ONU em Prol do Desenvolvimento

Permanent Establishment of Services (Article 5 (3)) And Taxation of Automated Digital Services (Article 12-B): un Innovations in Support of Development

Juliana de Sousa

Resumo

Este artigo explora as disposições inovadoras introduzidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) em sua Convenção Modelo de Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento, especialmente no que diz respeito ao Estabelecimento Permanente de Serviços (Artigo 5 (3b)) e à tributação de Serviços Digitais Automatizados (Artigo 12-B). Esses avanços são analisados no contexto de fomentar o desenvolvimento e adaptar estruturas tributárias aos desafios apresentados pela economia digital. O artigo analisa a abordagem distintiva da ONU, lançando luz sobre seus potenciais implicações para a tributação internacional.

Palavras-chave: importação de serviços, estabelecimento permanente de serviços, EP de serviços, economia digital, serviços digitais, tributação internacional, tratado, Convenção Modelo da ONU, países em desenvolvimento.

Abstract

This paper explores the innovative provisions introduced by the United Nations (UN) in its Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries regarding the Permanent Establishment of Services (Article 5(3b)) and the taxation of Automated Digital Services (Article 12-B). These advancements are examined in the context of fostering development and adapting tax frameworks to the challenges posed by the digital economy. The paper analyzes the UN's distinctive approach, shedding light on its potential implications for international taxation.

Keywords: importation of services, permanent establishment of services, service PE, digital economy, digital services, international tax, treaty, UN Model, developing countries.

1. Introdução

O desenvolvimento e estabelecimento dos principais conceitos do Direito Tributário Internacional moderno se deram especialmente entre o final do século

XIX e a segunda metade do século XX, quando a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU) passaram a coordenar através das convenções modelos o exercício dos poderes de tributar dos Estados em relação às operações transnacionais.

No entanto, a partir das últimas décadas do século XX, com a globalização do comércio de bens e serviços em estágio avançado e o surgimento de novos modelos de negócios e de novas tecnologias principalmente da informação, houve uma desestabilização de conceitos tradicionais do Direito Tributário Internacional, fomentando a dicotomia entre os critérios da fonte e residência na alocação dos direitos tributários dos Estados.

Regras que ainda permeiam os tratados para evitar a dupla tributação da renda, desenvolvidas sob uma outra realidade, não têm acompanhado a alta mobilidade de pessoas, serviços e muitos dos modelos de negócios sob os quais os serviços notadamente digitais são explorados globalmente, prejudicando países em desenvolvimento e até mesmo países desenvolvidos que historicamente sempre foram beneficiados por essas mesmas regras.

Ocorre que as regras que estabelecem os elementos de conexão necessários para se atribuir ao Estado da fonte o direito de tributar ao menos parte da riqueza produzida no seu espaço (através do estabelecimento permanente) ainda são baseadas principalmente na presença física da empresa fornecedora de bens e serviços, dissociando-se das características atuais das atividades de base predominantemente tecnológica e de bens intangíveis, que permitem uma alteração dinâmica dos fatores de produção e uma movimentação econômica dos bens digitais, assim como de serviços prestados a distância, prescindindo, assim, de estrutura física da empresa no país consumidor e suporte material para os bens.

Em 1980, a ONU introduziu no Artigo 5 (3) (b) da sua Convenção Modelo o estabelecimento permanente de serviços visando atenuar os desafios que já se apresentavam à época e tendo sido um grande avanço ao prever um modelo de estabelecimento permanente presumido em que, mesmo sem um estabelecimento fixo de negócios, a tributação na fonte se imporá se os serviços forem prestados lá por mais de 183 meses. No entanto, como essa disposição ainda está baseada no requisito de um nexos físico constante entre o prestador de serviços e o Estado fonte, também não é capaz de regular adequadamente a prestação de serviços, notadamente os que compõem a economia digital.

Essa dificuldade de caracterização de estabelecimento permanente em seu conceito tradicional, agravada pela sua utilização pelas multinacionais da tecnologia para reduzirem significativamente sua carga tributária ou mesmo incidir em uma dupla não tributação, foi que fez surgir no âmbito da OCDE o Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) que, por meio de ações abrangentes, visa combater a erosão da base tributável e a transferência de lucros, preservar receita tributária, soberania, neutralidade e justiça.

As Ações 1 e 7, especialmente, relacionam-se diretamente ao conceito de estabelecimento permanente, demonstrando a tendência da OCDE de expansão e atribuição de uma maior fluidez para sua caracterização. A Ação 1 direcionada às empresas da economia digital, que conseguem ter uma presença econômica significativa no mercado consumidor de outros estados sem ter uma conexão suficiente sob as regras atuais, entre outras questões, visa analisar e estabelecer uma coerência internacional em relação a qualificação dos rendimentos gerados por esses negócios para permitir a cobrança efetiva do imposto local sobre o fornecimento de mercados e serviços digitais e em relação ao imposto de renda das empresas. Já a Ação 7 vai de encontro a planejamentos tributários que visam evitar a caracterização de estabelecimento permanente, inclusive sob exceções previstas nos próprios tratados (ex.: acordos de comissão, exploração de atividades isentas).

A questão é que o projeto da OCDE, que visa efetivar as ações de forma multilateral, não tem uma perspectiva temporal ainda para ser efetivamente implantado, além de encontrar forte resistência, principalmente dos Estados Unidos, de onde são a maioria das multinacionais afetadas pelas propostas. A par disso, parece se mostrar insuficiente a resolver as questões na medida em que não aceita rupturas que se fazem necessárias e não consegue adaptar conceitos ultrapassados a nova realidade econômica¹. Ademais, sendo os integrantes da organização a maioria países desenvolvidos, pode, por isso, não atender às demandas de países em desenvolvimento que sofrem ainda mais com a erosão da base tributária por sua condição de “verdadeiros *net digital importers*”².

Nesse contexto é que a ONU desde outubro de 2017, quando ocorreu a 15ª sessão do Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária, identificou como prioridade estudar e desenvolver um modelo de tributação da renda dos prestadores de serviços digitais automatizados produzida a partir do mercado consumidor dos países em desenvolvimento. Conforme Comentários à Convenção Modelo, o Comitê procurou alcançar uma solução que permita as jurisdições de origem tributarem uma quota desses rendimentos e que ao mesmo tempo seja relativamente de simples implantação tanto para as empresas como para as administrações tributárias, tendo esse trabalho como resultado a inserção do Artigo 12B na Convenção Modelo, aprovada na 22ª reunião do Comitê.

Diante desse cenário é que nos propomos nos itens a seguir a tratar de ter um panorama geral do papel do instituto do estabelecimento permanente nos acor-

¹ BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. International/OECD – A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need To Resolve the Source versus Residence Dichotomy. *Bulletin for International Taxation*, v. 70, n. 3, 2016.

² TAMANAHA, Rodolfo Tsunetaka. *Tributação e economia digital: análise do tratamento tributário dos rendimentos da computação em nuvem*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 245.

dos para evitar a dupla tributação, da inovação inicial da ONU em relação ao referido instituto ao instituir o estabelecimento permanente de serviços, assim como das previsões do novel Artigo 12B e das principais críticas, positivas e negativas de ambas inovações, concluindo com a análise sobre se, de fato, ambos modelos de cláusula da Convenção Modelo contribuíram positivamente para os países em desenvolvimento.

2. O papel do estabelecimento permanente na estrutura dos tratados para evitar a dupla tributação

A maioria dos tratados/acordos de dupla tributação (ADT) ou tem como base a Convenção Modelo da OCDE ou a Convenção Modelo da ONU, ambos muito similares de modo a se manter uma salutar consistência global, mas divergindo, contudo, em determinadas particularidades relacionadas, principalmente, ao nível de desenvolvimento dos países contratantes. A Convenção Modelo da ONU, por exemplo, seguindo sua função institucional, tem previsões a fim de preservar a soberania tributária em benefício de países importadores de capital/países em desenvolvimento, propondo cláusulas com maior preponderância do critério da fonte/origem (ex.: definição ampliada de estabelecimento permanente).

Não obstante, ambos os modelos são norteados pela adoção dos critérios da residência ou da fonte como elementos de conexão para a incidência tributária. Com o Estado de residência normalmente fica o direito de tributar os rendimentos dos seus residentes, independentemente do lugar onde tenham sido auferidos, o que vale para lucros, *royalties*, ganhos de capital, rendimentos de profissionais liberais, certos tipos de remuneração de trabalho assalariado etc. Já com o Estado da fonte/origem, o poder tributante, de escopo mais limitado, ligado ao benefício efetivo proporcionado ao contribuinte, recai, por exemplo, sobre dividendos, juros, rendimentos de propriedades imobiliárias, rendimentos de empresas e profissionais liberais com estabelecimento permanente no seu território e rendimento de trabalho assalariado.

Os tratados são estruturados com várias regras distributivas específicas que atribuem o direito de tributar, de forma cumulativa ou exclusiva, aos dois Estados Contratantes. Pressupondo-se que determinada renda de transação transfronteiriça está abrangida pelo tratado, confirmam-se as pessoas (escopo subjetivo) e os impostos por ele abrangidos (escopo objetivo), e em seguida a classificação da renda é obtida através de etapas, conforme ensina Van Raad³:

³ RAAD, K. Van. Escopo geográfico das regras de distribuição da convenção modelo da OCDE. *Revista Direito Tributário Atual*, 2008, p. 101-107. In: BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. International/OECD – A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need To Resolve the Source versus Residence Dichotomy. *Bulletin for International Taxation*, v. 70, n. 3, 2016.

- a) regras distributivas específicas, ex.: Artigo 6 (Rendas imobiliárias), 8 (Transporte marítimo e aéreo internacional), 10 (Dividendos), 11 (Juros), 12 (*Royalties*), 16 (Remuneração de diretores), 17 (Entretenimento e atletas), 18 (Pensões) ou 19 (Serviços governamentais);
- b) regras distributivas gerais, ex.: Artigo 7 (Lucro empresarial), 13 (Ganhos de Capital) ou 15 (Renda do emprego); e
- c) regras distributivas residuais, ex.: Artigo 21 (Outras rendas) e 22 (Capital).

O Artigo 7º atribui ao Estado de residência o direito de tributar e compreendendo a maior parte da renda decorrente da exploração de qualquer atividade econômica, por isso é chamada de regra “guarda-chuva” por abarcar diversos tipos de renda, inclusive o lucro das empresas, sendo o artigo cerne dos tratados e, assim, dos conflitos relativos ao poder de tributar entre os Estados Contratantes.

Exceção à essa regra ocorre se existir no referido Estado um estabelecimento permanente da referida empresa. Como prevê o próprio Artigo 7º, os lucros de uma empresa de um Estado são tributáveis no outro Estado apenas se a empresa mantiver um estabelecimento permanente no último Estado e somente na medida em que os lucros sejam atribuídos ao estabelecimento permanente. Sua existência é aferida através dos critérios previstos no Artigo 5 das Convenções modelos, que medem a presença de um empreendimento no Estado de origem/fonte, estabelecendo uma conexão suficientemente substancial entre a renda, o empreendimento e o Estado contratante para justificar a tributação local.

Nesse contexto, o estabelecimento permanente, cujo surgimento remonta à metade do século XIX no direito alemão e figura desde as primeiras convenções modelo, incluindo a convenção de 1928 da Liga das Nações, emerge como um elemento fundamental na estrutura dos tratados internacionais, desempenhando um papel crucial tanto na distribuição equitativa do direito de tributar como de evitar a dupla tributação, pois ao atribuir a tributação a um país onde a empresa mantém um estabelecimento permanente, os tratados proporcionam um equilíbrio entre os interesses dos Estados envolvidos, incentivando o investimento estrangeiro e a expansão das atividades comerciais.

Contudo, como já expusemos, o maior desafio que se enfrenta desde os primórdios do desenvolvimento do Direito Tributário Internacional é que a globalização e a evolução tecnológica passou a diluir o conceito do elemento de conexão “estabelecimento permanente” para a aplicação das regras de atribuição de lucros nos termos do Artigo 7. O conceito até hoje previsto no Artigo 5 das Convenções Modelo, notadamente o da OCDE, mostra-se inadequado diante de novas formas de negócios transnacionais cuja realização dispensa se não toda grande parte da presença física substancial das empresas em jurisdições diversas.

Assim, vendo que a evolução desse conceito é crucial para garantir a eficácia contínua dos tratados para evitar a dupla tributação, promovendo uma tributação

justa e eficiente no cenário internacional, propostas para a adaptação do instituto foram surgindo com o fim de não só abranger as novas formas de bens e serviços, como de combater práticas abusivas na evitação da constituição de um estabelecimento permanente. Das propostas já desenvolvidas é que surgiram as figuras do estabelecimento permanente de serviços, previsto no Artigo 5º (3b) da Convenção Modelo da ONU, e da tributação dos serviços digitais automatizados prevista no Artigo 12B, que passaremos a analisar.

3. Estabelecimento permanente de serviços

Como a maioria dos outros artigos da Convenção Modelo da ONU, o Artigo 5º que trata do estabelecimento permanente se baseia no Artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE, contudo, apresenta as seguintes diferenças significativas:

- a) o período mínimo de seis meses para que um canteiro de obras ou construção constitua um estabelecimento permanente, em vez do prazo de doze meses previsto na Convenção Modelo da OCDE, e se estende expressamente a projetos de montagem, bem como a atividades de supervisão relacionadas a canteiros de obras e projetos de construção, montagem ou instalação (parágrafo 3(a));
- b) a configuração de estabelecimento permanente de serviços quando ocorre o fornecimento de serviços por uma empresa por meio de funcionários ou outro pessoal por um período total de mais de 183 dias em qualquer período de doze meses começando ou terminando no ano fiscal em questão (parágrafo 3(b));
- c) a manutenção do Artigo 14 (Serviços Pessoais Independentes), enquanto na Convenção Modelo da OCDE tenha sido excluído, e a abordagem pelo Artigo 5 de casos que anteriormente eram considerados sob o teste de “base fixa” daquele Artigo. Para os países que não desejam ter tal Artigo em seus tratados a ONU, entretanto, oferece orientações em seus comentários⁴.
- d) A não menção no parágrafo 4 na Convenção Modelo das Nações Unidas da atividade “entrega” na lista das chamadas “atividades preparatórias e auxiliares” que não são consideradas para a existência de um estabelecimento permanente, atividade que, por sua vez, é mencionada na Convenção Modelo da OCDE;
- e) As ações de um “agente dependente” podem configurar um estabelecimento permanente mesmo sem essa pessoa habitualmente concluir ou habitualmente desempenhar o papel principal que leva à conclusão de contratos a serem executados pela empresa estrangeira, quando essa pes-

⁴ Commentaries on the Article 5º of The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2021, parágrafo 3.

soa habitualmente mantém um estoque de bens ou mercadorias e faz entregas regulares do estoque (parágrafo 5(b));

- f) A disposição especial especificando quando um estabelecimento permanente é criado no caso de um negócio de seguros na Convenção Modelo das Nações Unidas (parágrafo 6), enquanto inexistente na Convenção Modelo da OCDE.

Interessa ao presente trabalho a segunda diferença apontada, a figura do estabelecimento permanente de serviço, assim disposto atualmente no parágrafo 3(b), *caput*, do Artigo 5º da Convenção Modelo da ONU:

3. The term “permanent establishment” also encompasses:

(a) [...];

(b) the furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue within a Contracting State for a period or periods aggregating more than 183 days in any 12-month period commencing or ending in the fiscal year concerned.

Ao contrário da Convenção Modelo da OCDE, na qual os serviços devem ser prestados por meio de um estabelecimento permanente fixo para que a tributação na fonte ocorra, na Convenção Modelo da ONU a mera prestação de serviços como tal dentro de um Estado por mais de 6 meses levará à formação de um estabelecimento permanente.

Conforme observado nos Comentários aos Artigos da Convenção Modelo da ONU⁵, a redação original, quando incluída no modelo de 1980, previa um limite de valor de pagamentos a serem feitos à empresa prestadora dos serviços a partir do qual se configuraria o estabelecimento permanente e que acabou sendo excluída a fim de alcançar diversas operações menores que juntas podem representar um lucro substancial.

Em 2011 houve uma nova alteração de modo a constar o período de 183, ao invés de seis meses, que poderia começar ou terminar no ano fiscal em questão, alteração essa justificada para proporcionar maior consistência com a abordagem adotada no parágrafo 1(6) do Artigo 14.

Já na revisão de 2017 foi excluído a expressão entre parênteses “(para o mesmo projeto ou um projeto conectado)” sob o argumento de que a limitação do projeto seria de fácil manipulação e criava questões interpretativas e factuais às autoridades fiscais, assim como de *compliance* às empresas, ônus indesejado principalmente em se tratando de países em desenvolvimento. Pontuou-se, ainda, que, em termos de política fiscal, verifica-se que o contribui para um substancial envolvimento da empresa prestadora de serviço na vida comercial do país onde os

⁵ Commentaries on the Article 5º of The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2021, parágrafos 21, 23 e 24.

serviços são prestados é o período de sua atuação nela e não se ela se deu apenas em um projeto ou em vários, relacionados ou não entre si⁶.

A menção específica aos serviços de consultoria no parágrafo 3(b) se deve ao fato de que muitos países em desenvolvimento acreditam que os serviços de gerenciamento e consultoria prestados em países em desenvolvimento por empresas de países desenvolvidos/industrializados geram substanciais lucros e que, sem tal previsão, podem ser enquadrados como serviços preparatórios ou auxiliares do parágrafo 4, estando, assim, fora do escopo do estabelecimento permanente.

Alguns países em desenvolvimento se opõem ao limite de 183 dias previsto no parágrafo 3(b). Isso porque acreditam que o período durante o qual a empresa, por meio de seus empregados ou contratados, permanece no país da fonte é irrelevante para configurar o direito de tributar a renda, como já ocorre com artistas e esportistas nos termos do artigo 17. Há a crença, também, de que o limite temporal é burlado por meio de acordos artificiais para evitar a tributação em seu território.

A previsão do limite temporal foi prevista e é mantida pelo Comitê, no entanto, com base no objetivo dos tratados que é de promover o comércio internacional, o investimento e o desenvolvimento, sendo necessário para tanto que haja um período de tempo para que se considere permanente a atividade no local, permitindo-se a realização primeiro de operações preparatórios ou auxiliares de uma futura atuação mais permanente e substancial sem se tornarem imediatamente sujeitas a tributação daquele Estado.

Ainda a esse respeito o Comitê⁷ ressalta que as medidas sugeridas para se combater os abusos com divisão de contratos de construção (parágrafo 3(a)) para evitar a constituição do período mínimo, previstas nos comentários do parágrafo 52, igualmente se aplicariam aos casos do parágrafo 3(b), como também a adoção de cláusula igual ou semelhante a prevista no tratado de 2016 entre o Chile e o Japão que, entretanto, utiliza a redação sobre empresa relacionada contida no modelo da OCDE:

The duration of activities under subparagraphs (a) and (b) shall be determined by aggregating the periods during which activities are carried on in a Contracting State by closely related enterprises, provided that the activities of such a closely related enterprise in that Contracting State are connected with the activities carried on in that Contracting State by its closely related enterprises. The period during which two or more closely related enterprise are carrying on concurrent activities shall be counted only once for the purposes of determining the duration of activities.

⁶ Commentaries on the Article 5º of The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2021, parágrafo 31.

⁷ Commentaries on the Article 5º of The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2021, parágrafo 27.

Também há países com acordos firmados com a previsão do estabelecimento permanente de serviços que interpretam a previsão do parágrafo 3(b) no sentido de ser dispensável presença física de empregados ou contratados da empresa prestadora dos serviços no país onde se encontra o tomador, para que haja a configuração do estabelecimento permanente. Esse é o caso, por exemplo, do Kuwait, Israel e Arábia Saudita⁸ como abordaremos no item sobre este último, em exemplo prático da adoção do instituto.

A exigência do limite temporal e presença física no país da fonte foi bastante criticada também por Fernando Souza de Man⁹, que concluiu:

With all of these matters considered, it can be concluded that, even though the UN Model Convention provides a good framework for the taxation of services due to its compliance with the right to development, its role as a paradigm for the taxation of services is currently undermined by its allegiance to the requirement of a fixed place of business. It is essential that a new threshold is adopted in order to guarantee that the allocation of taxing rights provided for in model conventions reflects the economic reality of the relevant activities, and not the formal characteristics which they manifest.

Por último, assim como reiterado nos comentários¹⁰, cabe repisar que uma vez considerado existente o estabelecimento permanente de serviços, somente os lucros atribuíveis às atividades exercidas por meios do referido estabelecimento permanente são tributados no país do tomador dos serviços/fonte, como previsto no Artigo 7^o¹¹.

⁸ PATNAIK, S. R. Service PE Does Not Require Physical Presence of Employees. October 26, 2017. Disponível em: <https://tax.cyrilamarchandblogs.com/2017/10/service-pe-not-require-physical-presence-employees/>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁹ MAN, Fernando Souza de. Chapter 7: Taxation of Services in the 21st Century in Taxation of Services in Treaties between Developed and Developing Countries – A Proposal for New Guidelines (IBFD 2017), Books IBFD (accessed 18 November 2022), p. 4.

¹⁰ Commentaries on the Article 5^o of The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries 2021, parágrafo 34.

¹¹ Article 7 Business Profits “1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to:

(a) that permanent establishment;

(b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or

(c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment”.

3.1. Estabelecimento permanente de serviço no Brasil e no direito comparado – o caso da Arábia Saudita

O Brasil possui cinco tratados para evitar a dupla tributação com a previsão do estabelecimento permanente de serviços, estando três deles em vigor (China, Singapura e Uruguai) e os outros dois, embora firmados, pendem de conclusão do processo de internalização (Colômbia e Reino Unido).

Assim como semelhante constatação de Gabriel Bez-Batti¹², chama a atenção o fato de depois de tanto tempo firmado o tratado com a China, internalizado em 1993, o único adotando o estabelecimento permanente de serviços, de 2022 para cá o Brasil tenha firmado os outros quatro, prevendo o instituto. Isso porque o país tem como política tributária ignorar o conceito e a constatação da configuração de estabelecimento permanente, classificando todo e qualquer tipo de serviços como técnicos, sujeitando os respectivos pagamentos a retenção na fonte a título de *royalties*.

De todo modo, não se localizou qualquer notícia da aplicação de qualquer dos tratados em vigor envolvendo a previsão do estabelecimento permanente de serviços, “isso em razão, possivelmente, do extenso limite proposto pela ONU, no sentido de que para a configuração de um *service PE* o serviço deve ser realizado por um período de seis meses, dentro de outro período, de 12 meses”, como anotado por Gabriel Bez-Batti¹³.

Já no direito comparado, chamou a atenção o caso da Arábia Saudita, isso porque dos atuais cinquenta e sete acordos para evitar a dupla tributação que o país possui em vigor, cinquenta e quatro contêm a cláusula de estabelecimento permanente de serviços (parágrafo 3(b), do Artigo 5º da Convenção Modelo da ONU) e principalmente em decorrência da polêmica causada por uma questão interpretativa da cláusula.

Conforme já visto, o parágrafo 3(b) do Artigo 5º da Convenção Modelo da ONU, considera existente um estabelecimento permanente de serviços quando uma empresa fornece serviços, incluindo serviços de consultoria, por meio de empregados ou outro pessoal contratado pela empresa para esse fim, se as atividades dessa natureza persistirem dentro de um Estado contratante por um período ou períodos que, somados, ultrapassem 183 dias em qualquer período de 12 meses iniciado ou finalizado no ano fiscal em questão.

¹² BEZ-BATTI, Gabriel. O conceito de estabelecimento permanente no direito brasileiro e os novos paradigmas trazidos pela Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 4, p. 93-94. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/579>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹³ BEZ-BATTI, Gabriel. O conceito de estabelecimento permanente no direito brasileiro e os novos paradigmas trazidos pela Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 4, p. 94.

Em 2015, a Autoridade Geral de Impostos da Arábia Saudita (ZATCA – Zakt, Tax and Customs Authority), em resposta a pedidos de isenção de retenção na fonte com base em acordos para evitar a dupla tributação exarou Circular interpretativa (n. 1/80/1436 de 10/2/1436AH – correspondente a 2-12-2014), introduzindo o conceito de “EP de serviços virtual” pelo qual considerava existente um estabelecimento permanente de serviços somente pelo fato de uma empresa não residente prestar serviços à uma fonte localizada no país ocorrer em período superior ao estabelecido, independentemente se a prestação se deu exclusivamente de forma remota pelos empregados ou prestadores de serviços da empresa não residente ou se a presença física deles ocorreu por período inferior ao limite previsto nos tratados (normalmente 183 dias).

A interpretação causou bastante discussão nos anos seguintes devido ao significativo impacto sobre empresas que residem em países que possuem tratado com a Arábia Saudita e que auferiam receita proveniente de serviços prestados a fontes localizadas no país.

Em linha com o projeto de desenvolvimento econômico do país denominado “Saudi Vision 2030”¹⁴, em recente Circular emitida (Number 2303001 de 17-5-2023¹⁵), a ZATCA acabou mudando sua abordagem técnica-interpretativa do parágrafo 3(b) do Artigo 5º. Reconhecendo que, embora a redação exata do parágrafo 3(b) do Artigo 5º possa variar entre os tratados para evitar a dupla tributação, a maioria daqueles assinados pela Arábia Saudita considera que a prestação de serviços em período superior ao disposto que configura a existência de um estabelecimento permanente é aquela prestada por uma empresa por meio de empregados ou outro pessoal contratado pela empresa constitui um estabelecimento permanente (PE) se as atividades forem realizadas (para o mesmo projeto ou um projeto vinculado) dentro da Arábia Saudita e por um período ou períodos que, somados, ultrapassem 183 dias em qualquer período de 12 meses iniciado ou finalizado no ano fiscal em questão.

A Autoridade fiscal também cuidou de observar na referida circular que o parágrafo 3(b) do Artigo 5 revela três testes principais para determinar a existência de um PE de serviços:

1. “Furnishing of services”: significa que a empresa deve fornecer serviços por meio de seus empregados.
2. “Within”: significa que os empregados devem estar fisicamente presentes na Arábia Saudita.

¹⁴ Ver: <https://www.vision2030.gov.sa/en/>.

¹⁵ Ver: <https://zatca.gov.sa/en/MediaCenter/Publications/Documents/Taxation%20of%20Permanent%20Establishments.pdf>.

3. “More than 183 days in any 12-month period”: exige a presença física no país por um determinado período para a realização dos serviços para determinar se a entidade não residente constitui um estabelecimento permanente de serviços na Arábia Saudita.

A ilustrar a aplicação dos testes, também foram expostos dois exemplos na Circular: o primeiro mostrando que um PE não é considerado existente se, sob um contrato de serviços técnicos de 12 meses, os empregados da empresa não residente contratada não estão sediados e/ou residentes no exterior, não sendo obrigados a estar presentes na Arábia Saudita para realizar tais serviços. No outro exemplo, descreve um contrato de consultoria, com prazo de oito meses, no qual os funcionários da empresa não residente devem trabalhar nas instalações da empresa residente na Arábia Saudita somente por quatro meses. Nesse caso também o estabelecimento permanente de serviço não é considerado existente ante a permanência dos funcionários da empresa não residente na Arábia Saudita por um período inferior ao limite estabelecido no respectivo tratado fiscal, embora o prazo do contrato seja superior.

Assim, a ZATCA observa que, se um estabelecimento permanente de serviços for considerado existente na Arábia Saudita, o prestador de serviços não residente fica sujeito a tributação de acordo com o acordo para evitar a dupla tributação aplicável e com os regulamentos fiscais da Arábia Saudita. Se a atividade do prestador não residente não preencher todos os três requisitos mencionados acima, os pagamentos recebidos por essa atividade, em regra, deverão ser tributados no país de residência do prestador, isso se não estiverem sujeitos à retenção na fonte na Arábia Saudita, pois como o país assinou vários acordos onde os pagamentos por serviços técnicos são classificados como *royalties*, o tomador do serviço pode ser obrigado a realizar a retenção na fonte de acordo, em regra, com o Artigo 12 da CM da ONU.

4. O Artigo 12B da Convenção Modelo da ONU

Em linhas gerais, como propõe o presente trabalho, verificamos que sob o Artigo 12B da Convenção Modelo da ONU o Estado contratante de origem/fonte fica autorizado a tributar o rendimento da prestação de serviços digitais automatizados, assim entendidos aqueles prestados na Internet ou outra rede eletrônica, exigindo um envolvimento humano mínimo a partir do prestador de serviços, pagos a um residente do outro Estado contratante.

A incidência ocorre tão somente se a renda for paga por um residente do Estado de origem/fonte ou por um não residente com um estabelecimento permanente ou uma base fixa base nesse Estado, que suportarão esse pagamento, conforme parágrafo 10, sendo o imposto de renda apurado, em regra, a uma taxa negociada bilateralmente e especificada no parágrafo 2 do artigo sobre uma base bruta.

Previendo a possibilidade de dupla tributação, nos Comentários o Comitê sugere a adoção de uma taxa modesta (entre 3% e 4%)¹⁶ no parágrafo 2, e o próprio Artigo 12B faculta ao contribuinte pagar o imposto a taxa doméstica do Estado tributante sobre uma base líquida anual (lucro qualificado) que, apurada segundo regras do parágrafo 3, seria de 30% do montante apurado considerando a rentabilidade do segmento de negócios de serviços digitais automatizado ou, se não houver contabilização segmentada, da rentabilidade global do beneficiário efetivo ou do grupo empresarial multinacional ao qual pertence, e isso desde que as respectivas informações estejam disponíveis na jurisdição de origem. Do contrário, a tributação correrá na forma ordinária, sobre a base bruta dos serviços.

Vide exemplo que encontramos de apuração da *net income* sob esse método¹⁷:

O proprietário beneficiário recebe pagamentos brutos do Estado de origem de 100 e tem um lucro de 25% em todas as suas actividades ADS; mas a nível mundial, o grupo tem uma margem de lucro de 40%.

Os lucros qualificados seriam de $30\% * 40\% * 100 = 12$

Se a percentagem negociada no tratado for de 4% e a taxa interna de IRC for de 29%, o proprietário beneficiário poderá optar pela base líquida, uma vez que 4% de 100 base bruta é superior a 29% de 12 na base líquida. Os comentários também lembram que caso de dupla ou excessiva tributação podem ser reduzidos ou eliminados através da aplicação dos métodos previstos no Artigo 23 (isenção e crédito).

Visando reduzir incertezas e inconsistências, o parágrafo 7 também esclarece explicitamente que o Artigo 12B não se aplica à renda derivada da prestação de serviços digitais automatizados quando ela também é qualificada como *royalty* ou como “remuneração de serviços técnicos”, enquadrando-se nos Artigos 12 ou 12A, conforme o caso. De outro lado, com relação a renda proveniente da prestação de serviços pessoais independentes (actividades científicas, literárias, artísticas, educacionais/ensino e de profissionais liberais, como arquitetos, advogados, engenheiros, dentistas, contadores), os parágrafos 2 e 3 estabelecem explicitamente que o Artigo 12B também se aplica se eles forem automatizados, a não ser que o beneficiário efetivo do rendimento o produza através de uma base fixa, hipótese na qual, segundo o parágrafo 8, será o caso de aplicação somente do Artigo 14.

O parágrafo 6 do Artigo 12B relaciona como serviços digitais automatizados os serviços de: (a) publicidade *online*; (b) fornecimento de dados; (c) buscadores

¹⁶ UN. Model Double Taxation Convention: 2021. United Nations Publishing, New York, 2021, p. 435. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf.

¹⁷ PWC. Tax Police Alert. UN tax committee adopts Article 12B for model treaty rules on digital services. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-un-tax-committee-adopts-article-12b.pdf>.

online; (d) plataformas de intermediação *online*; (e) plataformas de mídia social; (f) conteúdo digital; (g) jogos *online*; (h) computação em nuvem; e (i) ensino *online* padronizado. No entanto, não se trata de rol taxativo nem de sujeição definitiva do serviço a tributação, visto que é no parágrafo 5 que se tem a definição geral (qualquer serviço prestado na Internet ou em outra rede eletrônica, em ambos os casos exigindo um mínimo de envolvimento humano por parte do prestador de serviços), podendo, portanto, outros serviços se enquadrarem nessas características.

De outro lado, os Comentários cuidaram de relacionar serviços que estariam fora do escopo do Artigo 12B: (i) serviços profissionais personalizados; (ii) serviços de ensino *online* personalizados; (iii) serviços de acesso à Internet ou a outro rede eletrônica; (iv) venda *online* de bens e serviços que não sejam serviços digitais automatizados; e (v) as receitas provenientes da venda de um bem físico, independentemente de conectividade em rede (*internet das coisas*)¹⁸.

Por último, o parágrafo 11 traz uma regra antiabuso já comum a outras disposições: prevê que se há uma relação especial entre o pagador e o beneficiário efetivo do rendimento ou entre ambos e uma terceira pessoa e o valor acordado entre eles pelo serviço prestado exceder o montante praticado entre partes independentes, isto é, sem essa relação especial (*arm's length principle*), a esse último montante se aplicará o Artigo 12B e sobre o excedente restará sujeito a tributação de acordo com as leis de cada Estado contratante e levando em consideração as demais disposições do tratado.

4.1. Principais críticas que permeiam o Artigo 12B

A partir dos Comentários ao Artigo 12B da própria Convenção Modelo e de alguns outros já escritos por especialistas destacamos algumas das principais críticas positivas e negativas sobre o modelo proposto.

Nos Comentários a principal vantagem apontada é a de que a tributação mediante retenção na fonte sobre uma base bruta seria mais simples, confiável e eficiente na cobrança do imposto de não residentes, considerando que países em desenvolvimento, em grande número, têm uma capacidade administrativa limitada. Também se defende que o procedimento contribuiria para a conformidade das empresas que prestam tais serviços em outro Estado, pois não seriam obrigadas a computar seus lucros ou apresentar declarações de impostos, a menos que optem pela tributação com base na renda líquida¹⁹.

Nessa mesma linha observa Betty Andrade:

¹⁸ UN. Model Double Taxation Convention: 2021. United Nations Publishing, New York, 2021, p. 462. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf.

¹⁹ UN. Model Double Taxation Convention: 2021. United Nations Publishing, New York, 2021, p. 435.

It is clear from the above analysis that article 12B of the UN Model proposal is much simpler to implement than the one contained in Pillar One, favouring the collection of taxes by developing countries. The design of a withholding tax system that involves tax being collected by the payer of the relevant remuneration in the case of B2B transactions and by financial institutions, credit card entities or other financial intermediaries (but considering the comments included in section 3.5.) for B2C transactions entails a simplified and low-cost procedure for tax administrations. The withholding tax aims for tax administrations not to rely heavily on other tax administrations for the exchange of information or for the collection of the taxes (this would only seem necessary in cases of assessing the net income as referred to in article 12B(3)). In addition, the most recent reforms of the VAT rules have included diverse collection mechanisms that could be useful in supporting the implementation of the tax proposed in article 12B, especially rules on compliance and collection mechanisms, including the appointment of withholding agents. Therefore, platforms and processes already in place for VAT collection could be used to implement the article 12B proposal. These elements make the implementation of this proposal attractive for developing countries.

A tributação nos moldes do Artigo 12B também é defendida como um mecanismo contra os problemas da tributação em bases mínimas, devido à instalação, principalmente, das multinacionais da tecnologia em paraísos fiscais ou jurisdições de baixa tributação, ou mesmo da dupla não tributação devido a lacunas entre dois sistemas tributários, problemas muito verificados na era da digitalização. Uma vez que mesmo que essas empresas não tenham uma presença física nos países em desenvolvimento, como acontece em sua maioria, eles passariam a ter o direito de tributá-las com a previsão nesse sentido nos novos tratados ou mesmo em antigos onde seria facilmente incorporado sem maiores mudanças como observa John W. Mpoha²⁰⁻²¹.

²⁰ “To the extent that domestic legislation provides taxing rights on income derived from ADS and the same is provided for in the relevant tax treaty, the possibility of double non-taxation is eliminated, as developing countries now have taxing rights, even in the absence of a PE by including the equivalent of article 12B of the UN Model (2021) in their tax treaties” (MPOHA, J. W. Article 12B of the UN Model (2021): A Simplified Solution for Developing Countries to Tax Income from the Digital Economy? *Bulletin for International Taxation*, v. 76, n. 5, 2022, p. 235).

²¹ “Article 12B of the UN Model (2021) is a significant change in itself within the existing treaty structure. However, it also fits well within the current structure of tax treaties. It is easy to understand and integrate it with other provisions of tax treaties. Article 12B of the UN Model (2021) a distributive article in the tax treaties. As such, it does not require significant changes to the treaty articles. For instance, article 12B of the UN Model (2021) is similar in structure and operation to article 11 (Interest), article 12 (Royalties) and article 12A (Fees for technical services).⁵⁰ There is no need to change article 5 (PEs) of the UN Model, article 7 (Business profits) and article 9 (Associated enterprises) with regard to the application of the arm’s length principle (ALP) in allocating the tax base between jurisdictions in respect of connected enterprises” (MPOHA, J. W. Article 12B of the UN Model (2021): A Simplified Solution for Developing Countries to Tax Income from the Digital Economy? *Bulletin for International Taxation*, v. 76, n. 5, 2022, p. 235).

De outro lado, tentando se afastar de elementos de conexão relacionados à presença física e outras características do prestador de serviços para se conectar ao tipo do serviço prestado em determinado país consumidor e o benefício econômico por ele gerado, o Artigo 12B acaba por não estabelecer limites para medir esse benefício, tanto em relação a receita obtida como em relação ao tamanho da presença econômica, estando aí uma das principais críticas negativas ao modelo.

Nos Comentários da Convenção Modelo países membros consignaram que a falta de limites relacionados, por exemplo, à diferenciação entre serviço prestado B2B ou B2C, ao valor do pagamento/receita, ao porte do prestador de serviços e da sua presença mesmo que somente econômica, pode prejudicar: (i) a própria administração tributária do país tributante que teria um processo mais complexo e custoso para cobrança do imposto incidente sobre serviços prestados para uso pessoal/pessoas físicas (pequenos valores e incidência aos milhares); (ii) a concorrência na medida em que pode inviabilizar a atuação de pequenas e médias empresas no mercado internacional; e (iii) os próprios consumidores dos serviços que sofreriam com o repasse do custo tributário, através do *gross-up*²².

Nesse mesmo sentido observam Vikram Chand e Camille Vilaseca²³:

This may lead to disproportionate administrative burdens for both taxpayers and tax administrations and may create an unbalanced playing field for small and medium-sized enterprises with cross-border activities, as they may not have sufficient resources to meet this burden compared to larger MNE groups. The Committee mentions the fact that other articles, for example Arts. 11, 12 and 12A, do not require any threshold, thus it is not necessary for Art. 12B. [7] While this answer seems too simplistic, in any case, from an efficiency standpoint (compliance cost for both taxpayers and tax administrations) the proposal deserves a low ranking. This is also because the taxpayer will have to register in each and every country to give effect to this proposal (even if a local threshold is proposed the taxpayer will need to monitor the local threshold in each and every country to check whether or not a tax liability arises in the source country).

Destacando a proposta do Pillar One, que impõe limites para que sua aplicação ocorra somente em face de grandes companhias e sobre substanciais volumes de receitas, Betty Andrade aponta a esse respeito que “the existence of this minimum threshold would have the advantage of establishing a minimum tax base

²² UN. Model Double Taxation Convention: 2021. United Nations Publishing, New York, 2021, p. 439-440. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf.

²³ CHAND, Vikram; VILASECA, Camille. The UN Proposal on Automated Digital Service: Is it in the Interest of Developing Countries? *Kluwer International Tax Blog*. March 5, 2021, p. 2. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2021/03/05/the-un-proposal-on-automated-digital-services-is-it-in-the-interest-of-developing-countries/#:~:text=At%20the%20same%20time%2C%20it,time%20consuming%20and%20perhaps%20not.>

only with jurisdictions with which the MNE has a stable connection, bringing it closer to the intended use of the concept of a “digital permanent establishment”²⁴.

Especial crítica também ganhou a possibilidade proposta pelo Artigo 12B de que sejam tributados serviços prestados diretamente a consumidores finais (B2C), porque, na visão de muitos, seria bastante questionável a efetividade da proposta. Quando se trata de serviços prestados B2B a retenção de impostos é mais defensável diante da estrutura técnica que normalmente se faz presente para execução da medida, o que, de outro lado, definitivamente não se espera de pessoas físicas, a quem o dever de retenção nunca é imposto²⁵⁻²⁶.

Em trecho que citamos acima, Betty Andrade chega a defender a simplicidade da implantação do Artigo 12B no caso de B2C através da possibilidade de envolvimento de bancos, administradoras de cartões de crédito e outras instituições financeiras como agentes de retenção do imposto, contudo na seção 3.5 de seu trabalho observa que:

[...] financial institutions may lack adequate means to identify taxable transactions that are subject to withholding, and the execution of the withholding may require significant investments in staff and infrastructure. Consequently, these withholding duties could create more significant complexities and costs in respect of tax compliance, probably not directly for the taxed service provider alone, but also for the designated withholding agents²⁷.

A autora não obstante apontar não ser função do Artigo 12B dispor a esse respeito, cabendo as legislações domésticas lidarem com a questão guiadas por orientações padronizadoras da ONU (cita exemplos de modelos de atuação desses agentes na Colômbia, Chile e União Europeia), considera também:

In addition, the costs incurred by financial institutions for the identification of transactions subject to withholding tax and the payment of the corresponding amounts should be limited to the greatest extent possible. Excessive investment in such costs and resources could create an excessive indirect tax burden⁷⁷ on these agents that are not associated with any manifestation of wealth, which impedes the proper exercise of their economic activity. Hence, financial institutions and other financial intermediaries should only be designated as withholding agents to the extent that (i) they have access to information to identify the

²⁴ ANDRADE RODRÍGUEZ, B. Developing Countries and the Proposed Article 12B of the UN Model: Some Known Unknowns. *International Tax Studies*, v. 4, n. 6, 2021, p. 12.

²⁵ MPOHA, J. W. Article 12B of the UN Model (2021): A Simplified Solution for Developing Countries to Tax Income from the Digital Economy? *Bulletin for International Taxation*, v. 76, n. 5, 2022, p. 239.

²⁶ ANDRADE RODRÍGUEZ, B. Developing Countries and the Proposed Article 12B of the UN Model: Some Known Unknowns. *International Tax Studies*, v. 4, n. 6, 2021, p. 12.

²⁷ ANDRADE RODRÍGUEZ, B. Developing Countries and the Proposed Article 12B of the UN Model: Some Known Unknowns. *International Tax Studies*, v. 4, n. 6, 2021, p. 12.

taxable transactions subject to withholding; (ii) they have access to information to identify whether the tax corresponds to the jurisdiction in which the financial institution operates; and (iii) the costs incurred to obtain this information do not affect the exercise of their economic activity²⁸.

Finalizando as críticas, não podemos deixar de abordar algumas sobre o método de retenção sobre a receita bruta dos serviços em questão. Indiscutível que tal previsão contribui para atribuir simplicidade e efetividade na arrecadação do imposto como defendido nos Comentários a Convenção Modelo²⁹:

Many developing countries have limited administrative capacity and need a simple, reliable and efficient method to enforce tax imposed on income from automated digital services derived by non-residents. A withholding tax imposed on the gross amount of payments made by residents of a country, or non-residents with a permanent establishment or fixed base in the country, is well established as an effective method of collecting tax imposed on non-residents. Such a method of taxation may also simplify compliance for enterprises providing such services in another State, since these enterprises would not be required to compute their net profits or file tax returns, unless they opt for net income basis taxation.

No entanto, tributar sobre uma base de receitas bruta sempre pode ser um problema porque pode levar a uma tributação excessiva, destoada dos princípios basilares do imposto de renda, porquanto não incidente sobre um efetivo lucro (receita menos despesa; ou mesmo a uma dupla tributação se a taxa acordada no Artigo 12B for mais alta que o limite de crédito do imposto pago no exterior concedido pelo país de residência³⁰⁻³¹.

O repasse desses custos ao consumidor, onerando-o, e, por via de consequência, o impacto negativo sobre as operações transnacionais, também são apontados como desvantagens do sistema. E, como bem colocado por Vikram Chand e Camille Vilaseca³², não obstante o Comitê diga que “There is no reason to assume

²⁸ ANDRADE RODRÍGUEZ, B. Developing Countries and the Proposed Article 12B of the UN Model: Some Known Unknowns. *International Tax Studies*, v. 4, n. 6, 2021, p. 13.

²⁹ UN. Model Double Taxation Convention: 2021. United Nations Publishing, New York, 2021, p. 436. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf.

³⁰ CHAND, Vikram; VILASECA, Camille. The UN Proposal on Automated Digital Service: Is it in the Interest of Developing Countries? *Kluwer International Tax Blog*. March 5, 2021. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2021/03/05/the-un-proposal-on-automated-digital-services-is-it-in-the-interest-of-developing-countries/#:~:text=At%20the%20same%20time%2C%20it,time%20consuming%20and%20perhaps%20not>.

³¹ MPOHA, J. W. Article 12B of the UN Model (2021): A Simplified Solution for Developing Countries to Tax Income from the Digital Economy? *Bulletin for International Taxation*, v. 76, n. 5, 2022, p. 237.

³² CHAND, Vikram; VILASECA, Camille. The UN Proposal on Automated Digital Service: Is it in the Interest of Developing Countries? *Kluwer International Tax Blog*. March 5, 2021, p. 3. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2021/03/05/the-un-proposal-on-automated-digital-services-is-i>

that the tax will be passed on to the consumer in all situations. In any case, such situation for AOS taxation is no different from similar scheme of taxation for royalties and FTS”, não foi o que se verificou na França e Reino Unido onde a Amazon, sujeita ao Digital Service Tax, expressamente manifestou que passaria os custos aos consumidores, assim como ocorreu na Índia pela Apple.

A sugestão da adoção de uma taxa baixa (3% a 4%) a incidir sobre a receita bruta e a faculdade do contribuinte optar pela tributação sobre uma base líquida são medidas que, de acordo com os Comentários a Convenção, minimizam ou mesmo eliminam a chance de dupla tributação. No entanto, ainda assim a fórmula de apuração prevista no parágrafo 3 do Artigo 12B sofre críticas severas como se verifica nos textos de Vikram Chand e Camille Vilaseca³³ e Betty Andrade³⁴.

5. Conclusão

Sem dúvida há de se reconhecer os esforços da ONU para adaptar normas tributárias às modificações nos negócios decorrentes da globalização e da era digital e proporcionar um quadro mais equitativo. A introdução do Estabelecimento Permanente de Serviços reconhece os desafios enfrentados por economias orientadas a serviços na ausência de presença física da empresa não residente. O Artigo 12B, por sua vez, aborda a tributação de serviços digitais modernos, potencialmente capturando fluxos de receita que sabidamente são “negligenciados” em estruturas tradicionais.

Assim, entendemos que as referidas inovações introduzidas pela ONU representaram como ainda representam uma resposta proativa ao cenário de negócios globais em evolução nos países em desenvolvimento.

No entanto, embora as contribuições positivas sejam evidentes, especialmente na adaptação às transformações digitais, desafios ainda persistem. A alternati-

t-in-the-interest-of-developing-countries/#:~:text=At%20the%20same%20time%2C%20it,time%20consuming%20and%20perhaps%20not.

³³ “There are several issues here. One is determining the PBT of the selling enterprise. Second is determining PBT of a selling enterprise when it is a part of a MNE Group. Third is determining the PBT ratio. No detailed guidance is provided on these matters except in Para 28 which states “the profit to be used for calculating profitability would be profit before tax as per accounts of beneficial owner, or the consolidated accounts of the MNE group, as the case may be, with adjustments such as exclusion of income tax expenses, exclusion of dividend income, and gains or losses in connection with shares, adding back expenses not deductible for corporate income tax purpose due to public policy reasons, etc.” Compared to the Pillar I proposal this part of the UN commentary is underdeveloped. Also, there is no mention to the treatment of losses and whether they can be carried forward and for how long. The OECD Pillar 1 on the other hand addresses the question of the treatment of losses (both pre regime and in regime losses)” (CHAND, Vikram; VILASECA, Camille. The UN Proposal on Automated Digital Service: Is it in the Interest of Developing Countries? *Kluwer International Tax Blog*. March 5, 2021, p. 4).

³⁴ ANDRADE RODRÍGUEZ, B. Developing Countries and the Proposed Article 12B of the UN Model: Some Known Unknowns. *International Tax Studies*, v. 4, n. 6, 2021, p. 14-16.

va de estabelecimento permanente de serviços ainda não atende por completo às necessidades dos países em desenvolvimento na tributação de serviços. Para uma maior convergência com o direito ao desenvolvimento, ainda são necessárias alterações que eliminem a exigência de um vínculo físico contínuo e adotem critérios baseados na substância econômica da atividade para estabelecer a presença de um estabelecimento permanente.

Para essa questão tributária tão complexa relativa aos negócios da economia digital é fato que a existência de uma solução única e multilateral seria o melhor dos mundos. A OCDE tem trabalhado para alcançar um consenso dos Estados membros nessa reformulação do sistema fiscal existente (BEPS – Pillar One e principalmente Two), entretanto, principalmente para os países em desenvolvimento, grandes importadores de serviços digitais, a questão é mais urgente e talvez as propostas não os atendam tão bem quanto aos países desenvolvidos.

Assim, o Artigo 12B surge como uma tomada de posição pioneira e importante, na medida em que propõe, mesmo que bilateralmente, um modelo que pode, de fato, ao menos, iniciar o caminho para alcance do equilíbrio da balança da justiça tributária diante das disparidades causadas nessa seara pela economia digital.

No entanto, as críticas negativas pelas quais perpassamos, sendo a maior delas, em nossa opinião, sua aplicação envolvendo os serviços prestados no âmbito B2C, demonstram que sua implementação, de fato, não parece tão simples e efetiva como propalado pelo Comitê autor da proposta, recomendando reflexões e alterações importantes por aqueles países que desejarem de fato implementar a medida.

6. Referências bibliográficas

- ANDRADE RODRÍGUEZ, B. Developing Countries and the Proposed Article 12B of the UN Model: Some Known Unknowns. *International Tax Studies*, v. 4, n. 6, 2021.
- BEZ-BATTI, Gabriel. O conceito de estabelecimento permanente no direito brasileiro e os novos paradigmas trazidos pela Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 4, p. 82-105. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/579>. Acesso em: 21 dez. 2023.
- BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. International/OECD – A Change of Paradigm in International Tax Law: Article 7 of Tax Treaties and the Need To Resolve the Source versus Residence Dichotomy. *Bulletin for International Taxation*, v. 70, n. 3, 2016.
- CHAND, Vikram; VILASECA, Camille. The UN Proposal on Automated Digital Service: Is it in the Interest of Developing Countries? *Kluwer International Tax Blog*. March 5, 2021. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2021/03/05/the->

-un-proposal-on-automated-digital-services-is-it-in-the-interest-of-developing-countries/#:~:text=At%20the%20same%20time%2C%20it,time%20consuming%20and%20perhaps%20not.

MAN, Ferando Souza de. Chapter 7: Taxation of Services in the 21st Century in *Taxation of Services in Treaties between Developed and Developing Countries – A Proposal for New Guidelines* (IBFD 2017), Books IBFD (accessed 18 November 2022), p. 4.

MPOHA, J. W. Article 12B of the UN Model (2021): A Simplified Solution for Developing Countries to Tax Income from the Digital Economy? *Bulletin for International Taxation*, v. 76, n. 5, 2022.

OECD (2017). *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

PATNAIK, S. R. Service PE Does Not Require Physical Presence of Employees. October 26, 2017. Disponível em: <https://tax.cyrilamarchandblogs.com/2017/10/service-pe-not-require-physical-presence-employees/>. Acesso em: 10 jan. 2024.

PISTONE, P. General report. In: M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, & C. Staringer (Eds.). *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties* (Cambridge Tax Law Series, p. 1-36). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 1-36. doi:10.1017/CBO9781139095686.002.

PRZEPIORKA, Michell. Estabelecimento permanente à brasileira. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 2, p. 154-185. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1824>. Acesso em: 21 dez. 2023.

SANTOS, Ramon Tomazela. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021, p. 41-152; 277-291.

TAMANAHARA, Rodolfo Tsunetaka. *Tributação e economia digital: análise do tratamento tributário dos rendimentos da computação em nuvem*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 248-263.

UN. Model Double Taxation Convention: 2021. United Nations Publishing, New York. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf.

Crypto-Asset Reporting Framework (CARF): Evidência da Troca Automática de Informações para Fins Fiscais como Costume Tributário Internacional

Crypto-Asset Reporting Framework (CARF): Evidence of Automatic Exchange of Information for Tax Purposes as an International Tax Custom

Lillie Lima

Resumo

O artigo avalia se o *Crypto-Asset Reporting Framework* (CARF), publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2022, constitui evidência da troca de informações fiscais na modalidade automática como costume tributário internacional. À luz dos elementos do costume internacional, considera-se que a troca automática de informações no contexto da economia digital fomentado pelas ações da OCDE se revela como costume em formação que pode ser uma das ferramentas para a solução de desafios atuais da tributação internacional, como a tributação de criptoativos. *Palavras-chave:* Crypto-Asset Reporting Framework, troca automática de informações, costume, direito tributário internacional.

Abstract

This article assesses whether the *Crypto-Asset Reporting Framework* (CARF), published by the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) in 2022, constitutes evidence of the Automatic Exchange of Information (AEOI) for tax purposes as an international tax custom. In light of the elements of international custom, it is considered that the AEOI in the context of the digital economy fostered by the OECD's actions reveals itself as a custom in formation that can be one of the tools for solving current challenges in international taxation, such as the taxation of crypto assets.

Keywords: Crypto-Asset Reporting Framework, Automatic Exchange of Information, Custom, International Tax Law.

Introdução

A pedido do G20, grupo de cooperação econômica formado pelos países com as maiores economias mundiais, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu o relatório intitulado “Crypto-Asset Reporting Framework (CARF) and Amendments to the Common Reporting Stan-

dard (CRS)”, que prevê regras para a troca padronizada de informações sobre transações com criptoativos¹.

Aprovado e publicado pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE em 2022, o CARF trouxe um objetivo claro: alcançar o compartilhamento automático e anual de informações a respeito de operações com criptoativos entre os Estados². Trata-se de alinhamento à proposta de transparência fiscal da OCDE por meio de instrumentos como o CRS, que recebeu algumas emendas de atualização para cobrir rendimentos oriundos de dinheiro eletrônico e os próprios criptoativos e aperfeiçoar as medidas de *due diligence*³.

O Brasil é um dos países que se comprometeu a colaborar para a implementação do CARF⁴, e, em 10-11-2023, assinou junto a outros 48 (quarenta e oito) Estados a Declaração Conjunta “Engajamento Coletivo para Implementação da Estrutura de Intercâmbio de Informações sobre Criptoativos”⁵, que visa a incorporação do modelo CARF com o fim último no combate à evasão fiscal e na promoção da conformidade tributária.

Em 2023, foi aprovado o regulamento dos criptoativos da União Europeia, conhecido como *Markets in Crypto-assets* (MiCa), que trouxe a definição de criptoativo como a representação digital de valores ou direitos que pode ser armazenada e transferida eletronicamente por meio de tecnologias de livro-razão distribuído⁶, sendo o maior exemplo dessas a blockchain⁷. O Brasil adota conceito semelhante na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) n. 1.888/2019 e na Lei n. 14.478/2022.

As características dos criptoativos fazem com que sejam extremamente atraentes como meio de investimento e pagamento. Em contrapartida, a tributa-

¹ OECD. Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard. Paris: OECD, 2022.

² OECD. Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard. Paris: OECD, 2022.

³ OECD. Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard. Paris: OECD, 2022.

⁴ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Subsecretaria de Fiscalização. Relatório anual da fiscalização. Resultados 2023 e Planejamento 2024. 2024, p. 26-27. Disponível em: https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/fiscalizacao/relatorio-anual-fiscalizacao_2023-2024.pdf/view. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁵ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Engajamento coletivo para implementação da estrutura de intercâmbio de informações sobre criptoativos. 10 nov. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/assuntos/noticias/2023/novembro/engajamento-coletivo-para-implementacao-da-estrutura-de-intercambio-de-informacoes-sobre-criptoativos>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁶ THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Markets in Crypto-assets (MiCa) – Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937 (Text with EEA relevance), 31 maio 2023.

⁷ UHDRE, Dayana de Carvalho. Blockchain, tokens e criptomoedas. São Paulo: Almedina, 2021, p. 61.

ção desses ativos representa um dos maiores desafios para a tributação internacional atual devido à necessidade de se obter informações relevantes para alcançar rendimentos tributáveis obtidos por meio de operações que os envolvem. Nesse quadro, a escolha da OCDE pela troca automática de informações para fins fiscais no CARF indica que esse tipo de modalidade é o mais apto a garantir a detecção de transações que revelem situações tributáveis.

Em 2023, foi publicado o relatório denominado “International Standards for Automatic Exchange of Information in Tax Matters: Crypto-Asset Reporting Framework and 2023 update to the Common Reporting Standard”⁸, trazendo uma atualização do CARF e de seu alinhamento ao padrão de troca automática de informações conhecido como *Automatic Exchange of Information* (AEOI). O AEOI Standard foi assim incorporado pela OCDE, que passou a convocar os países ao redor do globo para adotá-lo e promover o intercâmbio automático de informações em uma periodicidade anual.

Ao tempo em que este trabalho estava sendo concebido, em 27 de julho de 2024, pela primeira vez na história e sob a presidência brasileira, os membros do G20 realizaram uma declaração independente sobre a cooperação tributária intitulada “The Rio De Janeiro G20 Ministerial Declaration On International Tax Cooperation”⁹, na qual afirmaram que a implementação da AEOI Standard é uma conquista histórica na busca pela transparência fiscal, pois dificulta significativamente a evasão e a elisão fiscal e auxilia a maioria das jurisdições no exercício de seu poder de tributar. Nessa declaração, os membros do G20 apontaram a troca de informações sobre criptoativos como um desafio que requer o avanço da cooperação tributária internacional, o que demonstra a extrema relevância do CARF para o aprimoramento da transparência fiscal.

Mais que isso, as alterações nos padrões internacionais de intercâmbio de informações para fins fiscais provocadas pelo CARF podem indicar uma evidência da formação de um costume tributário internacional de troca automática de informações, o que é a hipótese deste trabalho. Com base na tese de Roberto Codorniz Leite Pereira de que a troca de informações na modalidade a pedido constitui norma tributária internacional costumeira e de que ainda não se evidenciava o mesmo fenômeno no caso da modalidade automática¹⁰, objetiva-se revisar os seus argumentos à luz dos elementos do costume como fonte de direito in-

⁸ OECD. International Standards for Automatic Exchange of Information in Tax Matters: Crypto-Asset Reporting Framework and 2023 update to the Common Reporting Standard. Paris: OECD Publishing, 2023.

⁹ G20. The Rio De Janeiro G20 Ministerial Declaration On International Tax Cooperation. 27 jul. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/about/news/press-releases/2024/07/statement-by-the-oecd-secretary-general-g20-tax-declaration.html>. Acesso em: 31 jul. 2024.

¹⁰ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

ternacional e do atual cenário da tributação internacional, a fim de verificar se a hipótese se confirma e qual seria a sua importância para solucionar o desafio da tributação sobre operações que envolvem criptoativos.

1. Costume como fonte de direito tributário internacional

O costume é uma das principais fontes de direito internacional. Está previsto no art. 38, 1, *b*, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) como “uma prática geral aceita como sendo o direito”¹¹. Dessa concepção se extrai seus dois clássicos componentes: (I) elemento objetivo – prática estatal (*state practice*) e (II) elemento subjetivo – *opinio juris*¹². Antes de comentá-los, cabe lembrar um pouco da essência do costume.

O Professor Malcolm Shaw atesta que o costume deriva de um senso comum do que é permitido e do que é proibido que surge em qualquer sociedade primitiva a partir do comportamento, como um fenômeno quase subconsciente, e que se mantém em razão de um fenômeno social de legitimação nutrido pela consciência coletiva de que determinadas regras e determinados valores devem ser respeitados em um dado momento¹³. Ao longo do tempo, esse processo se consolidou na formação de costumes como fontes autônomas e dinâmicas de direito internacional, que não têm existência reconhecida sem os seus elementos de ordem objetiva e subjetiva¹⁴.

O elemento objetivo é a prática estatal, assim entendida como a prática de atos ou omissões por sujeitos de direito internacional, primordialmente os Estados. À luz da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, Brant e Biazatti esclarecem que essa prática não precisa ter longa duração no tempo, não há um número definido de Estados que devem adotá-la a fim de que seja considerada geral e um Estado pode assumir a posição de objeção persistente, desde que demonstre sua oposição ainda no processo de formação do costume e até depois de sua cristalização, sob pena de ser considerado anuente em decorrência de seu silêncio¹⁵.

O elemento subjetivo do costume é a chamada *opinio juris*, que nada mais é que a demonstração pelos Estados de que estão agindo de determinada forma porque consideram que assim devem fazer, como decorrência de uma obrigação

¹¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Statute of The International Court of Justice. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/statute>. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹² BRANT, Leonardo N. Caldeira; BIAZATTI, Bruno de O. A formação do costume internacional na atualidade. *Revista Themis*, n. 15, v. 17, jan-jun. 2017, p. 129.

¹³ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 200, p. 72.

¹⁴ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 200, p. 72.

¹⁵ BRANT, Leonardo N. Caldeira; BIAZATTI, Bruno de O. A formação do costume internacional na atualidade. *Revista Themis*, n. 15, v. 17, jan-jun. 2017, p. 138-155.

jurídica internacional que exige essa conduta¹⁶. Portanto, não é qualquer posição pública assumida por um Estado que pode ser classificada como *opinio juris*, mas somente aquela cujo elemento preponderante é a noção de obrigatoriedade ante o reconhecimento de vinculação jurídica a uma norma que determina este posicionamento, ainda que esse seja uma abstenção, que somente pode ser reconhecida como *opinio juris* caso o Estado opere à luz de um dever legal de se abster¹⁷.

Por sua própria natureza, o costume não está atrelado à codificação, tendo sobrevivido pela força não escrita da história¹⁸, o que foi essencial para o desenvolvimento do direito internacional nos estágios iniciais. Todavia, com o intenso processo de sistematização pelo qual passou o direito internacional a partir do século XX, o costume hoje pode ser visto como uma fonte de direito obsoleta¹⁹.

No direito tributário internacional não é diferente. Na realidade, em que pese o posicionamento pioneiro de Avi-Yonah em defesa da existência do costume²⁰, a análise da breve literatura especializada parece indicar que é feito um esforço maior para tentar encontrar exemplos de costume em matéria tributária internacional do que propriamente se valer dos benefícios de sua existência para esta seara²¹. No geral, o costume parece estar esquecido para os tributaristas internacionalistas, considerando que há pouquíssimas colaborações disponíveis para o seu estudo.

O esforço é tão notório que há autores revisitando a ideia de direito tributário internacional consuetudinário para tentar encontrar alguma evidência de que ele está sendo formado, como Dirk Broekhuijsen e Irma Mosquera Valderrama, Professores da Universidade de Leiden que, após se debruçarem sobre diversos argumentos contra e sobre alguns a favor dessa ideia, chegaram à curiosa conclusão de que até mesmo a cláusula do *principle purpose test* pode ser considerada como uma das mais convincentes evidências de formação de costume na atualidade, por se tratar de uma regra contra o planejamento tributário internacional agressivo que é amplamente aceita pelos Estados no contexto de forte atuação da OCDE²².

¹⁶ BRANT, Leonardo N. Caldeira; BIAZATTI, Bruno de O. A formação do costume internacional na atualidade. *Revista Themis*, n. 15, v. 17, jan-jun. 2017, p. 156.

¹⁷ BRANT, Leonardo N. Caldeira; BIAZATTI, Bruno de O. A formação do costume internacional na atualidade. *Revista Themis*, n. 15, v. 17, jan-jun. 2017, p. 155.

¹⁸ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 200, p. 72.

¹⁹ BRANT, Leonardo N. Caldeira; BIAZATTI, Bruno de O. A formação do costume internacional na atualidade. *Revista Themis*, n. 15, v. 17, jan-jun. 2017, p. 128.

²⁰ AVI-YONAH, Reuven S. International Tax Law as International Law. *Tax Law Review*, v. 57, 2004, p. 483-501.

²¹ BROEKHUIJSEN, Dirk; VALDERRAMA, Irma Mosquera. Revisiting the Case of Customary International Tax Law. *International Community Law Review*, v. 23, 2021, p. 79-103.

²² BROEKHUIJSEN, Dirk; VALDERRAMA, Irma Mosquera. Revisiting the Case of Customary International Tax Law. *International Community Law Review*, v. 23, 2021, p. 79-103.

Para Broekhuijsen e Valderrama, as ações multilaterais implementadas pela OCDE por meio de projetos como o BEPS estão alterando radicalmente a formação do direito tributário internacional na atualidade, reformando as suas clássicas normas e contribuindo para a construção de um senso comum a partir do qual o costume pode ser formado²³.

Alberto Xavier, em sua clássica obra *Direito tributário internacional do Brasil*, reservou somente meia página para o costume como fonte do direito tributário internacional. O autor apontou que o costume é uma fonte autônoma de direito internacional por estar expressamente previsto do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, mas reduziu o assunto ao comentário de que apenas a regra da isenção dos representantes diplomáticos em relação aos impostos dos Estados em que se localizarem alcançou os critérios de prática estatal e *opinio juris*, concretizando-se como costume em direito tributário internacional²⁴.

Luís Eduardo Schoueri felizmente oferta à doutrina brasileira o entendimento de que não se pode ignorar a importância do costume para a “[...] limitação da jurisdição e, por conseguinte, do próprio poder tributário do Estado”²⁵. O Professor Schoueri também apresenta alguns exemplos do que pode ser considerado norma costumeira de direito tributário internacional, como o citado caso da isenção de agentes diplomáticos e o impedimento da tributação no caso de exercício do direito de passagem por um território em tempos de paz sob a égide da liberdade de trânsito, o que justifica a não tributação do tráfego aéreo²⁶. Sua maior colaboração neste sentido é a de asseverar que, embora os exemplos sejam poucos, revelam que o costume assume um papel em matéria tributária, sendo descabido negar a sua importância como fonte de direito tributário²⁷.

À luz dos elementos que compõem o costume como fonte de direito internacional e das concepções e exemplos de costume em matéria tributária internacional supraindicados, não é possível negar que o costume é fonte de direito tributário internacional, ainda que não haja nenhum exemplo para comprovar este fato. Dessa forma, os exemplos de costumes concebidos na seara do direito tributário internacional devem servir apenas para ilustrar o modo pelo qual normas costumeiras podem ser criadas e cristalizadas no direito tributário internacional, mas este não deve ser o foco do estudo sobre o tema.

Se a pesquisa sobre o costume em matéria tributária internacional se voltar à importância desta fonte para o enfrentamento dos desafios atuais da tributação internacional, as respostas podem ser muito mais proveitosas. Isso porque o cos-

²³ BROEKHUIJSEN, Dirk; VALDERRAMA, Irma Mosquera. Revisiting the Case of Customary International Tax Law. *International Community Law Review*, v. 23, 2021, p. 79-103.

²⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 223.

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 136.

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 136.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 136.

tume é munido de duas características que nunca o abandonam e que são essenciais para acompanhar as transformações globais que também atingem a tributação: a sua dinamicidade e o seu caráter descentralizador²⁸.

O costume nunca deixou de ser uma fonte dinâmica de direito internacional que tem o potencial de fazer o direito evoluir. Em consonância, concede mais espaço para que normas sejam criadas também por outros agentes que não aqueles historicamente no centro das decisões internacionais, em que pese esses ainda sejam preponderantes²⁹. Com isso, pode ser a fonte de direito com maior capacidade de se adequar às transformações da sociedade e do próprio direito internacional, o que inclui o direito tributário, na medida em que traduz a forma pela qual a comunidade internacional pode se expressar de forma rápida e vinculativa contra determinada norma ou a favor da criação de uma nova³⁰.

Conclui-se que, além de ser fonte de direito tributário internacional, o costume tem o potencial para ser uma resposta rápida e efetiva para problemas oriundos de transformações socioeconômicas provocadas pela ciência e tecnologia que, por sua vez, impõem os maiores desafios que a tributação internacional agora enfrenta. Isso porque o consenso que se almeja por meio de tratados pode ser muito difícil de se alcançar e o costume não exige consenso total. Também porque, em geral, as convenções multilaterais e as inúmeras orientações da OCDE, por exemplo, são normas de *soft law* e não apresentam o efeito vinculativo e obrigatório que os tratados possuem, enquanto o costume, a não ser pela figura do objeto persistente, é vinculativo e obrigatório, possuindo maior imperatividade e possibilidade de sanções caso desrespeitado, além de poder ser utilizado nos tribunais domésticos e internacionais como argumento para fazer valer uma determinada norma ou abstenção. Vejamos, na próxima parte, como isso pode se materializar no contexto atual sobre a troca de informações em matéria tributária.

2. A troca de informações como costume em direito tributário internacional

2.1. A troca de informações como instrumento da imperatividade da norma tributária internacional

Uma das questões mais tormentosas do direito tributário internacional é a existência de normas dotadas de imperatividade, isto é, o atributo pelo qual as normas se revestem da capacidade de impor um comportamento independente-

²⁸ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 200, p. 74.

²⁹ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 200, p. 74.

³⁰ SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 200, p. 74.

mente da vontade ou da colaboração do receptor³¹, que, em matéria tributária, é o contribuinte³².

Ainda em 2004, o Professor Alexandre Alkmim Teixeira realizou um estudo semiótico atrelado à teoria da norma jurídica e chegou à conclusão de que a norma de tributação internacional somente era dotada de imperatividade em razão da celebração de acordos internacionais contra a dupla tributação da renda que continham cláusulas de troca de informações, pois essa troca permitia aos Estados tomarem conhecimento de eventos externos ao seu território que configuravam fatos jurídicos tributáveis aptos a atrair o exercício de sua jurisdição, posto que, sem a informação, o Estado não teria nem lastro da ideia de que poderia estar tributando determinado fato³³.

Considerando que o objeto do direito tributário internacional consiste na existência de situações internacionais tributáveis conexas por meio de elementos a mais de um ordenamento tributário, isto é, situações internacionais que permitem a atuação da jurisdição fiscal por mais de um Estado³⁴, a ausência de informação implica na redução da capacidade de um Estado de tomar conhecimento de tais situações, o que se traduz, portanto, na perda do poder de tributar em âmbito internacional, do que se depreende a extrema relevância da troca de informações³⁵.

Quinze anos depois, em 2019, Alkmim retornou ao seu estudo com o reconhecimento de que a troca de informações não se dá da mesma forma no século XXI, já que houve a migração do mundo material para o mundo virtual, o que ampliou as possibilidades de se detectar um número volumoso e qualificado de dados relevantes para a tributação de modo cada vez mais rápido³⁶. Esse processo provocou a alteração na mentalidade fiscal dos Estados e teve como consequência a mudança de comportamento na administração tributária, que passou a ser caracterizada pela cooperação internacional e pela multilateralidade, ampliando as possibilidades de troca de informações fiscais, bancárias, financeiras e comerciais³⁷.

³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 133 apud TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 23.

³² TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 24.

³³ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 24.

³⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90.

³⁵ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 2.

³⁶ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 2.

³⁷ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 30.

No entanto, o autor continuou defendendo que a troca de informações é primordial para garantir a imperatividade das normas tributárias internacionais e que é mesmo com a evolução dos tratados e convenções a respeito do intercâmbio de informações fiscais que a garantia deste atributo se confirma, principalmente no contexto de atuação da OCDE³⁸, tendo em vista o papel relevante dessa organização na criação de diretrizes de tributação internacional, o que vem sendo reformulado e fomentado a partir da perspectiva das transformações provocadas pela digitalização da economia³⁹.

Os modelos de negócios realizados no contexto da economia digital desafiam os métodos tradicionais elegidos para a tributação internacional, principalmente pela facilidade com que planejamentos tributários agressivos podem ser formulados e empreendidos no ambiente de competição global a partir da destinação de lucros a Estados com regimes jurídicos de baixa ou nenhuma tributação⁴⁰.

Esse fenômeno é objeto das conhecidas ações da OCDE designadas em prol do combate ao “BEPS” – *Base Erosion and Profit Shifting*⁴¹. Nesse contexto, a importância da transparência e da cooperação via intercâmbio de informações fiscais se intensificou, na medida em que o acesso à informação pode auxiliar a conquista de resultados em todas as ações do Plano BEPS e demais iniciativas da OCDE. O ambiente está sendo tão nutrido que revive até mesmo a discussão sobre a possibilidade de se observar a criação de costumes em matéria tributária internacional neste cenário de ampliação da multilateralidade fomentado pela OCDE, como foi defendido por Broekhuijsen e Valderrama⁴².

Uma das ideias apresentadas neste sentido é a de Roberto Codorniz Leite Pereira, que defende que a troca de informações na modalidade a pedido está se consolidando como um costume no direito tributário internacional⁴³. Para entender a sua tese, faz-se necessário tecer algumas considerações gerais sobre o modo como a troca de informações fiscais ocorre atualmente, à luz dos padrões da OCDE e das normas da União Europeia.

³⁸ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 30.

³⁹ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*. Paris: OECD Publishing, 2018.

⁴⁰ RENAULT, Felipe Kertesz. *Competência tributária internacional e economia digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 41.

⁴¹ OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013.

⁴² BROEKHUIJSEN, Dirk; VALDERRAMA, Irma Mosquera. Revisiting the Case of Customary International Tax Law. *International Community Law Review*, v. 23, 2021, p. 79-103.

⁴³ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de Direito Internacional Público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

2.2. O panorama geral do intercâmbio global de informações fiscais sob a égide da OCDE

O Fórum Global de Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Fórum Global) é o principal organismo da OCDE responsável pela aplicação dos padrões internacionais de transparência fiscal. A sua atuação se dá por meio de monitoramentos, avaliações por pares e investimentos em capacitação, com o objetivo principal de verificação de conformidade das trocas de informação promovidas pelas autoridades estatais competentes com as regras padrão, tanto em relação ao modo como essa troca acontece como no que diz respeito à proteção dos direitos dos contribuintes no processo, tudo a nível global⁴⁴.

Ainda no âmbito da OCDE e da União Europeia, as principais diretrizes de transparência fiscal se encontram nos seguintes instrumentos multilaterais: (I) The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters – MCAA⁴⁵, convenção criada em 1998 para auxiliar a cooperação internacional em transparência fiscal e assistência administrativa tributária mútua, que recebeu emendas em 2010 e foi adotada e internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 8.842/2016; (II) Common Reporting Standard (CRS), de 2014, que traz definições quanto ao escopo da troca internacional de informações fiscais, como os tipos de informações que podem ser obtidas e os contribuintes que estão sujeitos a esse intercâmbio⁴⁶.

A MCAA e o CRS integram um rol de diretrizes da OCDE que se coadunam à previsão do art. 26 do Modelo de Convenção da OCDE sobre a Tributação da Renda e do Capital, que dispõe expressamente sobre o dever de troca de informações e estabelece os princípios norteadores desta ferramenta, dentre os quais se destacam: (I) princípio da informação previsivelmente relevante (*forseeable relevance*), que impõe às autoridades administrativas tributárias o dever de intercambiar somente as informações consideradas minimamente relevantes para identificar elementos de evidência da existência da obrigação tributária e o seu cumprimento (ou não) pelo contribuinte, sendo vedado o atendimento a requisições arbitrárias de informações, que são aquelas desprovidas de nexos com a investigação em curso, caracterizando o (II) princípio da proibição da *fishing expedition*⁴⁷.

⁴⁴ MANATTA, Zayda. Intercâmbio de informações para fins tributários: combatendo a evasão tributária e preservando direitos e garantias. *Estudos tributários e aduaneiros*: I Congresso da Receita Federal. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 213-231.

⁴⁵ OECD and Council of Europe. The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: Amended by the 2010 Protocol. Paris: OECD Publishing, 2011.

⁴⁶ OECD. Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters. Paris: OECD Publishing, 2014.

⁴⁷ MANATTA, Zayda. Intercâmbio de informações para fins tributários: combatendo a evasão tributária e preservando direitos e garantias. *Estudos tributários e aduaneiros*: I Congresso da Receita Federal. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 213-231.

Ademais, as administrações tributárias devem respeitar as exceções à disponibilização de informações, por exemplo, quando decorrerem de práticas discriminatórias ou culminarem em violação de direitos fundamentais dos contribuintes⁴⁸. Dessa forma, revela-se imprescindível que o intercâmbio de informações fiscais consideradas relevantes para fins tributários observe o equilíbrio entre o direito do fisco de acesso à informação para o exercício da fiscalização e a garantia da arrecadação, e os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, a fim de que se alcance a justiça tributária⁴⁹. Nesse sentido, todas as normas internacionais que versam sobre a proteção de direitos fundamentais devem ser observadas no processo de troca de informações fiscais.

É comum que o intercâmbio de informações seja firmado por meio de acordos bilaterais ou multilaterais, para além daqueles firmados e adotados sob a égide da OCDE, a exemplo daquele formulado pelos Estados Unidos da América, o *Foreign Accounting Tax Compliance Act (Fatca)*, de modo que suas regras também devem ser observadas pelos Estados envolvidos⁵⁰.

As principais modalidades de troca de informações previstas no MCAA e no CRS, bem como em outras disposições normativas da OCDE e da União Europeia, são: a pedido, automática e espontânea. A troca de informação fiscal a pedido, do inglês *Exchange of Information on Request (EOIR)*, é a mais tradicional e opera via solicitação de uma determinada administração tributária estatal a outra, seguindo requisitos e procedimento acertados entre os Estados, que podem inserir cláusulas a esse respeito em seus tratados para evitar a dupla tributação ou em seus acordos sobre o próprio intercâmbio de informações⁵¹.

A modalidade automática é conhecida como *Automatic Exchange of Information (AEOI)* e não depende da solicitação de uma administração tributária, pois se dá mediante transmissão automática de informações a cada período (é estabelecida uma periodicidade predeterminada), sendo realizada via cruzamento de dados obtidos pelos sistemas de cada Estado envolvido⁵². Esta modalidade requer o atendimento a critérios específicos definidos no CRS, pois envolve de forma ainda mais sensível os direitos dos contribuintes, principalmente ao se deparar

⁴⁸ LIMA, Juciléia. Proteção de dados dos contribuintes na troca de informações fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 38, 2021, p. 34-52.

⁴⁹ LIMA, Juciléia. Proteção de dados dos contribuintes na troca de informações fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 38, 2021, p. 34-52.

⁵⁰ PAULSEN, Leandro. Troca de informações financeiras: a cooperação internacional mediante assistência mútua entre as administrações tributárias. *Estudos tributários e aduaneiros: I Congresso da Receita Federal*. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 233-265.

⁵¹ MANATTA, Zayda. Intercâmbio de informações para fins tributários: combatendo a evasão tributária e preservando direitos e garantias. *Estudos tributários e aduaneiros: I Congresso da Receita Federal*. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 213-231.

⁵² MANATTA, Zayda. Intercâmbio de informações para fins tributários: combatendo a evasão tributária e preservando direitos e garantias. *Estudos tributários e aduaneiros: I Congresso da Receita Federal*. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 213-231.

com o aperfeiçoamento da proteção de dados observada nos últimos anos, na medida em que esse direito pode ser positivado como fundamental, como ocorreu no Brasil⁵³. Já a modalidade espontânea ou *Spontaneous Exchange of Information* (SEOI) se dá mediante compartilhamento voluntário de informações consideradas relevantes pelas próprias partes relacionadas ao feito⁵⁴.

À luz do panorama supra comentado, constitui fato incontestável a grande influência exercida pela OCDE na produção, aplicação e evolução do direito tributário internacional na atualidade, em que pese isso mereça as críticas recebidas no que tange ao poder decisório exercido por Estados com maior influência em relação a outros com menor capacidade de se impor geopoliticamente⁵⁵. Esse cenário global fortemente influenciado pela organização é o pano de fundo das alegações acerca da formação hodierna de normas costumeiras de direito tributário internacional.

2.3. A tese da troca de informações fiscais na modalidade a pedido como costume tributário internacional

Compreendidas as noções que compõem o conceito de costume e o contexto atual do intercâmbio de informações regulado e influenciado pela OCDE e pela União Europeia, é possível entender a tese defendida por Roberto Codorniz Leite Pereira em seu Doutorado de que a troca de informações fiscais na modalidade a pedido (EOIR) constitui costume tributário internacional. O autor identificou que as múltiplas convenções bilaterais ou multilaterais internacionais sobre a troca de informações a pedido constituíram elemento formador do EOIR Standard como costume.

Como evidências da prática estatal do EOIR Standard, Codorniz Leite Pereira apontou (I) o conjunto de convenções internacionais celebradas com o fim de promover a troca de informações fiscais entre Estados na modalidade a pedido⁵⁶, (II) a relativização progressiva pelos Estados da garantia ao sigilo de informações⁵⁷ e (III) a constatação da efetiva troca de informações por meio da imple-

⁵³ LIMA, Juciléia. Proteção de dados dos contribuintes na troca de informações fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 38, 2021, p. 34-52.

⁵⁴ MANATTA, Zayda. Intercâmbio de informações para fins tributários: combatendo a evasão tributária e preservando direitos e garantias. *Estudos tributários e aduaneiros: I Congresso da Receita Federal*. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 213-231.

⁵⁵ LIMA, Juciléia. Proteção de dados dos contribuintes na troca de informações fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 38, 2021, p. 34-52.

⁵⁶ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 368-404.

⁵⁷ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 368-404.

mentação do EOIR Standard pelos Estados⁵⁸. A existência de uma obrigação jurídica de trocar informações mediante requisição específica a qual os Estados se submetem voluntariamente por meio de convenções-modelo, convenções internacionais, declarações oficiais, submissão à revisão por pares, adequações de suas normas internas e efetiva cooperação, são as evidências apontadas pelo autor como elementos de *opinio juris*. A obrigação consiste, dessa forma, na adoção do EOIR Standard⁵⁹. Concordamos com a tese de Codorniz Leite Pereira, considerando que o estudo realizado foi apto a demonstrar a existência do *state practice* e da *opinio juris*.

No entanto, o autor entendeu que a troca de informações na modalidade automática ainda não constituía norma costumeira de direito tributário internacional, pois não visualizou elementos de evidência da *state practice* e da *opinio juris* no que se refere a essa modalidade. Ao tempo em que a tese foi escrita, justificou Codorniz que o estágio de implementação do AEOI Standard ainda era prematuro, haja vista que os Estados se comprometeram a adotá-lo por meio do MCAA, mas a efetiva troca ainda não estava acontecendo⁶⁰. Ademais, naquele momento, o autor identificou a inexistência da *opinio juris* ante a constatação de que não havia convenções-modelo a respeito da AEOI Standard, nem mesmo convenções bilaterais ou multilaterais que previssem a sua implementação, além de que inexistia um processo de revisão por pares (*peer review*), como já se observava no caso da EOIR, e o contexto internacional carecia de pronunciamentos de Estados, organizações internacionais e autoridades administrativas tributárias a seu favor⁶¹.

Não obstante, o autor não negou a vocação do AEOI Standard para constituir costume tributário internacional e afirmou que essa modalidade de troca de informações seria um costume em formação⁶². Em que pese a maioria dos argu-

⁵⁸ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 368-404.

⁵⁹ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 368-404.

⁶⁰ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 368-404.

⁶¹ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 368-404.

⁶² PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 368-404.

mentos para a não concepção do AEOI Standard como costume tributário internacional já tenha sido superada em apenas cinco anos desde que a tese de Codorniz Leite Pereira foi publicada, pois já existem muitos daqueles elementos que ele apontava como ausentes, concordamos com a sua visão de que se trata de um costume em formação. Porém, a dinamicidade da economia digital e a velocidade com que novas operações surgem e desafiam a tributação internacional demonstram que não deverá levar muito tempo para que a troca automática de informações seja verificada na prática estatal e entendida como obrigação jurídica, independentemente da existência de sua previsão em tratados ou acordos multilaterais na forma de *soft law*, mesmo porque o compromisso de adoção de modelos que elegem a troca automática de informações, como o CARF, está sendo feito pelas administrações tributárias, e não pelos poderes executivos em si, como agentes que celebram acordos ou tratados, o que demonstra ainda mais o caráter de costume atrelado a essa prática.

Sendo assim, a literatura especializada brasileira ainda carece de trabalhos que perpetuem o entendimento de Codorniz Leite Pereira, a fim de verificar os atuais indícios do costume tributário internacional e principalmente os seus benefícios, a partir, por exemplo, da investigação das atuais evidências da formação do costume de troca automática de informações fiscais. Por se tratar de um objeto amplo que não cabe no formato deste trabalho, apenas uma das demonstrações atuais de formação desse costume foi trabalhada, o CARF, que elegeu a troca automática de informações como modalidade a ser seguida e está atrelado a um dos maiores desafios da tributação internacional atual: a tributação de criptoativos.

Conclusão

Considerando que o padrão estabelecido no CARF é o da troca de informações na modalidade automática, as informações relevantes a respeito de operações com criptoativos podem ser obtidas de forma mais acurada e rápida, de modo que as administrações tributárias possam depender cada vez menos da declaração de usuários que são potenciais contribuintes para fiscalizar e apurar tributos que incidem sobre os ganhos obtidos por meio de tais operações, reduzindo o risco de não tributação nesse âmbito. Dessa forma, observa-se que a modalidade automática de troca de informações, e não a modalidade a pedido, foi expressamente selecionada como ferramenta para implementação de diretrizes de intercâmbio fiscal no que tange às transações com criptoativos, do que se depreende a sua importância para enfrentar o desafio internacional da tributação de criptoativos.

Se o AEOI Standard for amplamente adotado pelos Estados, a exemplo do que está ocorrendo em relação à intenção de adoção do CARF, será possível observar os elementos da prática estatal e da *opinio juris* se formando a partir da

colaboração entre as administrações tributárias dos Estados, de modo que a implementação do CARF pode se concretizar como uma das evidências da troca automática de informações como costume tributário internacional. Se assim ocorrer, na ausência de um tratado abrangente ou na presença exclusiva de normas de *soft law*, esse costume pode ser a única norma obrigatória apta a vincular os Estados ao seu cumprimento, o que pode afastar a atuação de paraísos fiscais a respeito de criptoativos, caso esses não se apresentem como objetores persistentes. Isso, no entanto, é matéria para outros artigos e cena dos próximos capítulos da tributação internacional.

Referências

- AVI-YONAH, Reuven S. International Tax Law as International Law. *Tax Law Review*, v. 57, 2004, p. 483-501.
- BRANT, Leonardo N. Caldeira; BIAZATTI, Bruno de O. A formação do costume internacional na atualidade. *Revista Themis*, n. 15, v. 17, jan.-jun. 2017, p. 125-169.
- BROEKHUIJSEN, Dirk; VALDERRAMA, Irma Mosquera. Revisiting the Case of Customary International Tax Law. *International Community Law Review*, v. 23, 2021, p. 79-103.
- THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Markets in Crypto-assets (MiCa) – Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937 (Text with EEA relevance), 31 maio 2023.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- G20. The Rio De Janeiro G20 Ministerial Declaration On International Tax Cooperation. 27 jul. 2024. Disponível em: <https://www.oecd.org/en/about/news/press-releases/2024/07/statement-by-the-oecd-secretary-general-g20-tax-declaration.html>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Statute of The International Court of Justice. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/statute>. Acesso em: 15 jul. 2024.
- LIMA, Juciléia. Proteção de dados dos contribuintes na troca de informações fiscais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 38, 2021, p. 34-52.
- MANATTA, Zayda. Intercâmbio de informações para fins tributários: combatendo a evasão tributária e preservando direitos e garantias. In: *Estudos tributários e aduaneiros: I Congresso da Receita Federal*. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 213-231.
- OECD. Addressing Base Erosion and Profit Shifting. Paris: OECD Publishing, 2013.

- OECD. Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard. Paris: OECD, 2022.
- OECD. International Standards for Automatic Exchange of Information in Tax Matters: Crypto-Asset Reporting Framework and 2023 update to the Common Reporting Standard. Paris: OECD Publishing, 2023.
- OECD. Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters. Paris: OECD Publishing, 2014.
- OECD. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018.
- OECD and Council of Europe. The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters: Amended by the 2010 Protocol. Paris: OECD Publishing, 2011.
- PAULSEN, Leandro. Troca de informações financeiras: a cooperação internacional mediante assistência mútua entre as administrações tributárias. In: *Estudos tributários e aduaneiros: I Congresso da Receita Federal*. Francisco Marconi de Oliveira *et al.* (coord.). Brasília: RFB, 2024, p. 233-265.
- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Soberania fiscal no direito internacional: a emergência de um novo dever internacional de cooperação em matéria fiscal a partir das fontes não escritas de direito internacional público*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Engajamento Coletivo Para Implementação da Estrutura de Intercâmbio de Informações sobre Criptoativos. 10 nov. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2023/novembro/engajamento-coletivo-para-implementacao-da-estrutura-de-intercambio-de-informacoes-sobre-criptoativos>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Subsecretaria de Fiscalização. Relatório anual da Fiscalização. Resultados 2023 e Planejamento 2024. 2024, p. 26-27. Disponível em: https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/fiscalizacao/relatorio-anual-fiscalizacao_2023-2024.pdf/view. Acesso em: 31 jul. 2024.
- RENAULT, Felipe Kertesz. *Competência tributária internacional e economia digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. Sixth edition. New York: Cambridge University Press, 2008.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Markets in Crypto-assets (MiCa) – Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No

1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937 (Text with EEA relevance), 31 maio 2023.

UHDRE, Dayana de Carvalho. *Blockchain, tokens e criptomoedas*. São Paulo: Almedina, 2021.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

As Propostas de CIDE como *Digital Services Taxes* à Luz do Fenômeno Global da Tributação da Economia Digital

Lucas Valle Martins

Resumo

O presente artigo busca analisar as propostas de tributação da economia digital atualmente em trâmite no Congresso brasileiro à luz do sistema tributário vigente, bem como do atual debate global quanto ao tema. Para tanto, foi feita uma análise holística com relação à tomada de medidas unilaterais em prol da instituição de tributos digitais, inclusive com exemplos de impostos instituídos em outros países. Além disso, buscou-se trazer as principais características dos modelos propostos e seu escopo de incidência, bem como suas motivações e atual estado de tramitação. Por fim, refletiu-se, a partir do contexto trazido e de elementos concretos, se os tributos propostos seriam, afinal, necessários à luz da realidade e demanda brasileira pela sua instituição.

Palavras-chave: tributação, impostos sobre a economia digital, tributário internacional, contribuição de intervenção no domínio econômico.

Abstract

This paper seeks to analyze the current proposals for taxation of the digital economy currently in progress before the Brazilian Congress. To this end, a holistic analysis was made of the global debate regarding unilateral measures in favor of digital taxes, including examples of taxes imposed in other countries. In addition, we sought to bring the main characteristics of the proposed models and their scope of incidence, as well as their motivations and status before Congress. At last, from the national context and concrete elements to the proposal, we analyzed whether the proposed taxes would ultimately be necessary, considering Brazil's current taxation demands and tax system's *status quo*.

Keywords: taxation; digital services taxes, international tax law, social contributions.

Introdução

Com o crescimento das empresas de tecnologia, avanços nos meios de comunicação e redução das barreiras internacionais para o comércio, nota-se, nos últimos anos, um crescente e notório processo de digitalização da economia, através do qual a geração de valor e as operações comerciais ocorrem, cada vez mais, no meio virtual.

Em virtude desse fenômeno, somado a uma demanda arrecadatória, notou-se recentemente grande atuação dos países europeus em prol da instituição de tributos incidentes sobre a chamada “economia digital”. Dentre as justificativas

fornecidas, a que mais ganhou força no discurso público foi a aparente elisão fiscal praticada por grandes empresas do setor de tecnologia, as quais se aproveitavam do fato de poderem operar sem estabelecer-se fisicamente nos países em que atuam para, mediante complexos planejamentos tributários, esquivarem-se das altas cargas tributárias impostas na Europa.

Somando-se a isso a grande publicidade atribuída pela OCDE à “tributação da economia digital”, bem como diante da oportunidade de incrementar sua arrecadação através de novas fontes tributáveis, não demorou para esse fenômeno ganhar atenção global, com o surgimento de diversas propostas de impostos digitais nos mais diferentes países, dentre os quais, o Brasil.

Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar, brevemente, o fenômeno global da tributação da economia digital, e seus reflexos em nosso país. Para tanto, este será, inicialmente, destrinchado em suas motivações e repercussões globais, o que envolve a análise quanto às diferentes abordagens propostas, principalmente sob o ponto de vista unilateral dos países que optaram por promover iniciativas de tributação da economia digital.

Feita essa contextualização, serão analisados diferentes impostos digitais instituídos por outros Estados e os modelos por eles trazidos, para fins de comparação e referência com as propostas brasileiras. Então, debruçar-se-á sobre os Projetos de Lei atualmente em trâmite perante o Congresso Nacional, os modelos propostos e as motivações e justificativas apresentadas, com vistas de compreender, afinal, se existe uma necessidade efetivamente brasileira para a sua instituição.

1. Sobre a digitalização da economia

A tecnologia abriu as portas para uma revolução no mundo empresarial. Operações comerciais que antes seriam inimagináveis tornaram-se não só viáveis, como economicamente vantajosas¹. Empresas de *software* e serviços digitais passaram a customizar seu atendimento aos seus clientes de tal forma que, através da internet, podem comercializar e implementar seus produtos no hardware de seus clientes sem necessidade de qualquer deslocamento físico, através de atendimento online pontual e *on-demand*².

Nesse sentido, percebe-se, afinal, que o impacto deste processo de “desmaterialização” das mercadorias, sob a perspectiva do direito, reestrutura toda a relação de consumo. Com a internet, os produtos deixaram de ser, necessariamente, objetos físicos, para se tornarem “a licença de uso sobre direitos de propriedade

¹ TAMANAHA, Rodolfo Tsunetaka. *Tributação e economia digital: análise do tratamento tributário dos rendimentos da computação em nuvem*. São Paulo: IBDT, 2020. Série Doutrina Tributária, v. 30, p. 50.

² OLBERT, Marcel; SPENGEL, Christoph. International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?, 9 *World Tax J.* (2017), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.

intelectual”³. Livros, músicas, filmes e *softwares* não precisam ser comprados em prateleiras, podendo se resumir a linhas de código transmitidas virtualmente, sendo adquirido pelo consumidor tão somente o direito de consumir aquele produto / conteúdo em sua essência.

Como se isso não bastasse, com o advento dos computadores, da internet e das infindáveis tecnologias que os seguiram, a própria concepção de distância sofreu drástica mudança de paradigma, em virtude da velocidade através da qual as notícias e informações agora propagam no meio virtual.

Isso se deve, em parte, ao supramencionado barateamento na estruturação das empresas, advindo dos avanços nas comunicações trazidos pela economia digital. Atualmente, fatores como regras de câmbio e custos altos de transportes de mercadorias não possuem o peso que outrora tiveram, e a crescente migração de nossa sociedade para “uma economia fundada em produtos digitais” torna possível que até mesmo empresas de pequeno porte operem em múltiplos continentes sem grandes empecilhos⁴.

Por consequência, nota-se uma mudança de paradigma. O local de residência não mais é critério suficiente para determinar, como antes, quanto da renda e da riqueza gerada por determinada companhia realmente advém daquele país. Afinal, como reiteradamente demonstrado, a relação consumerista não esbarra mais em fronteiras como outrora, em virtude do crescimento do *e-commerce* e, ainda, da capacidade logística de grandes multinacionais atenderem seus clientes onde quer que estejam, via *online*.

O mundo agora é outro, graças à nossa recém-adquirida facilidade para nos comunicar e, mais ainda, para comprar e vender. Como resultado, os tradicionais *brick-and-mortar business* não encontram o lugar que outrora tiveram no mercado⁵, e perdem espaço a cada dia para o que vêm se mostrando, afinal, como o modelo de negócios do século XXI. Entretanto, com essas inovações surgem, também, novas demandas e desafios, com as quais o direito passa a se preocupar.

1.1. A tributação internacional da economia digital: hora de mudar

Dito isso, mostra-se de profunda importância analisar de que maneira as mudanças e inovações surgidas na era da economia digital são relevantes para o

³ GALENDI JÚNIOR, Ricardo André; GALDINO, Guilherme Silva. Desafios da economia digital: do problema hermenêutico ao desequilíbrio na alocação de jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. III, p. 288.

⁴ GALENDI JÚNIOR, Ricardo André; GALDINO, Guilherme Silva. Desafios da economia digital: do problema hermenêutico ao desequilíbrio na alocação de jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. III.

⁵ BLUM, Daniel. Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? *Bulletin for International Taxation*, jun.-jul. 2015, p. 315.

direito tributário internacional. Afinal, esse se baseia muitas vezes em conceitos materiais para determinar como se dará o escopo de incidência de determinado tributo, apoiando-se em noções preestabelecidas do que é, por exemplo, “mercadoria”, “serviço” e “local de residência”. Tendo isso em vista, indiscutível a importância de se compreender se conceitos hoje adotados no âmbito do direito tributário internacional são suficientes para lidar com essa nova realidade.

Um dos primeiros problemas usualmente apontados reside no fato que, tradicionalmente, considerável parte das grandes nações adotam o critério da presença física por parte do contribuinte como um dos elementos de conexão suficiente para que esse seja tributado⁶. Referido critério tem suas raízes no princípio da territorialidade, em seu sentido formal, e tenta estabelecer parâmetro concreto do que constitui elemento de conexão suficiente entre o Estado e o indivíduo capaz de ensejar sua tributação⁷.

Entretanto, diante dessa conjuntura, pode-se dizer que a exigência da presença física para que haja jurisdição tributária tornou-se anacrônica⁸. A possibilidade de atendimento remoto, o crescimento do varejo *online* e a prestação de serviços de computação e *software* a distância são só alguns dos exemplos de operações e negócios extremamente lucrativos, capazes de auferir lucros em escala global sem que tenham, sequer, que sair de seu país de origem, ou através da instalação de suas sedes em paraísos fiscais.

1.2. A busca por um novo elemento de conexão

Em vista da desnecessidade da presença física para que empresas operem no mercado consumidor de outros países, restou evidenciado que esse critério se mostra falho para estabelecer um elemento de conexão base entre indivíduo e Estado, capaz de ensejar a tributação.

Ao analisar o problema, Miranda Stewart observa que, na medida que as empresas multinacionais (notavelmente do meio tecnológico) vão se tornando maiores e expandindo sua área de atuação, mais complexa se torna a sua estruturação e seu funcionamento. Assim, embora as referidas corporações não necessariamente se instalem fisicamente em todos os países nos quais operam, suas operações comerciais se dão em escala global e envolvem a cooperação entre agentes

⁶ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part I). *Intertax*, ed. 8-9, 1988, p. 217.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, v. 1, p. 335.

⁸ BAEZ, Andres; BRAUNER, Yariv. *Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*. Wirtschafts Universitat Wien (“WU”) International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 14, p. 4.

comissionados, depósitos e armazéns, subsidiárias, diferentes empresas parceiras e outros colaboradores⁹.

Com isso, as subsidiárias podem atuar na intermediação da relação consumidor-empresa sem que, contudo, seus lucros sejam tributáveis em todos os territórios nos quais atuam. O referido modelo, costumeiramente, consiste em remeter os rendimentos auferidos à sede da companhia no exterior a título de *royalties* pelo uso da marca e consecução de suas atividades¹⁰, os quais, conforme o Artigo 12 da Convenção Modelo da OCDE, são tributáveis no país de residência¹¹.

Diante desse cenário, uma alternativa apontada para solucioná-lo reside na busca pelo centro de “substância econômica” dessas multinacionais, a jurisdição a ser considerada como “fonte” da atividade dessas empresas¹². Afinal, conforme visto, o critério da presença física vem mostrando sintomas que demonstram sua incapacidade de lidar com os nuances e complexidades da era digital. Redirecionar o foco para onde está o seio da atividade econômica desempenhada poderia ser, então, uma saída viável para o problema.

Entretanto, como determinar onde está localizado o seio econômico de uma empresa? Vale lembrar do clássico exemplo criado por Reuven Avi-Yonah para ilustrar, frente à nova realidade trazida pela globalização, as complexidades criadas para o direito tributário internacional. O autor descreve o caminho percorrido por uma cozinha planejada, na qual essa é produzida por uma empresa sediada na Guiana, projetada nas Bermudas através de um *software* australiano (que, por sua vez, utiliza um servidor argentino), produzida com maquinário alemão na Malásia sob supervisão de artesãos italianos e, finalmente, vendida para o consumidor final nos Estados Unidos¹³.

De todo modo, o exemplo acima não deixa de considerar, afinal, a necessidade de presença física dessas corporações como elemento capaz de ensejar a tributação. Avaliar a criação um “*nexus*” relacionado a fatores econômicos envolve, em última instância, analisar fatores como o mercado consumidor, o faturamento e

⁹ STEWART, Miranda. Abuse and Economic Substance in a Digital BEPS World, 69 *Bull. Intl. Taxn.* 6/7 (2015), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, p. 4.

¹⁰ HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. WU International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 15, p. 39.

¹¹ Redação original: “Article 12 – Royalties.

Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State. [...]”.

¹² Redação original: “Article 12 – Royalties. Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State. [...]”.

¹³ AVI-YONAH, Reuven. International Taxation of Eletronic Commerce, Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting, United Nations (documento ST/SG/AC.8/2003/CRP.9). SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 344-346.

os recursos investidos pelas empresas¹⁴, elementos estes que, ao contrário da presença física, não são tão evidentes assim.

Assim sendo, deve-se considerar os efeitos práticos relativos aos “*taxing rights*” resultantes dessa opção: ao abolir a necessidade de presença física e criarem-se critérios econômicos, é certo que o número de países aptos a reivindicar seu direito à tributação torna-se maior, sendo difícil imaginar que qualquer um desses “abriria mão” de tributar essas companhias em prol de seus países de origem¹⁵. Não somente isso, mas seria necessário, também, imaginar um sistema tributário internacional no qual não perdem importância os “*corporate tax*”, à medida que esses se fundam na relação jurídica (e não econômica) entre a empresa e o Estado¹⁶.

2. Reações unilaterais – os Digital Services Taxes (DST)

Diante do esvaziamento da presença física como critério de conexão, como visto, surge como alternativa analisar a “presença econômica” das empresas em seu território como referencial para medir sua participação no mercado e, assim, determinar se essa poderia ser equiparada a um residente naquele país. Entretanto, ressalta-se que, como mostra Stewart¹⁷, nem mesmo esse critério parece ser suficiente a longo prazo. Em um cenário no qual, por exemplo, diferentes usuários comercializam itens virtuais no ambiente digital de um *videogame*, onde diríamos que está a *economic substance*? No país onde os *gamers* se encontram? Ou na localização em que os servidores do jogo estão?

De início, interessante ressaltar a proposta de Pistone e Hongler, à luz desse fenômeno, com possíveis critérios essenciais para caracterizar a presença de determinada empresa em um território. Seriam esses: (i) a prestação de serviços

¹⁴ AVI-YONAH, Reuven. International Taxation of Eletronic Commerce, Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting, United Nations (documento ST/SG/AC.8/2003/CRP.9). SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 5.

¹⁵ AVI-YONAH, Reuven. International Taxation of Eletronic Commerce, Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting, United Nations (documento ST/SG/AC.8/2003/CRP.9). SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 7.

¹⁶ AVI-YONAH, Reuven. International Taxation of Eletronic Commerce, Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting, United Nations (documento ST/SG/AC.8/2003/CRP.9). SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 7.

¹⁷ STEWART, Miranda. Abuse and Economic Substance in a Digital BEPS World, 69 *Bull. Intl. Taxn.* 6/7 (2015), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, p. 6.

digitais; (ii) a quantidade de usuários que utilizam estes serviços; (iii) o período durante o qual estes foram prestados; e (iv) a receita auferida¹⁸.

Não somente isso, mas Pistone e Hongler chamam atenção para uma questão fundamental: como evitar, com a instituição deste novo imposto, uma nova (e indesejada) bitributação? Como destacam os autores, “é de notável interesse que, não somente a definição de estabelecimento permanente baseado na presença digital, mas também as regras de alocação de receita estejam harmonizadas”¹⁹.

De todo modo, embora haja desafios e perguntas sem resposta, fato é que há a intenção de se “tributar a economia digital”. Fundamental, pois, analisar o cenário global dos Digital Services Tax, e os modelos já implementados. Nessa toada, verifica-se que, embora diversos países já os tenham instituído, estes o fizeram das mais diferentes formas, sob os mais diversos formatos. Até o momento, 34 países em diversos continentes já possuem legislações em vigor instituindo alguma espécie de tributo incidente sob a economia digital²⁰, sem contar a existência de tantos outros pendentes de aprovação, incluindo aquelas propostas no Brasil, que serão discutidas com mais profundidade adiante²¹.

2.1. Modelos de imposto digital

Como mencionado, diversos países já instituíram os chamados *digital services taxes* (DST). Vale destrinchar, nessa linha, alguns dos formatos adotados por países na América Latina ao tributar a economia digital. No caso da Argentina, foi instituído, em dezembro de 2020, um novo imposto voltado para apostas online realizadas através de plataformas digitais argentinas, sob alíquotas a partir de 2,5% para apostas feitas no país, que podem subir para até 15% caso essa se origine de um paraíso fiscal²². De modo semelhante, a Costa Rica também optou por criar um tributo incidente sobre uma área específica da economia digital, no caso, reservas turísticas feitas através de plataformas online²³.

Interessante notar que, em ambos os casos acima listados, percebe-se uma relação intrínseca entre o imposto instituído, e parte da cultura e fontes de renda

¹⁸ HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, WU International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 15, p. 26.

¹⁹ HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, WU International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 15, p. 26.

²⁰ KPMG. Taxation of the digitalized economy: Developments summary. Disponível em: <https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2021/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>.

²¹ KPMG. Taxation of the digitalized economy: Developments summary. Disponível em: <https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2021/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>.

²² Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/impuesto-indirecto-sobre-las-apuestas-online>.

²³ Disponível em: <https://www.crhoy.com/economia/hacienda-confirma-que-cobrara-impuestos-a-airbnb/>.

do país. No caso da Argentina, assim como no mundo do futebol latino, as casas de aposta virtuais vêm crescendo exponencialmente e, cada vez mais, investindo em clubes e torneios esportivos. Surge, pois, uma preocupação do governo em tributar essa atividade que, cada dia mais, mostra-se lucrativa.

Semelhantemente, o turismo contribuiu, em anos recentes, com 7,2% do PIB da Costa Rica, gerando maiores receitas para o país que a exportação de banana, abacaxi, e café juntos. Nesse sentido, verifica-se que serviços como o Airbnb, que atuam no setor turístico online, cresceram notavelmente no país nos últimos anos, tornando-se a Costa Rica o maior mercado da plataforma na região²⁴. Natural, portanto, de acordo com a tendência global, que o governo costarricense tome a iniciativa de instituir impostos sobre essas transações, como o fez.

De todo modo, outros países no continente optaram por instituir tributos mais amplos e, ainda, especificamente para não residentes. Esse foi o caso do Uruguai, que criou um *non-resident income tax* para empresas que atuem com serviços relacionados à economia digital, sob a alíquota de doze por cento²⁵. Semelhantemente, o Paraguai instituiu imposto, à alíquota de quinze por cento, sob a receita auferida por empresas estrangeiras prestadoras de serviços digitais diversos, desde provedores de televisão por satélite, até serviços de educação à distância²⁶.

Apesar da ampla gama de impostos digitais instituídos na América Latina, tendo em vista que as propostas brasileiras se inspiraram, notavelmente, no modelo de imposto digital trazido pela União Europeia, cumpre analisar em mais detalhes como funciona, na prática, um tributo instituído dentro de tais parâmetros. Assim, para fins ilustrativos, tomemos como exemplo o modelo instituído pela Espanha, qual seja, o *Impuesto Sobre Determinados Servicios Digitales* (IDSD), extremamente semelhante àqueles instituídos, por exemplo, por Itália (*Imposta sui Servizi Digitali*)²⁷ e França (*Taxe sur le numérique*)²⁸ – apelidado, inclusive, de “GAFA tax”, iniciais de Google, Apple, Facebook e Amazon).

²⁴ Disponível em: <https://news.co.cr/airbnb-platform-continues-growth-costa-rica-despite-tax-controversy/69896/>.

²⁵ KPMG. Taxation of the digitalized economy: Developments summary. Disponível em: <https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2021/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>.

²⁶ KPMG. Taxation of the digitalized economy: Developments summary. Disponível em: <https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2021/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>.

²⁷ STEFANATO, Dario. A Critical view of Italy's Digital Services Tax, 74 *Bull. Intl. Taxn.* 7 (2020), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.

²⁸ THOMAS, Leigh. France orders tech giants to pay digital tax. Reuters, publicado em 25-11-2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-france-usa-tax-idUKKBN28522M>.

2.2. O modelo espanhol

Analizando, portanto, com maior profundidade o IDSD, oficialmente instituído na legislação espanhola através da Lei n. 4/2020, nota-se que sua promulgação não foi unânime, tampouco fácil. Além da pandemia de covid-19, a pressão do governo Trump contra a instituição unilateral de impostos digitais por parte dos países europeus²⁹ são alguns dos fatores que contribuíram para que tomasse algum tempo desde sua proposta, até sua instituição³⁰.

A sistemática trazida pelo *Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales* aplica-se para empresas que tenham auferido renda global de mais de 750 milhões de euros e, simultaneamente, 3 milhões de euros a partir da prestação dos serviços previstos em lei para usuários espanhóis³¹. Mais precisamente, os serviços em questão envolvem (i) veiculação de propaganda no meio virtual, (ii) serviços diversos de mediação entre usuários digitalmente, e (iii) a transmissão de *user data*, conforme previsto nos artigos 4.6 a 4.8 da supramencionada lei. Analisemos, pois, com maior profundidade cada um destes tópicos, bem como as problemáticas percebidas na aplicação de cada um deles.

Com relação ao primeiro ponto, o IDSD incide sobre a vinculação de propaganda direcionada para usuários da internet, através de plataformas como o YouTube e o Facebook. Interessante ressaltar, como aponta Escribano³², que para evitar alegações por parte dos contribuintes relativas à ausência de direcionamento específico em sua publicidade, a redação deste dispositivo presume toda e qualquer propaganda como direcionada, sendo necessário que a companhia prove, diabolicamente, que essa não o foi.

No que se refere aos serviços de mediação, esses se encontram divididos em duas categorias: (i) plataformas que auxiliam o encontro e/ou interação entre diferentes usuários, englobando desde redes sociais até sites de avaliação, como o TripAdvisor; e (ii) plataformas que auxiliam na intermediação entre usuários para prestações de serviços e/ou compra de bens, enquadrando-se nessa categoria empresas como Amazon e Uber.

Além disso, também entra no escopo do *Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales* a transmissão remunerada de dados coletados pelas plataformas digitais de seus usuários. Nesse sentido, ressalta Escribano mais uma possível problemáti-

²⁹ HOKE, William. Spanish Senate to Vote on Digital Services and Stock Sale Taxes. Tax Notes, publicado em 5-10-2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/tax-notes-today-global/digital-economy/spanish-senate-vote-digital-services-and-stock-sale-taxes/2020/10/05/2d0yg>.

³⁰ ESCRIBANO, Eva. Day 1 of the Spanish Digital Services Tax: And Now What? A Wave of Tax Policy, Legal Interpretation and Compliance Challenges. *Intertax*, v. 49, Issue 6/7, 2021, p. 517.

³¹ KPMG. Taxation of the digitalized economy: Developments summary. Disponível em: <https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2021/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>.

³² ESCRIBANO, Eva. Day 1 of the Spanish Digital Services Tax: And Now What? A Wave of Tax Policy, Legal Interpretation and Compliance Challenges. *Intertax*, v. 49, Issue 6/7, 2021, p. 519.

ca na interpretação dos dizeres da lei, na medida que não é possível distinguir até que ponto a transmissão onerosa de um material qualquer se qualifica como *raw data* e, a partir de quando, torna-se informação já processada na forma de, por exemplo, um relatório, não se sujeitando à incidência do imposto³³.

Nota-se, tal qual ocorre nas propostas brasileiras, que as definições trazidas na legislação não são exatamente precisas, e certamente há espaço para controvérsia com relação ao enquadramento das grandes empresas no escopo delimitado pela lei. Tomemos como exemplo os serviços de mediação previstos: ao prever que não estão no escopo da lei serviços de disponibilização de conteúdo, poderiam empresas como Youtube e Twitch pleitear seu reconhecimento como tal.

Por outro lado, pode-se dizer que essas plataformas nada mais fazem que intermediar o contato entre o espectador e o criador de conteúdo, de tal sorte que sujeitar-se-ia, sim, ao IDSD. Afinal, qual seria o fator determinante para ser um, ou o outro? A presença de uma seção de comentários ou chat em tempo real? Ou quem é o produtor do conteúdo?

Vale mencionar, também, que o método para a apuração e pagamento do imposto é, tampouco, simples. Pelo contrário: diante da dificuldade para se apurar a exata quantidade de usuários no território espanhol, prevê-se o uso de estimativas feitas a partir da renda global auferida pelo grupo econômico ao qual pertence a empresa, através de complexos cálculos e sendo necessária a análise de notável volume documental para tanto³⁴.

2.3. Conclusão

Diante do panorama acima, nota-se que, embora seja o IDSD um imposto lacunar e de difícil implementação, com possíveis efeitos práticos indesejáveis (tal qual aumento no preço final para o consumidor), este possui uma motivação específica. Percebeu-se, no país e no continente, que grandes volumes de negócios eram feitos por empresas americanas na Espanha sem que, contudo, fossem “adequadamente” tributados.

É, em certa medida, motivação semelhante àquela da Argentina, para instituir seu tributo sobre apostas esportivas, ou da Costa Rica, no que se refere a serviços de locação turística. Em todos os casos houve, pois, motivação e demanda interna para além da pressão internacional, além de um nítido interesse arrecadatório. É nesse contexto que analisaremos, portanto, as propostas atualmente em trâmite legislativo no Brasil: seriam fruto de “necessidade” e/ou demanda, ou representariam, por sua vez, mais uma peça no quebra-cabeça tributário nacional?

³³ ESCRIBANO, Eva. Day 1 of the Spanish Digital Services Tax: And Now What? A Wave of Tax Policy, Legal Interpretation and Compliance Challenges. *Intertax*, v. 49, Issue 6/7, 2021, p. 520.

³⁴ ESCRIBANO, Eva. Day 1 of the Spanish Digital Services Tax: And Now What? A Wave of Tax Policy, Legal Interpretation and Compliance Challenges. *Intertax*, v. 49, Issue 6/7, 2021, p. 521.

3. Os modelos de imposto digital brasileiros

Feita a análise quanto aos tributos instituídos em outros países, cumpre, agora, traçar um breve panorama acerca das duas principais propostas de DST para o Brasil, quais sejam, (i) a CIDE-Digital (PL n. 2.358/2020); e (ii) a CIDE-Internet (PL n. 640/2021). Como se nota, não somente no presente caso, em que há a proposta de criação de duas novas CIDEs, mas também em outros exemplos encontrados em nosso direito, fato é que o legislador brasileiro frequentemente opta por, ao propor a criação de novo tributo, o fazer como Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, já foram instituídas duas CIDE (CIDE-Royalties e CIDE-Combustíveis), bem como tantas outras contribuições setoriais, dentre as quais a Contribuição ao Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Funttel), o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) e a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (Condecine). Por óbvio, o grande número de tributos sob esse formato não lhes tira, por si só, sua legitimidade ou serve de base para que os questionemos. Entretanto, verifica-se que as características que lhe foram constitucionalmente atribuídas contribuem para que, de certa forma, haja maior maleabilidade para sua instituição.

Analisando-as, pois, o art. 149 da CF/1988 prevê como competência exclusiva da União Federal a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico. Ademais, além de certos limites estabelecidos em seu § 2º, nota-se que, diferentemente do que propôs o legislador constituinte para outros tributos, este pouco regulamenta o escopo de incidência das CIDE. Nada mais natural, tendo em vista que, quando da edição do texto constitucional, não havia como se prever as áreas da economia que demandariam intervenção estatal.

Entretanto, seriam estas contribuições, afinal, quase um “cheque em branco”? Longe disso. Como nos ensina Schoueri, extraem-se do texto constitucional certas características deste tributo. Em primeiro lugar, tratando-se de intervenção na economia por parte do Estado, deve haver correlação entre seus contribuintes e o setor no qual se pretende intervir, bem como seus recursos deverão ter destinação específica, tampouco sendo esta livre e devendo se relacionar com o objeto da contribuição³⁵. Deve haver, afinal, referibilidade entre o objeto de intervenção, seus contribuintes, e o destino a ser dado aos recursos arrecadados³⁶.

Fundamental trazer, nesse diapasão, os ensinamentos de Marco Aurélio Greco a respeito da finalidade atribuída pela Constituição Federal às CIDE. Como

³⁵ SCHOUERI, L. E. Algumas considerações sobre a CIDE no Sistema Constitucional Brasileiro. A contribuição ao Programa Universidade-Empresa. In: GRECO, Marco Aurélio (Org.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, v. 1, p. 366.

³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

previamente abordado, apesar de parecerem, em primeira mão, quase irrestritos os campos atribuídos a essa como mecanismo de intervenção na economia, em verdade, esta propõe uma referência de como referido tributo deverá se comportar, dentro dos limites constitucionais e legais vigentes³⁷.

Nesse sentido, o professor ressalta três critérios usados pela doutrina para auferir se determinada lei instituiu contribuição que excede seu escopo constitucional de atuação: (i) necessidade, ou seja, se a instituição da contribuição é essencial para que se atinja o fim pretendido; (ii) adequação, visto que, mesmo que se esta se mostrar necessária, ainda deverá estar alinhada com os demais valores e regramentos insculpidos no ordenamento jurídico, assim como possuir relação entre seu objeto de incidência e seu objeto de regulamentação; e (iii) proibição do excesso, prezando por uma relação de proporcionalidade entre a necessidade de intervenção no domínio econômico e a carga tributária imposta aos seus contribuintes³⁸.

3.1. CIDE-Digital (PL n. 2.358/2020)

Analisemos, de início, o PL n. 2.358/2020³⁹, que propõe a criação da CIDE-Digital. Este foi proposto pelo Deputado Federal João Maia (PL/RN) em maio de 2020, o qual foi encaminhado para a Comissão de Comunicação do Congresso Nacional em março de 2023, onde permanece até o momento.

Na justificação constante do texto original do projeto, o congressista destaca, na linha do exposto no presente trabalho, o surgimento de grande preocupação na comunidade internacional quanto à aparente “taxação insuficiente da economia digital”, com o Projeto BEPS figurando como prova deste fenômeno. Destaca o autor, ainda, que a OCDE admitiu que seus países membros instituíssem medidas de curto prazo na forma de novos impostos, tais como “um imposto de renda retido na fonte sobre os pagamentos feitos às grandes empresas, ou de um novo imposto sobre receita bruta”, sendo a última opção a preferida dos Estados.

Quanto à justificativa para que o novo tributo assuma a forma de uma nova CIDE, o autor limita-se a afirmar que, diante das figuras tributáveis disponíveis, esta se mostrou a “mais adaptada para o propósito”. Cumpre analisar, portanto, como funcionaria, efetivamente, a contribuição proposta.

De início, vale ressaltar que a CIDE-Digital basicamente copiou o modelo proposto pela Comissão Europeia instituído por França, Itália e Espanha, o que o próprio Dep. João Maia reconhece na justificativa do PL. Assim, a contribuição incidiria sobre a receita bruta auferida por grandes empresas internacionais, com “serviços com menor risco de subtributação”. Além disso, semelhantemente ao

³⁷ GRECO, M. A. *Contribuições: uma figura “sui generis”*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 127.

³⁸ GRECO, M. A. *Contribuições: uma figura “sui generis”*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 142-143.

³⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2251395>.

IDSD analisado anteriormente, seu art. 3º prevê a ocorrência do fato gerador a partir da (i) exibição de publicidade em plataforma digital, (ii) disponibilização de plataforma digital que permita a interação entre usuários para a venda de mercadorias, e (iii) transmissão de dados de usuários localizados no Brasil.

Dando prosseguimento, tal qual no modelo europeu, os contribuintes seriam, conforme seu art. 4º, pessoas jurídicas, domiciliadas no Brasil ou não, que auferirem (i) receita bruta global superior a R\$ 3 bilhões e, simultaneamente, (ii) receita bruta superior a R\$ 100 milhões no Brasil. O objetivo deste critério seria englobar empresas estrangeiras que atuem em outros países e que, portanto, poderiam “deslocar o lucro para filiais no exterior”, ao mesmo tempo em que supostamente previne um desestímulo ao surgimento de *startups* brasileiras, que seriam prejudicadas por uma maior carga tributária que seus competidores internacionais.

Por fim, como já exposto anteriormente, é necessário que haja destinação específica para o produto da arrecadação das contribuições de intervenção no domínio econômico, devendo esta relacionar-se com o seu objeto de incidência. No caso, o PL n. 2.358/2020 propõe a destinação dos recursos auferidos ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), com vistas de “financiar a inovação e o desenvolvimento científico e tecnológico do País” e promover “o desenvolvimento econômico e social de nossa Nação”.

3.2. CIDE-Internet (PL n. 640/2021)

Por sua vez, o Projeto de Lei n. 640/2021⁴⁰, de autoria do Deputado Filipe Barros (PSL/PR), visa a criação da CIDE-Internet, que incidiria, similarmente à CIDE-Digital, sobre “a receita bruta de serviços digitais de disponibilização, distribuição, divulgação ou fornecimento de conteúdo por intermédio da internet”. Até o momento, não foram apresentadas emendas ao projeto, que se encontra apensado, desde abril de 2021, ao PL n. 2.358/2020, de sorte que também permanece na Comissão de Comunicação do Congresso Nacional

A referida proposta, tal como esperado, é semelhante ao modelo de CIDE-Digital, contudo, com hipótese tributária perceptivelmente mais abrangente. Nesse sentido, seus arts. 3º, §§ 1º e 2º, e 4º definem que será tributada a receita bruta auferida por pessoas jurídicas pela exploração de atividade econômica para usuários localizados no Brasil, entendendo-se como tanto quando o dispositivo utilizado para acessar a rede se encontrar no país, mesmo que o serviço tenha sido prestado no exterior.

Com relação à sua incidência, começam a aparecer suas diferenças. De início, em contraposição ao proposto pela CIDE-Digital, nada dispõe a CIDE-Internet

⁴⁰ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2271097>.

com relação a delimitações de seus contribuintes, de tal sorte que toda e qualquer pessoa jurídica, seja qual for seu faturamento, estaria sujeita ao seu pagamento. Além disso, seu art. 5º, § 2º, prevê que será deduzido o “valor da receita bruta informado no país para a apuração da base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa jurídica no ano-calendário”, na mesma linha em que seu art. 9º prevê a extensão das imunidades de IRPJ para a CIDE-Internet.

No que se refere à sua alíquota, o PL n. 640/2021 propõe, em seu art. 6º, um percentual único, de 3 por cento, sobre as receitas a que fazem referência seu art. 5º. Por fim, no que se refere à destinação da CIDE-Internet, o produto de sua arrecadação seria direcionado (i) a investimentos em infraestrutura para a área da educação, como equipamentos de informática e acesso à internet, e (ii) ao “financiamento de infraestrutura e projetos para defesa do Estado brasileiro e combate à guerra cibernética”.

Na justificativa do projeto, destaca seu autor, tal como no caso da CIDE-Digital, a grande movimentação internacional em prol da instituição de impostos digitais, citando-se exemplos de França e Austrália como países que, tal como supostamente se dá no Brasil, sofrem com o fato de grandes empresas de tecnologia apurarem seus resultados no exterior, apesar de prestarem seus serviços digitalmente para uma grande gama de usuários em território nacional, os quais, como defendido, atualmente não se encontram adequadamente tributados.

Além disso, ressalta-se o crescimento dos serviços de *streaming* e aumento do número de usuários da internet que, por sua vez, cada vez mais consomem conteúdo digital, criando-se um grande mercado consumidor que, supostamente, não geraria arrecadação dentro do Brasil, pelo fato de as receitas supostamente serem remetidas ao exterior.

É nesse ponto que entra mais uma grande diferença entre a presente proposta e a da CIDE-Digital: neste caso, para os contribuintes do IRPJ, propõe-se que a CIDE-Internet seria incluída na apuração de sua base, de sorte que não haveria, em princípio, aumento da carga tributária para empresas atualmente atuantes no Brasil. Isso, pois, como consta no projeto, “pretende-se tributar somente a parcela da receita que escapa da tributação nacional”.

Portanto, verifica-se que, embora ambas as propostas para tributação da economia digital destaquem, reiteradamente, a existência de um movimento global em prol destas medidas, resta nítido que nelas nada se dispõe com relação à atual tributação das empresas estrangeiras de tecnologia no Brasil como justificativa para a instituição de novo tributo. Pelo contrário: em todos os casos, essa necessidade é “importada” de outros países que, por sua vez, adotam sistemas tributários distintos e que não se assemelham, neste ponto, ao nosso.

Conclusão

Como restou demonstrado ao longo do presente trabalho, não há dúvidas de que a digitalização da economia e o crescimento das empresas atuantes no setor

trouxe novos desafios no âmbito do direito tributário internacional. Afinal, critérios tradicionalmente utilizados para caracterizar os contribuintes de determinado estado, como sua presença física, perderam a relevância que outrora tiveram. Soma-se isso à necessidade arrecadatória dos estados europeus pós-crise de 2008, e os impostos digitais tornam-se praticamente inevitáveis.

A partir daí, e com as proporções globais que a discussão acerca da tributação da economia digital ganhou, inevitável, também, sua chegada no Brasil. Como visto, existem propostas para a instituição de DSTs em nosso país, extremamente semelhantes entre si e notavelmente inspiradas no modelo proposto pela União Europeia.

De todo modo, a falta de motivação para instituição destes novos tributos há de ser, afinal, sua maior fonte de criticismo. Nesse sentido, Schoueri e Barbosa reiteram que a sub tributação de empresas de tecnologia estrangeiras não é um problema enfrentado tal como em outros países no Brasil⁴¹. Isso, pois os pagamentos feitos por residentes brasileiros ao exterior já são alvo de Imposto de Renda na fonte, de tal sorte que, não somente o trabalho de fiscalização da RFB é muito menos complexo, mas, mais importante, não haveria que se falar em perda de valores tributáveis no cenário em questão, tal qual ocorre em outras nações.

Quanto ao tema, estudos encomendados pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática do Congresso Nacional apontam no sentido contrário da alegada sub tributação das “grandes empresas de tecnologia”: em verdade, como reconhecido pela própria RFB no Requerimento de Informação n. 810/2020, empresas globais atuantes no setor pagam, proporcionalmente, mais tributos federais que aquelas atuantes em outros setores⁴².

Interessante lembrar, aqui, dos ensinamentos de Marco Aurélio Greco: além da adequação do tributo e proibição de seu excesso, há, afinal, de existir necessidade de intervenção estatal para que seja instituída contribuição de intervenção sobre o domínio econômico. Existiria, no presente caso, subtributação de empresas de tecnologia no país? Essas atuariam no Brasil de modo a demandar intervenção estatal? Ou seriam estes problemas percebidos e atacados no exterior, sendo as propostas ora discutidas mera tentativa de, como defendido em um dos projetos, não “ficar fora desse movimento”.

Ou seja, como se extrai das próprias justificativas apresentadas nos projetos de lei em referência, nota-se que a necessidade percebida pelo legislador para instituir estas contribuições advém mais de uma movimentação global neste sen-

⁴¹ SCHOUERI, L. E.; BARBOSA, M. C. Digital levy proposed in Brazil amid pressing budget: introducing or increasing digital taxation? *Transfer Pricing News*, publicado em 12-6-2020. Disponível em: <https://transferpricingnews.com/digital-levy-proposed-in-brazil-amid-pressing-budget-introducing-or-increasing-digital-taxation/>.

⁴² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2257796>.

tido, do que de uma efetiva lacuna em nosso sistema tributário que demande, por sua vez, a instituição de mais um tributo, extremamente complexo e de difícil fiscalização, em nosso já complicado sistema tributário.

Bibliografia

- AVI-YONAH, Reuven. *International Taxation of Eletronic Commerce*, Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting, United Nations (documento ST/SG/AC.8/2003/CRP.9).
- BAEZ, Andres; BRAUNER, Yariv. *Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*. Wirtschafts Universitat Wien (“WU”) International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 14.
- BLUM, Daniel. Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? *Bulletin for International Taxation*, jun.-jul. 2015.
- ESCRIBANO, Eva. Day 1 of the Spanish Digital Services Tax: And Now What? A Wave of Tax Policy, Legal Interpretation and Compliance Challenges. *Inter-tax*, v. 49, Issue 6/7, 2021.
- GALENDI JÚNIOR, Ricardo André; GALDINO, Guilherme Silva. Desafios da economia digital: do problema hermenêutico ao desequilíbrio na alocação de jurisdição. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. III.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura “sui generis”*. São Paulo: Dialética, 2000.
- HOKE, William. Spanish Senate to Vote on Digital Services and Stock Sale Taxes. Tax Notes, publicado em 5-10-2020. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/tax-notes-today-global/digital-economy/spanish-senate-vote-digital-services-and-stock-sale-taxes/2020/10/05/2d0yg>.
- HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. WU International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 15.
- KPMG. Taxation of the digitalized economy: Developments summary. Disponível em: <https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2024/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>.
- OLBERT, Marcel; SPENGEL, Chistoph. International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted? 9 *World Tax J.* (2017), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. Algumas considerações sobre a CIDE no Sistema Constitucional Brasileiro. A contribuição ao Programa Universidade-Empresa. In: GRECO, Marco Aurélio (Org.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001, v. 1.

- SCHOUERI, Luis Eduardo; BARBOSA, Mateus. Digital levy proposed in Brazil amid pressing budget: introducing or increasing digital taxation? *Transfer Pricing News*, publicado em 12-6-2020.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- STEFANATO, Dario. A Critical view of Italy's Digital Services Tax, 74 *Bull. Intl. Taxn.* 7 (2020), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.
- STEWART, Miranda. Abuse and Economic Substance in a Digital BEPS World, 69 *Bull. Intl. Taxn.* 6/7 (2015), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.
- TAMANAHARA, Rodolfo Tsunetaka. *Tributação e economia digital: análise do tratamento tributário dos rendimentos da computação em nuvem*. São Paulo: IBDT, 2020. Série Doutrina Tributária, v. 30.
- THOMAS, Leigh. France orders tech giants to pay digital tax. Reuters, publicado em 25-11-2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-france-usa-tax-idUKKBN28522M>.
- VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part I), 16 *Intertax* 216, Issue 8/9, 1988.

***Moore v. United States*: um Breve Paralelo entre a Política de Tributação de Investimentos no Exterior do Brasil e dos EUA**

Luiz Flávio Paína Resende Alves

Mestre em Taxation of Cross-Border Investment pela University of Miami.

Mestre em Direito Empresarial e especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Milton Campos. Advogado e consultor em tributação internacional.

Sonilton Campos

Juris Doctor e LL.M. em Taxation pela University of Miami.

Advogado especialista em Direito Tributário licenciado no Brasil e nos EUA.

Resumo

O presente estudo tem como escopo analisar a evolução dos conceitos de tributação sobre a renda nos Estados Unidos desde a Constituição até a recente decisão da Suprema Corte americana em relação ao caso *Moore v. United States*. Análise passa por diagnóstico do conceito inicial de renda, evoluindo para o conceito de realização da renda, a aplicação destes conceitos na reforma tributária americana de 2017 e terminando no conceito moderno de realização de renda por empresas controladas por residentes nos EUA. Posteriormente, é trazido à baila os fundamentos que levaram à decisão do referido *leading case* e como isso é acomodado dentro do sistema tributário atual dos EUA. Em seguida, buscando-se realizar uma análise de direito tributário comparado, é trazido ao debate as novenas regras tributárias da Lei Federal n. 14.754/2023, que tem como objeto principal a tributação de entidades controladas no exterior. Ao final, é realizado um estudo crítico comparando como é o atual tratamento dos EUA em relação à tributação sobre a renda ainda não realizada, sobretudo após o caso *Moore*, e como o Brasil teria possivelmente ultrapassado os limites constitucionais ao estender o conceito de renda tributável a fatos econômicos em que há absoluta abstração dos aspectos temporais e quantitativos da hipótese de incidência. Em conclusão, reitera-se a ausência de sustentação constitucional algumas regras trazidas pela Lei Federal n. 14.754/2023 e a forte tendência de judicialização das mencionadas regras, assim como ocorreu nos EUA.

Palavras-chave: sistema tributário americano, direito tributário internacional, direito comparado, imposto sobre a renda, empresas controladas no exterior, realização da renda, aspectos da hipótese de incidência, limitações ao poder de tributar, análise jurisprudencial.

Abstract

This article seeks to analyze the evolution of income taxation concepts in the United States, beginning with the Constitution and culminating in the recent U.S. Supreme Court decision in *Moore v. United States*. The analysis begins by examining the early concept of income, tracing its development through

the doctrine of income realization, and its application in the 2017 U.S. tax reform. The study concludes by addressing the contemporary concept of income realization as it applies to entities controlled by U.S. residents. The study further explores the reasoning behind the Supreme Court's decision in *Moore* and its alignment with the current U.S. tax framework. Following this, a comparative tax law analysis is presented, introducing new tax rules under Brazil's Federal Law No. 14,754/23, which primarily addresses the taxation of foreign-controlled entities. Finally, the study engages in a critical analysis comparing the U.S.'s current approach to the taxation of unrealized income, particularly in light of the *Moore* decision, with Brazil's extension of taxable income to economic events, even where there is no actual realization in time or measurable value. The analysis suggests that Brazil may have overstepped constitutional limits by broadening the concept of taxable income in this way. In conclusion, the study highlights the lack of constitutional foundation for certain provisions introduced by Law No. 14,754/23 and anticipates potential judicial challenges, similar to those seen in the U.S. following the *Moore* decision.

Keywords: U.S. tax system, international tax law, comparative law, income tax, foreign-controlled entities, income realization, aspects of the taxable event, limitations on taxing power, jurisprudential analysis.

1. Introdução e contexto histórico

A competência e a legitimidade tributária dos Estados Unidos para instituir impostos está fundamentalmente enraizada na Constituição dos EUA, especificamente, o Artigo I, Seção 8, Cláusula 1, usualmente referido como a “Cláusula de Tributação e Gastos” ou a “Cláusula de Bem-Estar Geral”.

A referida Seção concede ao Congresso o poder de estabelecer e cobrar impostos, direitos, imposições e tributos sobre o consumo, para pagar as dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos. Esta cláusula exige que todas as imposições tributárias sejam uniformes em todos os Estados Unidos, estabelecendo uma base ampla para a tributação federal. Além disso, a Décima Sexta Emenda, ratificada em 1913, autoriza explicitamente o governo federal a cobrar impostos sobre a renda que tenha origem em qualquer fonte, sem repartição entre os Estados ou limitação a qualquer dado baseado em pesquisas de censo.

Segundo os princípios e a lei tributária dos EUA, “renda” é amplamente definida para abranger todas as fontes de ganho econômico. De acordo com o Código da Tributário Americano, ou Internal Revenue Code (IRC), especificamente a Seção 61(a), a renda bruta inclui “toda a renda de qualquer fonte derivada”. Esta definição abrangente abrange vários tipos de benefícios econômicos, incluindo salários, renda de negócios, ganhos imobiliários, juros e dividendos, aluguéis e *royalties*, pensões alimentícias, anuidades, pensões, perdão de dívidas, entre outras.

A interpretação da Suprema Corte de “renda” amplia ainda mais seu escopo, encapsulando qualquer “acréscimo inegável de riqueza, claramente realizado, e

sobre o qual os contribuintes têm domínio completo” (*Commissioner v. Glenshaw Glass Co*¹). Esta interpretação garante que a maioria das formas de ganho econômico, seja em dinheiro ou outras formas, esteja sujeita à tributação federal, reforçando o alcance extensivo do sistema tributário dos EUA.

No que tange ao aspecto temporal da hipótese de incidência do imposto sobre a renda, desde os anos 20, quando do julgamento do paradigma *Eisner v. Macomber*², a construção jurisprudencial da tributação americana foi moldada tendo como base a ideia de que a incidência somente poderia ocorrer quando houvesse um evento de realização – ou seja, um ganho econômico claro e mensurável, que o contribuinte pudesse dispor da renda tributável.

A necessidade deriva da proteção constitucional americana à tributação sobre o patrimônio, que precisa ser repartida entre os Estados para que tivesse validade na Constituição – chamados *direct taxes* – e a tributação sobre a renda em si, que não necessita dessa repartição e poderia ser instituída pelo Governo Federal – classificados como *indirect taxes*.

Como parte do Revenue Act de 1962, foi criado o Subpart F (IRC §§ 951-965), para tributar certos tipos de rendimentos passivos ou facilmente transferíveis de empresas controladas por contribuintes americanos no exterior, ou Controlled Foreign Corporation (CFC). Esses rendimentos foram considerados imediatamente tributáveis para os contribuintes americanos, mesmo que ainda não tivessem sido repatriados em distribuição, o que iria contra o dogma do evento de realização como gatilho para a tributação pelo Imposto sobre a Renda.

A constitucionalidade do Subpart F nunca chegou a ser analisada diretamente pela Suprema Corte americana, tendo sido sustentada nos Circuit Courts³ em grande parte com base na interpretação de que o Congresso tem autoridade para definir e tributar a “renda” sob a 16ª Emenda. A lógica aqui é que certos rendimentos de CFCs, embora não realizados no sentido tradicional, representam um aumento claro na riqueza, que pode ser tributado, na medida em que pudesse ser atribuído a um determinado contribuinte americano.

2. Reforma tributária de 2017 – *Tax Cuts and Jobs Act*

Em 2017, sob a tutela do governo Trump, o Congresso Americano instituiu o “*Tax Cuts and Jobs Act*”, que implementou reformas substanciais na legislação tributária americana, inclusive no âmbito internacional, destacando-se o GILTI Tax (Global Intangible Low-Taxed Income), que representou uma mudança significativa na política tributária dos Estados Unidos em relação às corporações multina-

¹ *Commissioner v. Glenshaw Glass Co.*, 348 U.S. 426 (1955).

² *Eisner v. Macomber*, 252 U.S. 189 (1920).

³ *Garlock, Inc. v. Commissioner*, 489 F. 2d 197 (2d Cir. 1974); *Rodriguez v. Commr.*, 726 F.3d 443 (5th Cir. 2013).

cionais, tendo como objetivo principal a contenção do escoamento de lucros de empresas americanas para jurisdições de baixa tributação. Assim, o GILTI Tax buscou garantir que as empresas americanas pagassem um nível mínimo de imposto sobre seus rendimentos globais.

O BEAT (*Base Erosion and Anti-Abuse Tax*) foi outra medida de impacto no TJCA. Trata-se de uma espécie de “cheque em branco” dado ao IRS, mediante a positivação de um dispositivo de lei que reserva o direito ao fisco americano em avaliar com certa discricionariedade eventuais pagamentos dedutíveis por partes relacionadas de grandes corporações no exterior. Assim, ao impor um imposto mínimo sobre pagamentos a afiliadas estrangeiras, o BEAT visou garantir que essas corporações contribuam com sua parte justa de impostos sobre a renda gerada nos EUA.

O TCJA promulgou, ainda, uma estratégia de repatriação de fundos para os EUA: por meio da inclusão da Seção § 245A no IRC, os dividendos de subsidiárias estrangeiras distribuídos às corporações americanas seriam integralmente dedutíveis, respeitadas determinadas condições, permitindo que os lucros gerados em operações no exterior pudessem ser transferidos às matrizes americanas sem tributação adicional. Esta disposição teve um impacto significativo nas estratégias financeiras das corporações multinacionais, incentivando-as a trazer de volta os lucros estrangeiros aos EUA sem enfrentar os encargos fiscais adicionais a nível corporativo.

Contudo, a benesse tributária não veio sem uma contrapartida: o MRT (*Mandatory Repatriation Tax*), previsto no § 965 do IRC. Esse imposto, também conhecido como “imposto de transição” ou “imposto de repatriação obrigatória”, foi instituído para incidir sobre os lucros acumulados após 1986 de subsidiárias estrangeiras de acionistas norte-americanos, marcando uma mudança importante em direção a um sistema de tributação majoritariamente territorial.

Diante disso, os acionistas norte-americanos foram obrigados a incluir em sua renda bruta sua parcela proporcional dos lucros e ganhos acumulados da corporação estrangeira, sujeito a um imposto único com taxas reduzidas (15,5% para dinheiro e 8% para ativos não monetários).

A medida logo ganhou grande repercussão nas cortes tributárias. Seria constitucional instituir uma tributação sobre a renda de forma retroativa? E mais: seria esta renda considerada “realizada” como restou definido no caso *Macomber*? Não seria uma violação frontal à 16ª Emenda da Constituição, que autorizaria tributação apenas sobre ganho realizado?

3. *Moore v. United States* – a importância conceitual do *leading case*

A situação ganhou forma quando a Suprema Corte Americana, em junho de 2023, aceitou julgar o caso *Moore v. United States*, em que os demandantes (na qualidade de minoritários) possuíam ações de uma empresa estrangeira (CFC)

que fornece suprimentos a agricultores na Índia. Em razão dos lucros acumulados desta empresa, o IRS (Internal Revenue Service) exigiu o casal Charles e Kathleen Moore pagassem US\$ 14.729 em imposto de renda sobre o rendimento acumulado ao longo de anos, mesmo que não distribuídos.

Chega a ser curioso como a Suprema Corte escolhe julgar um caso com valores monetários relativamente pequenos para um desfecho que pode resultar em bilhões ou até trilhões de dólares como consequência arrecadatória. Isto porque uma decisão a favor dos *Moore* poderia ter implicações amplas para várias provisões do Código Tributário que tratam de tributação de rendimentos não realizados pelos beneficiários finais, como as regras do Subpart F, GILTI, e outras medidas destinadas a combater a evasão fiscal internacional.

Desde o início, o caso *Moore* gerou uma série de opiniões concordantes e divergentes entre os juízes da Suprema Corte. A decisão final, proferida em 20 de junho de 2024, manteve o lançamento tributário a favor do governo, mas com uma opinião restrita e de aplicação limitada, como reconheceu a própria Corte.

O Justice Kavanaugh, escrevendo para a maioria, afirmou que o Congresso tem autoridade para tributar a renda dos acionistas com base na parte dos lucros realizados pela entidade no exterior, mesmo que esses lucros não tenham sido distribuídos diretamente a eles. Esta decisão foi significativa, pois confirmou o amplo poder do Congresso para tributar a renda, incluindo certos tipos de lucros corporativos não distribuídos, mantendo a estrutura tributária existente e evitando criar um precedente que poderia desestabilizar disposições fiscais de longa data.

Contudo, o Justice Kavanaugh afirmou em uma nota de rodapé que sua opinião não resolve a questão de saber se o Congresso poderia impor um imposto sobre grandes fortunas, como o proposto pela Senadora Elizabeth Warren em 2020⁴, o que poderia, então, ser novamente tratado como um imposto sobre propriedade, e não sobre a renda.

A parte mais prejudicial da opinião para os defensores dos impostos sobre grandes fortunas é a distinção entre impostos “diretos” e “indiretos”, mormente porque a Constituição Americana exige que os impostos diretos sejam proporcionais à população de cada estado. Kavanaugh observou que essa exigência torna difícil a aplicação de impostos diretos, já que a riqueza e a renda não são distribuídas uniformemente entre os estados.

Além dos obstáculos constitucionais, há desafios práticos significativos na implementação de um imposto sobre a riqueza. Determinar o valor exato dos

⁴ O chamado “Ultra-Millionaire Tax”, que seria devido pelos contribuintes com patrimônio mínimo de Usd 50 milhões, à alíquota de 2% ao ano, com um adicional de 4% para aqueles com patrimônio superior a Usd 1 milhão (<https://elizabethwarren.com/plans/ultra-millionaire-tax>, acesso em: 8-7-2024).

ativos de um investidor rico pode ser extremamente difícil, especialmente no caso de obras de arte únicas ou empresas familiares não negociadas publicamente.

Ao final, o caso *Moore* manteve o *status quo*, permitindo a tributação de rendimentos corporativos não distribuídos aos acionistas, sugerindo, contudo, que futuros impostos sobre o acréscimo de riqueza ou patrimônio – e não sobre o que forem considerados rendimentos realizados e atribuíveis a contribuintes – seriam inconstitucionais e impraticáveis.

4. Aplicação do direito comparado: caso *Moore* e a nova Lei de Tributação de CFCs brasileira – Lei n. 14.754/2023

O desfecho do caso *Moore* chega ao conhecimento da comunidade jurídico-tributária brasileira poucos meses após a publicação da Lei n. 14.754/2023, por meio da qual o Brasil buscou alinhar-se ainda mais às políticas de tributação internacional que vêm sendo instituídas em diversos países para desincentivar e limitar o diferimento da tributação sobre lucros auferidos no exterior.

Por meio de um sistema híbrido, que permitiu ao contribuinte, ao contrário da legislação americana, escolher se poderia continuar com o diferimento tributário (em troca de uma abertura total das informações ao fisco brasileiro sobre a estrutura detida no exterior) ou passar a tributar anualmente os resultados das empresas controladas, atendidos determinados requisitos da lei (mantendo, nesse caso, a opacidade em relação às informações dos ativos detidos pela entidade estrangeira)⁵, pode-se concluir que o Brasil, no que tange ao alcance das regras antidiferimento, foi muito além do que os Estados Unidos buscaram por ocasião do MRT.

Isso porque, de acordo com a legislação brasileira⁶, o que será objeto de tributação anual pelo Imposto de Renda, à alíquota de 15%, serão os lucros, “apurados de forma individualizada, em balanço anual da controlada, direta ou indireta, no exterior [...] em 31 de dezembro do ano em que forem apurados no balanço, independentemente de qualquer deliberação acerca da sua distribuição”.

A situação se agrava no momento que a Lei n. 14.754/2023 estabelece que os lucros das entidades controladas no exterior deverão ser apurados em observância aos padrões internacionais de contabilidade (*International Financial Reporting Standards* – IFRS) ou aos padrões contábeis brasileiros. Contudo, em caso de empresas situadas em paraísos fiscais ou que apurem 60% ou mais de renda passiva, a utilização dos padrões contábeis brasileiros se torna obrigatória.

Nesse contexto, a Receita Federal do Brasil (RFB) já sinalizou que, “Como regra geral, as aplicações financeiras são contabilizadas a valor justo, com as con-

⁵ Art. 8º da Lei n. 14.754/2023.

⁶ Art. 5º da Lei n. 14.754/2023, em especial na regra expressa no § 10.

trapartidas sendo registradas no resultado do exercício, de acordo com o disposto no CPC 48 e no IFRS 9. [...]”⁷.

Na prática, o que a legislação fiscal brasileira determina é a tributação anual da valorização patrimonial da entidade controlada. O valor do patrimônio líquido da entidade que for superior ao valor computado em 31 de dezembro do ano anterior deverá ser oferecido à tributação pelo simples fato de ter ocorrido uma variação patrimonial positiva. Note-se que não há referência à realização de lucros pela entidade, mas uma mera variação de seu valor contábil, refletida em seu balanço patrimonial.

Esse é o ponto sensível que diferencia a posição da política fiscal americana daquela adotada pelo legislador brasileiro: ao passo que, nos EUA, permanece como requisito à tributação do sócio o fato de que a renda, ainda que não distribuída, já poderia ser efetivamente apurada e alocada como pertencente a determinado contribuinte, no Brasil uma variação positiva de uma posição imobilizada em um investimento de longo prazo, por exemplo, já deveria ser oferecido à tributação independente do fato de que aquela valorização fosse, a termo, de fato ser realizada e se converter em disponibilidade efetiva ao controlador.

Em outras palavras, ainda que não distribuída, a renda ou lucro tributado pela nova legislação americana incidiria sobre um signo de riqueza efetivamente materializado, não temporário dentro de seu aspecto temporal de incidência. No Brasil, contudo, a tributação passa a incidir sobre uma renda ou lucro que, dentro do aspecto temporal de incidência, pode até ser calculado e compor uma base impositiva, mas, na prática, muitas vezes termina por refletir apenas um momento transitório dentro da apuração do valor patrimonial da entidade, sem que sua materialidade possa ser assegurada e transferida ao sócio a quem poderiam ser atribuídos esses resultados.

A diferença é brutal: se a tributação incide sobre um valor teórico que pode não vir a existir em um momento de efetiva realização posterior, a exemplo de um investimento financeiro que, ao fim de um exercício, acumulava um rendimento positivo, apurável em balanço, mas que, quando efetivamente liquidado, em exercício seguinte, terminou como prejuízo, é forçoso concluir que a legislação brasileira estabeleceu, a bem da verdade, uma tributação sobre o patrimônio e não sobre a renda ou lucro.

É possível que em algumas situações essas posições venham a convergir e o lucro inicialmente tributado efetivamente se materialize quando da liquidação (realização) da operação, com ganho para a empresa e, conseqüentemente, seu sócio, mas não é admissível tributar essa variação patrimonial transitória pelo

⁷ Resposta 29. Brasil. Perguntas e respostas da Lei n. 14.754/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receitaefederal/pt-br/assuntos/noticias/2024/abril/receita-federal-e-secretaria-da-reforma-tributaria-lancam-atualizacao-do-perguntas-e-respostas-sobre-tributacao-de-rendimentos-no-exterior/perguntas-e-respostas-offshores-lei-14-754-e-in-rfb-2-180.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.

imposto de renda, que, à luz dos arts. 43 do CTN e 153, III, da Constituição Federal/1988, tem seu aspecto material limitado à renda ou proventos de qualquer natureza, quando aquilo que se apresenta – até o momento em que o investimento é liquidado e está disponível para o sócio da empresa no exterior – como uma mera mutação no valor patrimonial da empresa. Nesse cenário, a incidência do imposto de renda implica violação à vedação da utilização do tributo como forma de confisco, prevista no art. 150, VI, da Carta Magna.

Voltando ao caso *Moore*, é de se notar que a Suprema Corte americana foi precisa ao delimitar seu alcance: essa decisão, que autoriza a tributação sobre lucro realizado pela entidade, ainda que não efetivamente distribuído aos sócios, não deve ser lida como autorização para nenhum esforço hipotético para tributar tanto a entidade quanto seus sócios sobre a mesma renda não distribuída pela entidade⁸.

Esse efeito indesejado, que configuraria bitributação sobre o patrimônio, implicando a inconstitucionalidade do MRT devido ao requisito de divisão proporcional entre os Estados para os *direct taxes*, acaba ocorrendo no Brasil quando a legislação determina que devem ser tributadas meras mutações patrimoniais das empresas controladas por brasileiros no exterior.

Note-se que a distinção, ainda que aparentemente sutil, é relevante: uma situação é tributar o lucro auferido, realizado e não distribuído por deliberação de seu controlador, como foi o caso quando da instituição da tributação dos lucros das controladas no exterior pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, que posteriormente teve sua constitucionalidade confirmada pelo STF no que se refere ao lucro não distribuído das entidades controladas. Nessa situação, existe um lucro apurado pela entidade que pode ser alocado e reconhecido como de titularidade do sócio. A legislação, então, altera o aspecto temporal de incidência para presumir que, existindo um controle sobre a distribuição, essa riqueza, ainda que permaneça no exterior, possa ser tributada, o que se assemelha ao proposto pelo MRT do IRC § 965, agora validado pela Suprema Corte americana nessa mesma extensão.

Situação completamente distinta, todavia, é a tributação de uma mera mutação no valor do patrimônio líquido de uma empresa controlada sem que a própria entidade em si, ainda que controlada, não tenha auferido nenhum lucro decorrente de realização ou liquidação de qualquer ativo ou operação, como determina o art. 8º da Lei n. 14.754/2023.

⁸ That said, we emphasize that our holding today is narrow. It is limited to: (i) taxation of the shareholders of an entity, (ii) on the undistributed income realized by the entity, (iii) which has been attributed to the shareholders, (iv) when the entity itself has not been taxed on that income. In other words, our holding applies when Congress treats the entity as a pass-through. (*Moore v. United States*, 602 U. S. (2024))

Existe, nesse momento, uma expectativa de direito sobre um resultado positivo, ainda não materializado, mas que certamente não configura rendimento auferido ou melhor, renda, passível de tributação anual pelo imposto de renda. Em outras palavras, pode-se afirmar que o aspecto quantitativo e temporal da hipótese de incidência tributária ainda não se consolidaram, não havendo bases sólidas para eventual fato gerador do imposto sobre a renda.

E nem se diga que o § 2º do art. 43 do CTN, incluído pela Lei Complementar n. 104/2001, autorizaria a tributação a partir da previsão de que, “na hipótese de receita ou rendimento auferido do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade” para fins de incidência do imposto de renda. Para que se possa dispor sobre o momento da disponibilidade, é necessário, por uma questão lógica, que haja disponibilidade antecedente, ou seja, que a renda tenha efetivamente se materializado, ainda que sob a titularidade da empresa do exterior no momento da apuração. Não encontramos fundamento nesse dispositivo legal, todavia, para justificar a tributação pelo imposto de renda, na pessoa do sócio, de uma suposta renda que, no momento da incidência, represente apenas a uma variação patrimonial temporária.

5. Conclusão

A decisão final da Suprema Corte Americana no caso *Moore*, portanto, serve como uma ilustração de como podem ser adequadas e legalmente aplicadas as normas que visam prevenir o diferimento ilimitado da renda auferida pelos contribuintes no exterior sem que isso venha a constituir a tributação efetiva sobre o patrimônio, que, se nos EUA, sofrem limitação e controle por necessitarem ser partilhados proporcionalmente entre todos os Estados de acordo com a 16ª Emenda à Constituição Americana, no Brasil estariam atentando diretamente contra a limitação constitucional ao poder de tributar constante do art. 150, IV, da Constituição Federal em impedir a utilização de tributo com efeito de confisco quando se impõe ao contribuinte o pagamento do imposto de renda sob aquilo que efetivamente não se constitui renda.

A distinção entre os dois sistemas é clara: enquanto os EUA tributam a renda efetivamente materializada e atribuível, o Brasil adota uma abordagem que pode levar à tributação de variações patrimoniais temporárias, potencialmente violando princípios constitucionais. A decisão final da Suprema Corte no caso *Moore* serve como um exemplo de como regulamentações antidiferimento podem ser aplicadas de forma justa, sem impor uma tributação confiscatória sobre o patrimônio.

Resta aguardar quem serão os *Moore* brasileiros, a apresentar essa relevante questão ao STF para que este realize sua interpretação conforme a Constituição brasileira em face das limitações constitucionais ao poder de tributar constantes de seu texto, o que certamente deve ocorrer em futuro breve.

Referências

- BRASIL. Câmara Legislativa. Lei n. 14.754/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114754.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.
- BRASIL. Perguntas e respostas – *Offshores* – Lei n. 14.754 e IN RFB n. 2.180. Ministério da Fazenda. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2024/abril/receita-federal-e-secretaria-da-reforma-tributaria-lancam-atualizacao-do-perguntas-e-respostas-sobre-tributacao-de-rendimentos-no-exterior/perguntas-e-respostas-offshores-lei-14-754-e-in-rfb-2-180.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- ESTADOS UNIDOS. Commissioner *v.* Glenshaw Glass Co., 1955. Supreme Court of the United States, 348 U.S. 426.
- ESTADOS UNIDOS. Eisner *v.* Macomber, 1920. Supreme Court of the United States, 252 U.S. 189.
- ESTADOS UNIDOS. Garlock, Inc. *v.* Commissioner, 1974. United States Court of Appeals for the Second Circuit, 489 F. 2d 197.
- ESTADOS UNIDOS. Legal Information Institute. 26 U.S. Code. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/>. Acesso em: 8 jul. 2024.
- ESTADOS UNIDOS. Moore *v.* United States, 2023. Supreme Court of the United States, 598 U.S. (2023).
- ESTADOS UNIDOS. Rodriguez *v.* Commissioner, 2013. United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 726 F.3d 443.
- WARREN, Elizabeth. Ultra-Millionaire Tax. Disponível em: <https://elizabethwarren.com/plans/ultra-millionaire-tax>. Acesso em: 8 jul. 2024.

Tributação Internacional do Mercado de Créditos de Carbono: Complicações Relativas à sua Natureza Jurídico-Contábil

International Taxation of the Carbon Credit Market: Complications Related to Its Legal and Accounting Nature

Pedro Alaminos Gonçalves

Especialista em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Graduado em Direito pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Graduando em Ciências Contábeis pela Faculdade Fipecafi. Advogado em São Paulo. *E-mail*: palaminosg@gmail.com.

Resumo

O presente trabalho busca levantar as principais normas e posicionamentos oficiais vigentes, bem como projetos de normas com reconhecida relevância ao tema, que caracterizam os créditos de carbono no Direito Brasileiro, indicando potenciais cenários de definição desses institutos, bem como quais as consequências da aplicação dos tratados para evitar a dupla tributação da renda no formato da Convenção Modelo da OCDE de 2017 sobre essas definições. O artigo conclui que a melhor resolução para a o regramento jurídico nacional dos créditos de carbono é uma diferenciação entre o crédito em si e o título transacionado, classificando o primeiro como ativo intangível e o segundo como derivativo. Nessa linha, as operações de transação desses derivativos devem sofrer aplicação do art. 7 da Convenção Modelo, reconhecendo os valores como lucros das empresas e os sujeitando apenas à tributação no estado de residência dela.

Palavras-chave: créditos de carbono, tributação internacional, tratados para evitar dupla tributação, direito ambiental, direito tributário.

Abstract

This work seeks to survey the main current official standards and positions, as well as draft standards with recognized relevance to the topic, which characterize carbon credits in Brazilian Law, indicating potential scenarios for defining these institutes, as well as the consequences of applying the treaties to avoid double taxation of income in the format of the 2017 OECD Model Convention on these definitions. The article concludes that the best resolution for the national legal regulation of carbon credits is a differentiation between the credit itself and the traded security, classifying the first as an intangible asset and the second as a derivative. Along these lines, transaction operations involving these derivatives must be subject to the application of art. 7 of the Model Convention, recognizing the amounts as company profits and subjecting them only to taxation in the state of residence.

Keywords: carbon credits, international taxation, treaties to avoid double taxation, environmental law, tax law.

Introdução

Com o avanço da temática de necessidade de maior responsabilidade ambiental por parte de agentes públicos e privados, mais recursos têm sido direcionados para iniciativas com o objetivo de reduzir emissões de carbono para a atmosfera. Esse esforço internacional conta com forte protagonismo brasileiro, que, a título de exemplo, representa, mais de 30% do total de áreas cobertas por iniciativas do programa de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal (REDD+), que será melhor elaborado posteriormente, conforme levantamento do *Congressional Research Service*¹.

Talvez a mais tradicional dessas medidas, o mercado de créditos de carbono, representa não apenas uma importante forma de redução de emissões de gases que colaboram para o aquecimento global, mas também uma relevante força econômica no país, com o volume de negociação de créditos de descarbonização da modalidade CBIO tendo ultrapassado os R\$ 8 bilhões, conforme dados do Ministério de Minas e Energia².

Todavia, como será elaborado nos itens que seguem, há uma grave falta no direito brasileiro atual quanto à correta caracterização jurídica e contábil desses créditos, cujos reflexos tributários são de grande relevância. Especificamente quanto à temática do Direito Tributário Internacional, a falta de clara definição jurídico-contábil definitiva sobre o tema no Brasil gera insegurança quanto à correta caracterização das operações envolvendo créditos de carbono nos tratados para evitar a dupla tributação da renda firmados pelo Brasil com demais países.

O presente artigo está dividido da seguinte forma: de início será apresentado de forma breve o histórico geral da conceituação de créditos de carbono com base em acordos internacionais sobre o clima. Em seguida, será discutida a forma que o direito brasileiro trata e caracteriza os créditos de carbono. Por fim, será discutido o enquadramento dos créditos de carbono dentro dos tratados para evitar a dupla tributação da renda.

¹ SHEIKH, Pervaze A.; RIDDLE, Anne A.; PROCITA, Kezee; HOOVER, Katie (comp.). *Reduction in Emissions from Deforestation and Forest Degradation (REDD+)*. Washington: Congressional Research Service, 2021, p. 12-13. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46952>. Acesso em: 31 jul. 2024.

² MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Volume de negociação de créditos de descarbonização (CBIOs) ultrapassa os R\$ 8 bilhões*, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/volume-de-negociacao-de-creditos-de-descarbonizacao-cbios-ultrapassa-os-r-8-bilhoes>. Acesso em: 31 jul. 2024.

1. Histórico internacional dos créditos de carbono

Embora já existissem iniciativas semelhantes anteriormente³, a histórica internacional dos mercados de crédito de carbono começa com o Protocolo de Quioto de 1997, promulgado pelo Decreto n. 5.445, de 12-5-2005, cujo art. 12 descreve o mecanismo de desenvolvimento limpo, que permite que reduções certificadas de emissões de partes do Protocolo possam ser utilizadas por outras partes do Protocolo para o atingimento de suas metas de redução. Em outras palavras, o Protocolo de Quioto descrevia que, por meio de entidades certificadoras, seria possível reconhecer créditos de redução de emissões por determinada parte, que, por sua vez, podem ser adquiridos por outras partes que realizam emissões de carbono para que as metas de redução previstas no anexo B do protocolo possam ser atingidas. Já nesse momento, conforme o art. 12, § 5º, *c*, é de que essas reduções devam ser adicionais, ou seja, de que essa atividade não ocorreria antes da intervenção (exigência de redução e possibilidade de venda de créditos de carbono), bem como que a atividade seja distinta da sua base, isso é, a atividade que já seria esperada sem a intervenção do programa de redução de emissões⁴.

Todavia, como, nos termos do art. 3º do Protocolo de Quioto, o período de compromisso dos signatários era apenas até 2012, com o seu fim houve a necessidade da negociação de novo tratado, que foi feito com o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, promulgado pelo Decreto n. 9.073, de 5-6-2017. Na mesma linha do presente anteriormente, o art. 6º da Convenção de Paris estabelece que é possível a cooperação voluntária entre as partes da convenção para o “uso de resultados de mitigação internacionalmente transferidos”, ou seja, reconhecendo novamente o mercado internacional de créditos de carbono.

Atualmente, também é necessário falar da REDD+, política da Organização das Nações Unidas reconhecida pelo Acordo de Copenhague de 2009⁵, que indicou alternativas de mercado, como créditos de carbono, como uma das saídas eficientes para mitigação de emissões de gases estufa em seu item III-D⁶.

³ Um exemplo de programa anterior é o estadunidense *Clean Air Act*, de 1977, que já previa a compensação de emissões de gases estufa de uma empresa com a redução de emissão de outra, caso a outra empresa fosse remunerada para isso. *Vide*: GILLENWATER, Michael. What is Additionality? Part 1: A long standing problem. Washington: Greenhouse Gas Management Institute, 2012, p. 10. Disponível em: https://ghginstitute.org/wp-content/uploads/2015/04/AdditionalityPaper_Part-1ver3FINAL.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁴ GILLENWATER, Michael. What is Additionality? Part 1: A long standing problem. Washington: Greenhouse Gas Management Institute, 2012, p. 21. Disponível em: https://ghginstitute.org/wp-content/uploads/2015/04/AdditionalityPaper_Part-1ver3FINAL.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Draft decision -/CP.15. 2009, p. 3. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/l07.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010. Addendum: Part Two:

2. Natureza jurídico-contábil dos créditos de carbono no Brasil

Dado o cenário internacional que trata do tema de créditos de carbono, avançamos para uma descrição da sua natureza jurídico-contábil no ordenamento jurídico nacional.

Partindo de pronunciamentos feitos pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), há que se destacar, inicialmente, que não há um entendimento geral no formato de uma Instrução Normativa ou Solução de Consulta (SC) da Coordenação-Geral de Tributação. Há, entretanto, três pronunciamentos sobre o tema, todas do mesmo ano: a SC DISIT/ SRRF05 n. 24, de 22-7-2009, e as SCs DISIT/SRRF06 n. 192 e 193, ambas de 16-12-2009, e com identidade de posicionamentos e conclusão.

A SC DISIT/ SRRF05 n. 24/2009 entende que a emissão de gases poluentes se trata de uma prerrogativa, visto ser possível uma individualização do ônus dessa poluição. Assim, seria possível transferir parcelas desse limite de poluição não utilizado que se trata de um bem intangível do titular e, por consequência, a venda de créditos de carbono representaria uma cessão desse direito de poluir de uma parte para outra, o que pode ser realizado a título oneroso ou não.

As SCs DISIT/SRRF06 n. 192 e 193/2009, por sua vez, seguem a mesma linha, indicando se tratar de um ativo que representa a prerrogativa de poluir de uma pessoa que é passível de valoração econômica e transferível para outra pessoa, representando assim uma cessão de direito.

Posteriormente, a Lei n. 12.727, de 17-10-2012, inseriu no Código Florestal, Lei n. 12.651, de 25-5-2012, o inciso XXVII do *caput* do art. 3º da lei, que define crédito de carbono como “título de direito sobre bem intangível e incorpóreo transacionável”. Enquanto essa é, até o momento, a única definição legal, há o problema de que não há nessa norma uma determinação de se o crédito de carbono deve ser classificado como ativo financeiro ou intangível, bem como qual a natureza dessa transação.

Em 26-12-2017, por sua vez, foi publicada a Lei n. 13.576, que estabeleceu a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), bem como criou a figura dos créditos de descarbonização (CBios), crédito de carbono gerado a partir da produção de biocombustíveis, mas também restou silente quanto a natureza desses créditos, apenas os definindo como “instrumento registrado sob a forma escritural, para fins de comprovação da meta individual do distribuidor de combustíveis de que trata o art. 7º desta Lei” no inciso V do seu art. 5º. Ademais, os emissores de CBios são, explicitamente, “produtor ou importador de biocombustível, autorizado pela ANP, habilitado a solicitar a emissão de Crédito de Descarbonização em quantidade proporcional ao volume de biocombustível produzido ou impor-

tado e comercializado, relativamente à Nota de Eficiência Energético-Ambiental constante do Certificado da Produção Eficiente de Biocombustíveis, nos termos definidos em regulamento”, nos termos do inciso VII do art. 5º da referida lei. Ademais, trata-se de espécie de crédito específica para o setor de biocombustíveis, não sendo assim aplicável para demais situações, resultando no mesmo efeito de falta de universalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro que as SCs DISIT mencionadas anteriormente.

O Decreto n. 11.003, de 21-3-2022, em seu art. 3º, III, com redação do Decreto n. 11.075, de 19-5-2022, descreve os créditos de metano como “ativo financeiro, ambiental, transferível e representativo de redução ou remoção de uma tonelada de metano, que tenha sido reconhecido e emitido como crédito no mercado voluntário ou regulado”. Ademais, o referido Decreto n. 11.075/2022 também dispõe sobre a natureza dos créditos de carbono, dando semelhante descrição de serem um “ativo financeiro, ambiental, transferível e representativo de redução ou remoção de uma tonelada de dióxido de carbono equivalente, que tenha sido reconhecido e emitido como crédito no mercado voluntário ou regulado”. Entretanto, o Decreto n. 11.075/2022 foi revogado pelo Decreto n. 11.550, de 5-6-2023, com tanto sua definição de crédito de carbono quanto de crédito de metano tendo sido revogadas. Assim, não há mais definição legal de crédito de metano na legislação pátria, nos termos do § 3º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, isto é, a lei revogada não retorna à vigência com a revogação da lei revogadora, assim não retornando à redação anterior de créditos de metano como “representação de uma tonelada de metano que deixou de ser emitida para a atmosfera”.

Por fim, a Resolução CVM 175, de 28-12-2022 e retificada em 31-3-2023, define crédito de carbono em seu art. 2º, VIII, como “títulos representativos de direitos de emissão de gases de efeito-estufa, originados pela redução da emissão de dióxido de carbono ou remoção de dióxido de carbono da atmosfera, emitidos por autorização de autoridade governamental no Brasil ou em jurisdição estrangeira”. Na mesma linha de definições anteriores, não fica claro se para a CVM o crédito de carbono é ativo financeiro ou intangível.

Assim, é possível concluir que, no direito brasileiro atual, não há clara definição da natureza dos créditos de carbono. Entretanto, deve-se notar que existem propostas que dizem respeito da regulamentação do mercado de créditos de carbono. Como exemplo, é possível tomar o Projeto de Lei n. 182/2024, que visa regulamentar o Mercado Brasileiro de Redução de Emissões. O projeto original, com numeração de 412, de 2022, em seu art. 2º, I, define crédito de carbono como “título de direito sobre bem intangível, incorpóreo, transacionável, fungível e representativo de redução ou remoção de uma tonelada de carbono equivalente (1 tCO₂e); a medida métrica utilizada”. Até a versão presente no relatório legislativo da comissão de meio ambiente, de autoria da senadora Leila Barros, essa redação havia sido atualizada para “ativo fungível transacionável representativo

da efetiva redução de emissões ou remoção de uma tonelada de dióxido de carbono equivalente, obtido a partir de projetos de redução ou remoção de gases de efeito estufa externos ao SBCE”, presente agora no inciso VI do art. 2º. Todavia, a partir do Parecer n. 57/2022 da Comissão de Assuntos Econômicos, de autoria do senador Tasso Jereissati, a redação foi novamente alterada para “ativo financeiro, incorpóreo, transacionável, fungível e representativo de redução de uma tonelada de dióxido de carbono equivalente de GEE, verificada de acordo com as regras de Padrão de Certificação”. Por fim, na redação atual do Projeto de Lei n. 182/2024, “créditos de carbono” é definido como “ativo transacionável, autônomo, representativo de efetiva redução de emissões ou remoção de 1 tCO₂e (uma tonelada de dióxido de carbono equivalente), com natureza jurídica de fruto civil, obtido a partir de projetos ou programas de redução de emissões ou remoção de gases de efeito estufa desenvolvidos com base em um bem, com abordagem de mercado, submetidos a metodologias nacionais ou internacionais que adotem critérios e regras para mensuração, relato e verificação de emissões, externos ao SBCE, incluídos entre eles a manutenção e a preservação florestal, a retenção de carbono no solo ou na vegetação, o reflorestamento, o manejo florestal sustentável, a restauração de áreas degradadas, a reciclagem, a compostagem, a valorização energética e a destinação ambientalmente adequada de resíduos, entre outros”. Todavia, pelo próprio texto do projeto, não é o crédito de carbono que é transacionado, mas sim o Certificado de Recebíveis de Créditos Ambientais, definido como “título de crédito nominativo, de livre negociação, representativo de promessa de pagamento em dinheiro ou em entrega de créditos de carbono, que constitui título executivo extrajudicial”.

Assim, a evolução das propostas legislativas sobre o tema tem ressaltado o aspecto financeiro dos ativos transacionados referentes aos créditos de carbono, em concordância com a Portaria Normativa n. 56/GM/MME, de 21-12-2022, que regula os CBIOS. No art. 7º da referida portaria é indicado haver a possibilidade de “contratação de operações de derivativos de balcão que tenham como ativo objeto os Créditos de Descarbonização” por instituições financeiras. Em especial, a redação atual do Projeto 182/2024 é particularmente útil ao estabelecer que não é exatamente o crédito de carbono em si que é transacionado, mas sim um direito creditório sobre ele. Assim, se distancia das conclusões da SC DISIT/ SRRF05 n. 24/2009, e das SCs DISIT/SRRF06 n. 192/092 e 193/09 e do Código Florestal, que tratam apenas do crédito em si.

Essa definição está de acordo com o previsto na Lei n. 12187, de 29-12-2009, cujo art. 9º indica que o Mercado Brasileiro de Redução de Emissões se dará em entidades de balcão organizado no qual ocorrerá a negociação de títulos mobiliários representativos de emissões de gases de efeito estufa evitadas certificadas, ou seja, os referidos derivativos de créditos de carbono.

Ao mesmo tempo, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, o Conselho Federal de Contabilidade e a Comissão de Valores Mobiliários publicaram no dia

21-8-2023 o edital de audiência pública n. 6/2023 relativa à Minuta de Orientação Técnica OCPC 10. A minuta, por sua vez, é clara no sentido de que os créditos de carbono devem ser considerados ativos intangíveis e não financeiros:

30. O crédito de descarbonização além de não se tratar de caixa ou instrumento patrimonial de outra entidade, também não estabelece ao seu detentor o direito contratual de recebimento de caixa ou outro ativo financeiro de outra entidade (como seria o caso, por exemplo, de um depósito bancário onde a natureza do arranjo contratual estabelece ao depositante o direito de obter caixa a partir daquele depósito junto à respectiva instituição financeira).

31. Desta forma, não se encontram atendidos os critérios para sua classificação como ativo financeiro, de acordo com os requisitos estabelecidos pelo CPC 39 (item 11, ver também AG 3 e AG 12). Para os fins de que se trata esta Orientação, o crédito de descarbonização é, portanto, um ativo não financeiro, incorpóreo e sem substância física.

Essa redação vai de encontro aos conceitos do Projeto de Lei n. 182/2024, indicando que o crédito de carbono em si se trata de um ativo intangível não financeiro, visto representar apenas a não emissão de gases estufa, mas não toca na classificação contábil de eventuais títulos de crédito transacionados com o pagamento sendo realizado com esses ativos. Isso leva a uma linha semelhante ao presente na Portaria Normativa n. 56/GM/MME/2022, o que permitiria que derivativos de créditos de carbono fossem transacionados como ativos financeiros que são, com sua contrapartida sendo o crédito de carbono em si. Até a data da apresentação do presente artigo a referida consulta pública ainda está sob análise e seus resultados ainda não foram divulgados.

Nessa linha, quanto à natureza dos créditos de carbono, é possível concluir que atualmente o Direito Brasileiro os reconhece como direitos, referentes ao potencial que determinada pessoa tem de poluir, que devem ser reconhecidos por entidade credenciadora reconhecida conforme os critérios técnicos e legais. Há, entretanto, dúvida quando ao que é em si transacionado quando do comércio de créditos de carbono, visto que posicionamentos mais antigos tratavam da venda dos créditos em si, classificando a operação como cessão de direito, enquanto propostas mais recentes resultariam na verificação de comércio de ativos financeiros com contrapartidas nos direitos de créditos de carbono.

A doutrina pátria segue linha semelhante ao descrito acima sobre o histórico do regramento sobre o tema. Raquel Cavalcanti Ramos Machado entende se tratar de ativo intangível, com o valor sendo incorporado ao patrimônio do agente que cria determinado projeto e posteriormente transacionado de forma inteiramente eletrônica, sendo que esse ativo representa não o projeto realizado em si, mas sim o crédito de toneladas de carbono retiradas pelo projeto⁷. Todavia, seu

⁷ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Tributação e meio ambiente. *Revista Direito Tributário*

posicionamento presume a transação do crédito de carbono em si e não de derivativo sobre o crédito, como presente na legislação sobre os CBIOS ou como previsto no Projeto de Lei n. 182/2024.

Karina Caldeira Toledo, por sua vez, também afirma que os créditos de carbono são ativos intangíveis puros, visto se tratar de meros certificados digitais reconhecidos e transacionados remotamente. Entretanto, a autora em questão se utiliza do direito comparado para elucidar diferentes formas de reconhecimento dos créditos de carbono no exterior como *commodities* nos Estados Unidos da América e na Austrália, enquanto a Alemanha os reconhece como derivativos, bem como a existência de defesa da sua definição como serviços ou valores mobiliários⁸.

Hugo Netto Natrielli de Almeida entende se tratar de ativos intangíveis puros por não derivarem de nenhum outro ativo da pessoa que realizou o projeto que gerou o seu reconhecimento, assim não podendo ser derivativos. Indica, entretanto, que o ideal seria uma lei que reconhecesse esses ativos como *commodities*, a fim de que os direitos transacionados sobre eles possam ser considerados derivativos⁹.

Ademais, é útil também tratar acerca da classificação da emissão e venda dos créditos de carbono conforme a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, instituída pela Lei n. 14.119, de 13-1-2021. Em seu art. 2º, II, *c*, é descrito que serviços de regulação são “os que concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas”. Da mesma forma, serviços ambientais estão descritos no inciso III como “atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos”. Ademais, pagamento por serviços ambientais, no inciso IV do referido artigo é definido como “transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regulamentares pertinentes” e provedor de serviços ambientais é considerado “pessoa física ou jurídica, de direito público ou

Atual, [S. l.], n. 24, p. 433, 2010. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1652>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁸ TOLEDO, Karina Caldeira. A não incidência de impostos estaduais e municipais nas comercializações de créditos de carbono. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 48, p. 233-236, 2023. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/757>. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁹ ALMEIDA, Hugo Netto Natrielli de. Créditos de carbono: natureza jurídica e tratamento tributário. Natureza jurídica e tratamento tributário. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26705-26707-1-PB.htm>. Acesso em: 31 jul. 2024.

privado, ou grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas”, conforme o inciso VI do mesmo artigo. Nessa linha, é possível concluir que o mercado de créditos de carbono é considerado um serviço ambiental nos termos da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais. Isso é relevante pois, conforme o art. 17 da mesma lei, os “valores recebidos a título de pagamento por serviços ambientais, definido no inciso IV do caput do art. 2º desta Lei, não integram a base de cálculo do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)”. Assim, entendemos que não há tributação de IRPJ, CSLL e PIS/Cofins sobre a operação de emissão e venda de créditos de carbono, conforme o art. 2º, II, *c*, e o art. 17 da Lei n. 14.119, de 13-1-2021.

Há, por fim, que se analisar o posicionamento da CVM, que em sua decisão do colegiado de 7-7-2009, Reg. 6565/09, entendeu que os créditos de carbono não são valores mobiliários, mas sim meros ativos cuja comercialização pode ocorrer para o cumprimento de metas de redução de emissão de carbono ou com o objetivo de investimento. Segue abaixo trecho do voto do diretor Otavio Yazbek, que foi seguido pelo Colegiado:

Ora, dizer que um determinado instrumento é um derivativo remete, então, no mínimo, àquele processo de formação de preços. Neste sentido, entendo que os créditos de carbono nada têm a ver com os derivativos. Se eles são instrumentos “resgatáveis”, no sentido de serem passíveis de transformação em um determinado tipo de vantagem econômica concreta, eles não são derivativos, mas os próprios ativos – inexistente ativo subjacente, sendo negociados os próprios ativos-objeto. Coisa distinta ocorreria se aqui se estivesse tratando de opções de crédito de carbono, por exemplo.

[...]

O fato é que, (i) não havendo a manutenção de vínculo, em razão da aquisição de uma RCE, entre o adquirente desta e o agente econômico que implantou o projeto de MDL; e (ii) não se destinando as RCEs a corporificar um investimento propriamente financeiro, não há que se falar na caracterização dos créditos de carbono em si como valores mobiliários também por força do inciso IX do art. 2º da Lei n. 6.385/76¹⁰.

Nesse sentido, a finalização do voto ao indicar que se fala de créditos de carbono “em si”, indica que se trata de uma análise única e exclusivamente do crédito em si, excluindo assim conceituações que diferenciam o crédito de carbono de

¹⁰ Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM n. RJ 2009/6346: voto do diretor otavio yazbek. Voto do Diretor Otavio Yazbek, 2009. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0005/6565-0.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.

um eventual derivativo que o tem como objeto. Dessa forma, apesar de aparentar indicar que não poderia se tratar de um valor mobiliário como um derivativo, essa possibilidade não foi excluída por ele, apenas a de que os créditos em si pudessem ser transacionados sob o crivo da CVM. Consequentemente, apesar de não a citar, o voto está conforme a Política Nacional sobre Mudança do Clima.

Assim, fica evidente a confusão normativa atual brasileira, vide a ausência de uma norma definitiva sobre o tema. É possível concluir, assim, que, com base em diferentes argumentos, seja possível indicar que o consenso da doutrina é de que se caracterizam como ativos intangíveis puros, embora haja argumentos normativos para classificar como serviços, nos termos da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais. Há também possibilidade de serem derivativos, conforme a Política Nacional sobre Mudança do Clima estabelecida pela Lei n. 12.187/2009.

Embora todos os cenários acima elencados serão brevemente analisados no item abaixo do presente artigo, vale concluir que resta razão a doutrina de que, conforme o direito pátrio, a melhor caracterização jurídico-contábil para os créditos de carbono é como ativos intangíveis puros, visto serem reconhecidos no patrimônio dos agentes realizadores de projetos analisados como contrapartida da redução de um ônus público e, portanto, sem materialidade própria. Todavia, a solução adotada no Projeto de Lei n. 182/2024, em conformidade com a Política Nacional sobre Mudança do Clima, trata-se da mais elegante possível no cenário normativo em questão, diferenciando o crédito de carbono em si com o derivativo que tem ele como contrapartida que é negociado em bolsa ou balcão. Dessa forma não é necessário forçar uma caracterização indevida dos créditos de carbono como commodities ou derivativo por si só, ao mesmo tempo que reconhece o aspecto financeiro de sua comercialização.

3. Aplicação de tratados para evitar a dupla tributação da renda ao mercado de créditos de carbono

Tendo em vista os cenários levantados ao final do parágrafo anterior, inicia-se a análise de cenários de caracterização da transação dos créditos de carbono para fins de aplicabilidade dos tratados para evitar a dupla tributação da renda (TDT), especificamente na forma a Convenção Modelo da OCDE de 2017¹¹.

De início, relativamente ao cenário de caracterização de créditos de carbono como ativos intangíveis puros há de se atentar ao fato de a operação de transação ser caracterizada então como de cessão de direitos. Todavia, a despeito da natureza da transação e do que talvez seja usualmente esperado, há de se advertir que mesmo essa alternativa não seria passível de caracterização para fins de aplicação de um TDT como pagamento a título de royalties, correspondente ao art. 12 da

¹¹ OCDE. Model tax convention on income and on capital – condensed version. Paris: OECD, 2017.

Convenção Modelo da OCDE de 2017 (CM). Isso se dá pois, nos termos do parágrafo 2º do referido artigo, o termo *royalties* para fins de um TDT se refere a pagamentos como contrapartida ao uso ou direito de uso de propriedade intelectual literária, artística ou científica, bem como patentes, marcas, *designs*, fórmulas ou processos, bem como informação industrial, comercial ou científica.

Ora, é evidente, então, que, embora a operação seja uma cessão de direitos, certamente não poderiam ser considerados esses pagamentos de *royalties* pois, para fins do TDT, *royalties* são pagamentos exclusivos referentes a propriedade intelectual. Como os créditos de carbono, embora intangíveis, não se trata desse tipo específico de ativo, estariam, então, excluídos dessa possibilidade de caracterização perante os TDTs.

Da mesma forma, caso os pagamentos sejam considerados serviços, embora lembrem do art. 12-A da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas, não se trata de serviços técnicos, visto esses serem apenas os de natureza gerencial, técnica ou de consultoria, *vide* o parágrafo 3º do referido artigo.

Por fim, há que se analisar o enquadramento das rendas com a venda de créditos de carbono para fins do enquadramento como ganhos de capital, descritos no art. 13 da CM. Conforme o texto do artigo, os parágrafos 1 a 3 estabelecem regras de repetição de regras presentes em outros artigos, para fim de evitar conflitos. Especificamente, o parágrafo 1 indica a aplicação das disposições do art. 6º para ganho de capital na venda de bens imóveis, o parágrafo 2 indica que caso se trate de propriedade de um estabelecimento permanente é o estado de residência do estabelecimento que será considerado a fonte e o parágrafo 3 indica que ganhos de capital da venda de embarcações e aeronaves detidas por empresas que utilizavam esses ativos em transporte internacional apenas podem ser tributados no estado de residência dessa empresa, assim reforçando o conteúdo do art. 8º da CM. O parágrafo 4, por sua vez, estabelece uma regra mais complexa, indicando que, caso um contribuinte residente em um estado “A” adquira rendas de ganho de capital na venda de ações ou participações similares, esse ganho de capital pode ser tributado no estado “B” se, nos último 365 dias, as ações ou participações similares derivaram mais de 50% do seu valor de propriedade imóvel situada no estado “B”. Por fim, o parágrafo 5 estabelece regra final de que, para os demais casos, os ganhos de capital apenas podem ser tributados no estado de residência do alienador, assim estabelecendo regra de mesma consequência do art. 7º, que será tratado adiante.

Recorrendo aos comentários sobre a CM, os parágrafos 4 e 5 dos comentários sobre o art. 13 indicam que não deve ser feita distinção para fins de delimitação de jurisdição tributária se a renda é “ganho de capital” ou “lucros das empresas”, bem como não deve ser feita uma provisão especial para diferenciar a aplicação do art. 13 do art. 7º. Ademais, o parágrafo 28.5 trata do histórico de alterações do artigo, indicando que originalmente apenas “ações” eram listadas

no parágrafo 4, mas que na versão de 2017 da CM foi adicionado o texto “ou participações similares” para incluir espécies como participações em *partnerships* ou *trusts*. Embora seja possível classificar um derivativo, uma das alternativas de classificação dos créditos de carbono, como instrumento financeiro, não é possível os equiparar com participações, assim restando apenas a aplicação do parágrafo 5 do art. 13 para eventuais ganhos de capital na venda de créditos de carbono.

Há que se questionar, entretanto, a classificação dos créditos de carbono como ativos passíveis de venda para a obtenção de um ganho de capital. Conforme o parágrafo 5 dos comentários sobre o art. 13 da CM, “alienação de propriedade” é o termo utilizado para cobrir a venda ou alienação parcial de propriedade, incluindo a expropriação, transferência em troca de ações, venda de direitos, presentes, o que inclui doações e transferência *causa mortis*. Conforme narrado no tópico anterior, entretanto, existem diversas possibilidades de classificação jurídico-contábil para créditos de carbono, o que pode gerar a resultados diferentes para a sua caracterização como ganho de capital ou não.

Conforme Uhlmann, Souza, Pfitscher e Frey (2012)¹², os RCEs, modalidade prevista no Projeto de Lei n. 182/2024, se trataria de ativos financeiros disponíveis para a venda, com seu custo sendo composto por todos os valores dispendidos no efetivo desenvolvimento do ativo, incluindo a depreciação dos ativos imobilizados utilizados no sequestro de carbono, bem como despesas incrementais referentes ao processo de certificação e do projeto e emissão das RCEs, com esses valores sendo então confrontados com as receitas da venda dos RCEs para gerar um resultado. Ademais, indicam os autores que os resultados da venda de RCEs devem ser classificados como “outras receitas” ou “outras despesas”, visto não se tratar da atividade fim da empresa vendedora dos RCEs. Apesar dessa caracterização ser diversa da presente na Minuta de Orientação Técnica OCPC 10, que indica se tratar de ativos intangíveis, a composição de seu custo e inclusão das receitas das vendas dos créditos de carbono como “outras receitas” ou “outras despesas” estão de acordo com o previsto no artigo citado.

Ademais, é importante destacar que os créditos de carbono não poderiam compor o estoque das empresas que os emitem, visto que, nos termos do item 6 do CPC-16 (R1), estoques são ativos “(a) mantidos para venda no curso normal dos negócios; (b) em processo de produção para venda; ou (c) na forma de materiais ou suprimentos a serem consumidos ou transformados no processo de produção ou na prestação de serviços”. Nesse sentido, não poderiam os créditos ser classificados como estoques pois não são mantidos pela empresa, e nem sequer pode-

¹² UHLMANN, Vivian Osmari; SOUZA, Maíra Melo de; PFITSCHER, Elisete Dahmer; FREY, Irineu Afonso. Tratamento contábil dos créditos de carbono: uma análise a luz das normas do Comitê de Pronunciamentos Contábeis. *Revista em Agronegócio e Meio Ambiente – Rama*, Maringá, v. 5, n. 2, p. 311-335, 9 jan. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/view/2101/1702>. Acesso em: 15 set. 2024.

riam ser, pois representam precisamente uma quantidade de carbono não emitida.

É necessário, entretanto, que se reforçar o posicionamento do parágrafo 4 comentários sobre o art. 13 já mencionado no presente texto de que não deve ser feita distinção sobre o tratamento de lucros das empresas e ganhos de capital, com isso sendo matéria exclusivamente de lei doméstica e não devendo ser abordada nos tratados, que apenas delimitam as jurisdições tributárias dos estados contratantes.

Assim, os pagamentos, caso se considere um crédito de carbono um ativo intangível ou serviço, têm a mesma caracterização para fins de aplicação de um TDT que teria caso a caracterização fosse como um derivativo diretamente, como ocorre na Alemanha, ou na divisão entre o ativo intangível subjacente e o derivativo que tem o crédito sobre ativo como objeto, isso é, a de lucros das empresas, conforme o art. 7º da CM. Isso se dá em muito por decorrência da leitura conjunta dos parágrafos 1 e 4 do referido art. 7º, isso é, que o artigo deve ser aplicado sobre lucros das empresas exceto caso algum outro artigo do TDT trate especificamente sobre esse tipo de rendimento. Como não há artigos específicos sobre venda de ativos intangíveis no geral ou da compra e venda de derivativos, aplica-se o art. 7º residualmente, delegando a tributação inteiramente ao estado de residência da empresa vendedora dos créditos de carbono.

Conclusão

Conforme o indicado nos parágrafos anteriores, o presente artigo delineou o vazio acerca da definição do que seriam créditos de carbono para fins do direito brasileiro, especificamente no que diz respeito a qual a sua natureza jurídica, concluindo em conformidade com a doutrina de que, ausente regulação específica em contrário, trata-se de um ativo intangível puro. Há, entretanto, outras definições possíveis, como a de que seriam derivativos ou serviços.

Nessa linha, verificando o texto da Convenção Modelo da OCDE de 2017, é possível identificar que, caso a operação de venda dos créditos de carbono seja considerada como cessão de direitos, serviços ou venda de derivativos, deve ser aplicado o tratamento previsto no art. 7º dos tratados, reconhecendo esses rendimentos como lucros das empresas, com tributação exclusiva no estado de residência do emissor do crédito de carbono.

Bibliografia

ALMEIDA, Hugo Netto Natrielli de. Créditos de carbono: natureza jurídica e tratamento tributário. Natureza jurídica e tratamento tributário. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26705-26707-1-PB.htm>. Acesso em: 31 jul. 2024.

- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo Administrativo CVM n. RJ 2009/6346. Voto do Diretor Otavio Yazbek, 2009. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0005/6565-0.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- GILLENWATER, Michael. What is Additionality? Part 1: A long standing problem. Washington: Greenhouse Gas Management Institute, 2012. 27p. Disponível em: https://ghginstitute.org/wp-content/uploads/2015/04/AdditionalityPaper_Part-1ver3FINAL.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Tributação e meio ambiente. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 24, p. 413-438, 2010. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1652>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. Volume de negociação de créditos de descarbonização (CBIOS) ultrapassa os R\$ 8 bilhões. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/volume-de-negociacao-de-credit-os-de-descarbonizacao-cbios-ultrapassa-os-r-8-bilhoes>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- OCDE. Model tax convention on income and on capital – condensed version. Paris: OECD, 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Draft decision -/CP.15. 2009. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/l07.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010. Addendum: Part Two: Action taken by the Conference of the Parties at its sixteenth session. 2011. Disponível em: <https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- SHEIKH, Pervaze A.; RIDDLE, Anne A.; PROCITA, Kezee; HOOVER, Katie (comp.). Reduction in Emissions from Deforestation and Forest Degradation (REDD+). Washington: Congressional Research Service, 2021. 19 p. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46952>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- TOLEDO, Karina Caldeira. A não incidência de impostos estaduais e municipais nas comercializações de créditos de carbono. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 48, p. 223-241, 2023. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/757>. Acesso em: 31 jul. 2024.
- UHLMANN, Vivian Osmari; SOUZA, Máira Melo de; PFITSCHER, Elisete Dahmer; FREY, Irineu Afonso. Tratamento contábil dos créditos de carbono: uma análise a luz das normas do Comitê de Pronunciamentos Contábeis. *Revista em Agronegócio e Meio Ambiente – Rama*, Maringá, v. 5, n. 2, p. 311-335, 9 jan. 2012. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/rama/article/view/2101/1702>. Acesso em: 15 set. 2024.

